

UMA VISÃO SISTEMÁTICO-DOGMÁTICA DA PENA (*)

LUIZ ALBERTO MACHADO (**)

I

É-me sumamente honroso participar deste ciclo de estudos sobre a reforma do direito penal, embora reconheça estar sendo afoito de iniciá-lo, quando insignes juristas aqui virão trazer as luzes do seu conhecimento amadurecido e reflexivo sobre os grandes problemas da nossa disciplina. A afoiteza decorre, portanto, dessa minha precedência apenas temporal em relação aos verdadeiros conhecedores da ciência criminal.

Por outro lado, a responsabilidade é tanto maior — creiam-me — quanto mais se tem consciência da crise que se imputa modernamente ao direito penal. Fixe-se que a evolução histórico-doutrinal da nossa disciplina é de tal forma dinâmica, que chega a levar os seus estudiosos, não raras vezes, à perplexidade. Desde uma concepção estatizante na qual o direito punitivo servia mais ao princípio do que ao Estado, protegendo preconceitos religiosos e sentimentos de casta —, passando por uma fase de confusão entre moral e direito (o mínimo ético, no dizer de Manzini), até o atual enfoque de representar o limite das liberdades e garantias individuais, dentro de um conceito material de Estado de Direito liberal, muita coisa mudou.

De qualquer forma, por um erro filosófico, sempre se cometeu ao direito penal a responsabilidade quase única do combate ao crime. A cada vez que a delinquência, recrudescer, intensificam-se as acusações de fracasso do direito penal. Hoje se vive uma dessas épocas, em que o aperfeiçoamento das formas criminosas sutis, galgando as elites sócio-econômicas, e o concomitante aumento da criminalidade violenta, em níveis assustadores, recaem sobre o direito penal como afirmações da sua falência sistemático-dogmática.

(*) Conferência de abertura do Ciclo de Estudos sobre a Reforma da Legislação Penal, proferida no dia 20 de setembro de 1975 na Universidade Católica de Goiânia. Estado de Goiás.

(**) Professor de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná.

Nada mais falso, porém. Como ciência normativa do dever ser ancorada a um conceito de apenação por culpabilidade — entendida esta como reprovabilidade, censurabilidade da conduta —, só lhe cabe o punir, o castigar o agente pela conduta criminosa. Se essa retribuição alcança a prevenção do crime ou a readaptação do criminoso — fatores finalísticos de consideração secundária —, tanto melhor. Na verdade, o fim primordial do direito penal é exatamente — enquanto subordinada a imposição da pena à culpa do autor — retribuição e ou castigo.

Bettiol, ainda recentemente, com toda a sua ênfase latina e incontestável autoridade, ao tratar do **direito penal do comportamento interior** — uma reformulação avançada do **direito penal da vontade** da Escola de Kiel, da qual foram arautos Schaffstein e Dahm —, acentuou:

"Nessuno pensa a toccare o a rovesciare la correlazione "fatto-reato", "reato-retribuzione", "retribuzione-pena" per negare o scambiere i termini tra di loro".

II

Para se alcançar os fins da pena, inegavelmente se deve, primeiramente, buscar a conceituação do crime, até com finalidade de satisfazer a preceito de índole constitucional (art. 153, § 4º). Em verdade, ao dispor que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, a Constituição Federal estabeleceu a obrigatoriedade de se definir o crime, para que todos tenham condições de saber o limite do permitido e do proibido. Aliás, a lei definidora do crime e cominadora da pena deve ser anterior à conduta — princípio da legalidade —, também por imposição constitucional — "a instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu" —, conforme dispõe o § 16 do artigo 153. A doutrina enfrenta essa obrigatoriedade de definir o crime, ora de forma material, ora de forma formal, ora de forma analítica.

O conceito material busca a **essência** do delito, a fixação de limites legislativos à incriminação da conduta. É inevitavelmente um conceito amplo, que procura atender todas as espécies e variações de crime. É evidente que, por essa amplitude conceitual e consequente **incerteza dogmática**, a definição material do crime tem sabor de criação legal de delitos, limitada pela valoração político-criminal pré-legislativa, de orientação e parâmetro à liberdade legislativa

do Estado de Direito liberal. Não se presta — está claro — à formulação dogmática, pela volatilidade e insegurança conceituais.

Por outro lado, o conceito formal, em consequência da sua formulação tautológica — “crime é todo fato que a lei proíbe sob a ameaça de uma pena”, como quer Bruno — a nada conduz, além da fixação do caráter de ilicitude do delito. Pode ser, sem ofensa à realidade, reduzido a uma igualdade diria quase que poética: o crime é crime. De fato, dizer-se que o crime é a ação que ofende o direito, significa reduzir-se a expressão à igualdade exposta, por um tautológico silogismo.

Facilmente perceptíveis as dificuldades de se trabalhar ou com um conceito tão amplo — o material — ou com um tão estreito — o formal —. Embora tenham as já referidas validades pré-legislativa (o material) e de asseguramento da realidade de ser, o crime, uma agressão ao direito — portanto um ente jurídico — (o formal), não servem de base a uma análise de sua compreensão dialética e didática. Ainda que formalmente a água seja água e materialmente sirva, entre outras coisas, para matar a sede e regar as plantas, analiticamente a sua composição é H²O. Sentindo essa necessidade de decompôr o crime em seus elementos integrantes para exame e compreensão da sua estrutura, a doutrina passou a buscar um conceito analítico. Não significa que os elementos porventura encontrados na sua decomposição analítica ocorram de forma cronologicamente ordenada. Em verdade, ocorrem todos no mesmo momento histórico, no mesmo instante cronológico. Daí porque, embora a posição de penalistas ilustres — Battaglini e Hungria, dentre outros —, a punibilidade não é um dos elementos analíticos do crime, pois a sua indagação concreta inoceste no momento da sua realização e aperfeiçoamento. A preocupação penal com a punibilidade realmente se esgota com a sua configuração abstrata, já que, concretamente, é instituto de processo, como obstáculo processual à ação penal.

Desde a divisão do delito em elementos objetivos e subjetivos — por evolução da concepção carriareana das forças física e moral —, à qual aderiu o ilustre Costa e Silva, o conceito analítico do crime vem sofrendo profundo exame do mundo jurídico-penal. A mais ou menos pacífica e tradicional composição tripartida — tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade — tem trazido inquietações, seja pela composição interna desses elementos — com a transposição de fatores de um para outro —, seja pela atual tentativa de retorno a uma divisão bipartida. A este propósito, veja-se a excelente contribuição de Reale Júnior, com a sua **Antijuridicidade Concreta**.

O conceito analítico, a par de ser uma reação doutrinária ao material e ao formal, procura determinar os elementos do crime a fim de facilitar a análise de todos os institutos do direito penal. De qualquer forma, o crime, analiticamente considerado, é sempre ação (ação e omissão), sobre a qual recaem os atributos dos seus elementos. A concentração do crime como **fato** é, não resta dúvida, equívoca. Fato é o resultado natural da ação, nem sempre necessário à figura do crime. No homicídio, a ação é matar, o fato é a morte. No entanto, o crime de homicídio não é a morte, mas a ação de matar.

Da mesma forma que a punibilidade, as suas condições objetivas não se constituem em elementos do crime, mas são efeitos causais condicionantes da imposição da sanção penal. As condições objetivas se inserem, necessariamente, na linha causal da ação, porém além da configuração típica do delito. Tome-se como exemplo a necessária lesão corporal grave para a punição do tipo de auxílio, induzimento ou instigação ao suicídio. As condições objetivas não pertencem ao conceito analítico do crime, pois não modificam a sua estrutura. O crime de instigação, induzimento ou auxílio ao suicídio se aperfeiçoa tão só pela ação de instigar, induzir, auxiliar o suicídio; a imposição da sanção, porém, não se condiciona tão só ao aperfeiçoamento do tipo, mas depende da ocorrência de uma condição objetiva **causal**; a lesão corporal grave ou a morte. Dito o que, torna-se evidente que não é condição objetiva o exemplo formulado por Bettoli: o reingresso do criminoso no território onde cometeu o crime para ser punível.

III

O crime traduz, embora ataque a bem jurídico, tanto desvalor de resultado como desvalor de conduta. Welzel aponta que "toda acción humana, para bien o para mal, está sujeta a dos aspectos valorativos diferentes. Puede ser valorada de acuerdo al resultado que origina (valor de resultado o material), y también, independientemente de logro del resultado, según el sentido de la actividad como tal (valor de acto)."

Para se alcançar esse entendimento basta examinar-se que mesmo em crime tradicionalmente considerado como primordialmente de resultado, v.g., homicídio, o desvalore da conduta está presente com grande peso. A causação da morte de um homem por outro recebe valorações diferentes, de acordo com a conduta. As penas cominadas à morte de um homem por outro se diferenciam (valorativamente) pelas condutas que as produzem. Assim é que a morte pode tradu-

zir homicídio simples, homicídio qualificado, homicídio privilegiado, homicídio preterintencional e, até mesmo, simples causas de aumento de pena ou de qualificação do crime.

Evidencia-se, portanto, que as diferentes comunicações de pena que um único resultado natural — (fato) morte — recebe, decorrem dos diversos valores negativos (desvalores) dados às condutas que o causam.

O abandono dessa realidade — atual superação do desvalor de resultado pelo desvalor de conduta — dá base à afirmação de Schmid Hauser, no sentido de que “están justificadas todas las objeciones que recientemente se han formulado contra el concepto de acción o contra su supervaloración”.

A sistematização impermeável do direito penal, da forma como se vem fazendo, conduz a uma evidente contradição com a sua finalidade político-criminal de combate à criminalidade, desde um prisma de punição, de castigo.

Mas se a sistematização exacerbada e impermeável aos critérios político-criminais pode ser um mal, a ausência de articulação sistemática do direito penal o faz perder a base para uma solução segura e independente de considerações sentimentais, como assevera Jeschek. A consideração do sistema de direito penal antes de uma análise de valor dos seus institutos, para fins legislativos, prejudicando claramente outros setores, deve ser necessariamente evitada.

O sistema deve ter exclusividade exatamente na fase normativa (pós-legislativa) do direito penal, deixando à pré-legislativa a consideração dos valores político-criminais. O crime é, eminentemente, ação (= ação e omissão). E através da ação, da conduta humana, tem ingerência tanto no mundo dos valores pré-normativos (político-criminais) como no dos normativos (sistematicos).

Como diz Henrique Cury, “a ação é proposta pelo instinto, dinamizada pela vontade e dirigida pela inteligência”. Mas só é criminosa quando, após ser considerada anti-social pelos valores político-criminais, possua **relevância jurídica**, pois só assim deixa o mundo dos fatos e adentra o mundo do direito penal positivo.

Embora não se possa prescindir de uma análise que leve em consideração a ação em sua forma concreta, como resultado do estado e da situação em que, no momento de realizá-la, se encontrem a vontade, a inteligência e os instintos, a ação é assim considerada quando, possuindo relevância social, possua também relevância jurídica, pela formulação o tipo de fato.

É exatamente na existência da relevância jurídica, configurada como formulação do tipo, que interfere o sistema do direito penal. Roxin, ao pregar a necessidade da valoração político-criminal dos elementos estruturais do crime, afirmando que "los problemas político criminales configuran el contenido propio también de la teoría general del delito", não deixa de considerar a importância da sistematização para a garantia do princípio da reserva legal no direito penal.

Fácil concluir-se que o crime, embora sendo materialmente o resultado de valorações político-criminais (pré-jurídicas) das condutas e dos resultados, mantém-se como desvalor de ambos normativamente, após a sua configuração típica, independente de novas considerações pré-jurídicas. Estas são válidas até o momento legislativo, não após.

IV

Dito o que, necessário se enfatizar que o dogma penal da culpa — **nullum crimensine culpa** —, oriundo já do Código Criminal do Império — "art. 3º. Não haverá criminoso ou delinqüente sem má fé, isto é, sem conhecimento do mal e intenção de o praticar" — embora pelo acórdão da Relação da Corte de 23 de agosto de 1850 deixasse de ser submetido à decisão dos jurados por não conter matéria de fato e consagrado no C. Penal de 1969, faz com que a preocupação, na estruturação analítica do delito, se volte com maior intensidade para a conceituação da culpa **lato sensu**.

Com o conhecido e reconhecido fracasso do psicologismo no tocante à teoria da culpabilidade — que a circunscrevia ao dolo e à culpa em sentido estrito sem explicar a ausência de censura, embora a existência do dolo (v.g., coação moral irresistível, ação necessária), e a inexistência de nexo psicológico entre o autor e o resultado da sua ação (culpa em sentido estrito) — Frank agregou ao dolo e à culpa a imputabilidade e a normalidade de motivação — hoje exigibilidade de conduta adequada à norma.

Dentro desse conceito normativo de Frank, três principais posições disputam a solução do problema da culpabilidade — limitada do dolo, culpabilidade extremada e culpabilidade limitada —, todas se diferenciando pela conotação do erro de direito ou de proibição como causa excludente, ou não, do dolo, e a colocação deste como elemento do tipo ou da culpabilidade. A primeira é evolução da teoria extrema do dolo, formulada por Mezger, que incluia o **atual conhecimento do injusto na sua estrutura**, substituindo-o pelo **potencial conhecimento**.

Em verdade, a teoria limitada do dolo e a da culpabilidade extremada se antagonizam. Aquela coloca o dolo na culpabilidade e, nele, como seu elemento, a potencial consciência da ilicitude, enquanto esta — adotada pelos finalistas — é meramente um juízo normativo puro de censura e, no lugar do dolo — transferido para o tipo —, coloca-se a possibilidade do agente conhecer o ilícito.

Para conciliar as posições, como compromisso entre as duas, a jurisprudência alemã criou a teoria da culpabilidade limitada mantendo o dolo na culpa em sentido amplo, portando a possibilidade de conhecer o injusto, e dando relevância relativa ao erro de proibição quanto ao fato, conceituando-o como culpa imprópria.

O excelente Munhoz Netto — um dos próximos conferencistas — aponta a compatibilidade do código penal de 1969 com um conceito normativo de culpabilidade, cria uma estrutura de culpa em sentido amplo na qual insere esses elementos. No entanto, entende que a total inescusabilidade do erro de direito ou do potencial ou atual conhecimento do ilícito, conforme disciplina o artigo 20, obriga a se retirar do dolo a atual ou potencial consciência da antijuridicidade, a ser coolcada na estrutura da exigibilidade de conduta adequada ao direito como fator regulador da maior ou menor censura ao agente.

Roxin, sem preocupações dogmáticas, entende que a culpabilidade se determina por um ponto de vista político-criminal, desde um enfoque da teoria dos fins da pena. Assim, o dolo pode ser considerado, para o exímio penalista alemão, tanto como elemento do tipo como da culpabilidade.

V

Essas premissas dogmáticas são necessárias para se fazer uma análise sistemática dos fins da pena, tema de ressonância atual e que tantas inquietações têm trazido para todos os estudiosos do direito penal.

É evidente que um direito penal que vê o crime como um ente jurídico e se assenta na culpabilidade — como fazem profissão de fé as exposições de motivos dos códigos de 1940 e 1969 — não compabiliza a pena — ao menos no momento da sua aplicação — com uma idéia de prevenção, mas a entende como mera retribuição ética da conduta. A pena imposta a quem tem a capacidade de entender e de querer, entende e quer e lhe é exigível uma conduta adequada ao direito, isto é a pena imposta em consequência da

culpa só pode ser dogmaticamente retributiva. Soler mostra que a pena é ameaça: em nenhuma hipótese se pode prometer, ao criminoso , pelo crime, uma vantagem. A pena é imposta pelo que o autor culpável fez, não pelo que é.

Ao direito penal, sancionador em sentido lógico, é reservada, pelo sistema jurídico, a sanção retributiva. Vale ainda o ensinamento de Solér, ao dividir as sanções em três categorias: repositivas, reparativas e retributivas, estas reservadas ao direito penal pelo impedimento — ora fático, ora ético, ora ambos — de repor ou reparar a conduta, salvo exceções (devolução da quantia no peculato culposo, casamento do ofensor com a ofendida nos crimes contra os costumes, retratação nos crimes de falso testemunho e contra a honra).

Vérdade que Roxin nega à pena esse caráter de retribuição, entendendo-o científicamente insustentável e político-criminalmente danoso. Após afirmar que "a teoria da retribuição tampouco é aceitável ,porque sua premissa, de que o injusto cometido pelo agente é compensado e saldado pela pena retributiva, é irracional e incompatível com os fundamentos teórico-estatais da Democracia", negando consequentemente à culpabilidade a condição de fundamento da pena — "é impossível trabalhar com um conceito de culpabilidade" —, Roxin propõe a manutenção do critério da culpa para a fixação do máximo da pena.

Ora, se a culpabilidade não pode mensurada — salvo por um ato de fé fundado numa suposição metafísica, como afirma Roxin — para fixar uma quantidade de pena, não o pode para fixar um máximo. Se a culpabilidade é imensurável me parece localizar-se na crença de que a pena, por ser um mal, anula o mal do crime. Se a culpabilidade é imensurável, é imensurável e ponto final. O erro fundamental me parece localizar-se na crença de que a pena, por ser um mal, anula o mal do crime Essa avelhantada teoria dos negativos que, confrontados, resultam no positivo, não es coaduna com o Estado de Direito liberal moderno, pois neste a pena se assenta na legalidade da defesa contra o crime eticamente limitada. A pena é imposta como castigo, como retribuição pelo cometimento do crime.

Correta, desde esse ponto, a idéia de que a teoria retributiva deve constituir o ponto de partida na concepção da pena, como o diz Henrique Cury. O penalista chileno completa o seu raciocínio: "em condições ideais, a sanção punitiva deveria ser hábil para atender à ressocialização total do acusado".

Mas já porque a pena não se esgota na aplicação, o Estado

tem o dever de acompanhá-la na execução — no Brasil, jurisdicionada —. Este o motivo da procura de compatibilização do sentido ético-retributivo da pena, com o readaptador: **punitur guia peccatum est et ne peccetur.** "Ninguém quer a injustiça mas a ninguém satisfaz uma justiça torpe inábil para aproveitar as possibilidades práticas que lhe proporciona a sua época", ainda Cury.

A pena, retributiva na aplicação, não pode perder de vista um sentido pragmático de readaptação social do criminoso. Pragmatismo utilitarista limitado pela possibilidade ética de imposição, como muito bem acentua Welzel. Ao Estado é defuso, a pretexto de retribuir ou readaptar, adotar medidas anti ou aéticas. São palavras do professor alemão: "la realidad de la pena estatal es, por eso, sólo "relativa", vale decir únicamente en relación a su necesidad para la integridad del orden de la comunidad".

Não se pode negar que o direito penal corporifica os direitos e garantias individuais. A aplicação da pena, enquanto não a esgota retributivamente, obriga o Estado de Direito a reconhecer, no condenado, um cidadão — embora privado de alguns direitos e garantias — mantenedor de suas qualidades de ser humano. A pena privativa de liberdade de há muito abandonou a velha fórmula de Ulpiano — **carcer ad continendo non ad puniendo homines.**

A privação **retributiva** — porque graduada pela culpabilidade — da liberdade não serve unicamente como meio de garantir a imposição de penas corporais, mas como pena em si. Hoje ainda é, não há dúvida, o recurso máximo do direito penal, embora a sua validade plena deva merecer revisão em favor de outras soluções. O conceito de retribuição não tem compromisso de exclusividade com a privação de liberdade, alerta Cury.

A readaptação, pois, não é o fim único da execução da pena privativa de liberdade. Ao seu lado, inegavelmente se mantém a retribuição. A individualização da execução da pena mantém o caráter retributivo desta. De outra parte, não se justificariam os critérios objetivos da fases dos sistemas penitenciários, do livramento condicional e da suspensão condicional da pena.

Mas mesmo readaptação-retributiva, não se negue que a pena não vem cumprindo uma das suas finalidades — a da prevenção, seja a geral, seja a especial —. A formulação da coação psicológica de Feuerbach não possui fundamento científico. Em nenhum momento se conseguiu impedir o ingresso na criminalidade pela **cominação da pena.** Haja vista a recente legislação antitóxico, com penas privativas da liberdade e pecunárias exacerbadas, em confronto com

o crescente e imoderado uso de substâncias entorpecentes. A prevenção geral, portanto, salvo pela necessária adoção do conceito do **nullum crimen nulla poena sine lege**, nenhum efeito prático produz. Por outro lado, a falência do sistema penitenciário, aceita unanimemente pacificamente, levou ao descrédito a privação da liberdade no que concerne seus fins medicinais, curativos, regenerativos e ressocializantes. Em verdade, a pena nem readapta o delinquente ou faz desaparecer a sua periculosidade real e ou presumida, nem retribui a sua conduta em limites éticamente admissíveis. Já se disse que a readaptação social do condenado é, antes e acima de tudo, a sua readaptação ao cárcere. E com essa impotência dogmática da pena branda e inútil às vezes, desumana e a —ética, quando não antiética, na maioria dos casos — se alicerça e edifica a crise da justiça criminal. Vale referir Henri Ellenberger: "infelizmente, por se interesarem, em especial, pelos casos mais graves, não foi senão recentemente, que os psiquiatras começaram a estudar as lentas e insidiosas modificações dos hábitos e da vida emocional, as quais marcam o princípio daquilo que se acostumou chamar de "prisonisation" ou "caracterização".

A crise da prisão e do sistema penitenciário reflete-se sobre a pena como instrumento do direito punitivo e repercute na doutrina de forma a deixá-la perplexa quanto às soluções. Lembro ainda a indagação de Ellenberger: "a prisão é uma instituição intrinsecamente nociva, ou poderá vir a ser uma instituição de tratamento?"

Hoje é a primeira embora dogmaticamente jamais deva ser a segunda. A perplexidade chega a ser tão grande que alguns estudiosos, descurando do fato de o direito penal liberal, único compatível com o Estado de Direito, dever fundar a pena na culpabilidade como garantia da liberdade individual, preconizam a sua imposição tendo como pressuposto a periculosidade. Não mais entendida, porém, tão só como probabilidade de reincidência, mas ainda ligada a um juízo de necessidade de imposição. É o ressurgimento — consciente ou inconsciente — do positivismo, sem se atentar que se está fazendo uma abertura para um direito penal totalitário — a pena de segurança social, fundada na periculosidade pessoal necessidade de readaptação, correção, ressocialização ou que seja —.

Outros entendem válidos todos os subterfúgios utilizados e utilizáveis para se evitar a aplicação indiscriminada da pena privativa de liberdade. Já não se trata de impedir apenas a imposição de penas de curta duração, impedimento esse doutrinariamente admissível e até aconselhável — "segundo conceito geral, a curta permanência na prisão, além de nada aproveitar ao condenado, só lhe

traz maiores prejuízos" — quando não se trate de aplicação para mero efeito de choque.

A solução está, pois, em se alcançar um sucedâneo para a pena de prisão, capaz de fixar o conceito de retribuição. Deixar a privação da liberdade como última e derradeira — e por isso mais eficaz arma de combate ao crime, pelas retribuição à conduta.

VI

Fixadas essas premissas, é preciso que se encare o problema da pena retributiva privativa de liberdade com realismo e coragem. A pena é retributiva. E porque retribuição, castigo, censura ética à conduta, deve guardar proporcionalidade com o malefício e com o grau de reprovação que mereça o agente. No equilíbrio entre o fato e a censura pessoal está o verdadeira sentido ético da pena.

Ouso crer que a crise da pena está na utilização constante é sem imaginação da privação da liberdade. A irretorquível falência do sistema penitenciário acarreta, no seu fracasso, o desabamento da pena máxima do direito punitivo. O direito penal é punição, não repressão. "A pena não é sempre capaz de suprir, nem sequer se socorrendo dos recursos mais enérgicos, o que uma educação satisfatória, medidas terapêuticas oportunas ou, simplesmente, uma organização social mais justa, teria muitas vezes evitado", nas palavras de Cury. O direito penal não tem o condão de reprimir, impedir, evitar a criminalidade, nem tem essa obrigação. Ao direito penal cabe punir quem, podendo e devendo agir conforme o direito, não o fez. A retribuição ética à conduta típica e antijurídica pode — e deve — ser alcançada de outras formas. A pena não deve ser tão só a pecuniária e a privativa da liberdade. Jeshek afirma que toda reforma penal deve ser vista não da forma pela qual aperfeiçoa a prisão, mas sim da forma como a evita.

Inegavelmente seria útil o aumento do alcance e a maior flexibilidade da pena de multa. Fácil perceber-se a sua enorme valia na punição dos delitos que com ela se compatibilizam — os econômicos, os falimentares, os contra o patrimônio, os de circulação —. O alargamento da suspensão condicional da pena para alcançar sanções privativas da liberdade de maior duração; a extinção do limite mínimo na cominação das penas; maior amplitude do poder do juiz em troca das penas qualitativamente. Criação de novas sanções, restringindo, suspendendo ou privando direitos que não a liberdade. Dar-se, enfim, ao magistrado, penas capazes de retribuir corretamente à conduta.

Montesquieu já dizia que "qu'on examine la cause de tous les relâchements, on verra qu'elle vient de l'impunité des crimes et non pas de la modération des peines".

Válido por outro lado, o alerta de Welzel: "la superación del positivismo en nosostros es seguro que no será tarea fácil".

O importante é evitar-se solução paliativa, de compromisso, que a nada conduz. A prisão-albergue, por exemplo, é inútil: ou o condenado é privado da liberdade, ou não o é. O que se não deve fazer é privá-lo em parcelas, em etapas, em episódios. A verdade é que ninguém necessita ser preso em fins de semana ou em período noturno, num **week-end** às avessas.

Propus no V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, realizado em fevereiro de 1975 na cidade de São Paulo, que o Código Penal deveria adotar:

I — maior utilização e valor da pena pecuniária nos crimes com ela compatíveis;

II — aumento do limite quantitativo de incidência do **sursis**, no tocante às penas privativas de liberdade;

III — unificação das penas privativas de liberdade. A manutenção da dicotomia — reclusão e detenção — é inútil e desnecessária;

IV — criação de penas restritivas de liberdade e restritivas, suspensivas e privativas de direitos;

V — maior flexibilidade judiciária de substituição de uma pena por outra;

VI — eliminação dos limites mínimos de cominação.

As normas de regime penitenciário deveriam obedecer a regras mínimas:

I — diretores dos estabelecimentos penitenciários necessariamente bacharéis em direito e com cursos de especialização. O bachelar em direito, pela amplitude da cultura penológica que deve ter, supera os administradores, sociólogos ou que profissão enfrente apenas um dos vários aspectos do problema penitenciário;

II — guardas de presídio em nível de escolaridade média, submetidos a controle psiquiátrico e vinculados à Administração por regime especial, que permita rápida punição, quando necessária;

III — prescrição real e total das punições corporais, inclusive as celas surdas, ou solitárias;

IV — maior incentivo à terapia do lazer dirigido, cientificamente tão importante como a denominada e aborterapia. Aliás esta deve ser dirigida a atividade que venham, efetivamente, a ser úteis aos egressos;

V — criação de prisões abertas — sempre como etapa do cumprimento da pena privativa de liberdade — afastadas das prisões industriais de custódia máxima.

VII

Finalmente — certamente para descanso de todos quantos ousaram, bondosamente, me ouvir —, é preciso que se diga que o direito penitenciário — como erradamente se está chamando o direito executivo penal — não pode ser alguma coisa de dupla face: para efeitos externos, a retumbante afirmação de preocupações paternalistas e de favores, não poucas vezes exageradas e sempre inaplicadas, com a comunidade carcerária; para efeitos internos, a manutenção dos mais desumanos e medievais suplícios àqueles que o Estado encarcera com a hipócrita afirmativa de recuperação. Desde logo é importante que se diga que recuperação não é favor do Estado ou de alguns clubes de serviço, mas dever de toda a comunidade.

Entretanto — e aqui o reverso — não me parece justo aprimorar-se a educação dos condenados e das suas famílias, dar-lhes capacidade laborativa, assistência material, social e moral, enquanto não se fizer o mesmo com os que, numa condição de vida sub-humana, não compreenderam que, de acordo com essas idéias paternalistas e de favores, o caminho da delinqüência pode lhe garantir a atenção da comunidade.

Repto agora — como o venho fazendo em minhas aulas — que os penalistas têm o dever inarredável de encontrar sucedâneos para a pena privativa de liberdade, que não apenas a maior utilização da multa, e sem se deterem em eventuais e prováveis fracassos imediatos O V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins acatou teses no sentido de declarar, como direito inalienável e constitucional do condenado, o reconhecimento da sua condição de ser humano .

Confesso-me porém preocupado quando vejo que se procura reformar o sistema penitenciário com o erguimento de construções civis ou com a transformação das prisões em hotéis de alta rotatividade. É mister que se diga que os problemas da segurança ou do

sexo não são os únicos — e certamente não são os mais importantes — da vida carcerária.

Por isso, se consegui ao menos transmitir as minhas inquietações de ordem dogmática, sistemática e de política criminal quanto a pena, creio ter conseguido o objetivo de fazer com que, através de lenta mas segura evolução, o direito penal possa se voltar — livre de preocupações metafísicas de prevenção do crime e ressocialização do criminoso — à sua função de punir os que podem e devem agir conforme os comandos e proibições do Direito.

BIBLIOGRAFIA

1. BETTIOL, Giuseppe — *Stato di Diritto e "Gesinnungsfrafrecht"* Scritti in Honore di HANS WELZEL.
1. CURY, Henrique — **Contribuição ao Estado da Pena**. Revista de Direito Penal 11/12, p. 24.
3. ELLENBERGER, Henri — **Reflexões sobre o Estudo Científico da Prisão, Ciência Penal** 2, p. 19.
4. JESCHEK, Hans Heinrich — **Politique Criminelle Moderne en Allemagne et en France**, Revue de Sc. Crim. Droit Penal Com paré, 1968.
6. MAURACH, Reinhardt — **A Teoria da Culpabilidade no Direito Penal Alemão**, Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal n.º 15. Tratado de Derecho Penal, v. I e II.
6. MONTESQUIEU, De L'Esprit des Lois, 1. VI, cap. XII.
7. MUNHOZ NETTO, Alcides — **A Culpabilidade no Novo Código**, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, n.º 13.
8. ROXIN, Claus — **Política Criminal y Sistema del Derecho Penal**, Barcelona, Bosch, 1972. **A Culpabilidade como Critério Limitador da Pena**. Revista de Direito Penal n.º 11/12.
9. SOLÉR, Sebastián — **Conceito e Objeto do Direito Penal**, Revista de Direito Penal, n.º 4.
10. WELZEL, Hans — **Derecho Penal Alemán**, 11.ª ed., Derecho Natural y Justicia Material.