

PENA SEM PRISÃO

Senador FRANCO MONTORO

O tema escolhido para esta palestra é o da "Pena sem prisão". Trata-se de assunto que tem interesse não apenas para os especialistas do Direito Penal, mas para toda a sociedade brasileira. É uma amostra representativa de uma série de outros problemas que estão a exigir um debate e focalização diferentes dos que se têm realizado até hoje.

Certamente foi este o motivo da escolha do tema.

Tenho sobre o assunto um projeto apresentado ao Congresso e, como colaboração para este Simpósio, consegui da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado uma colaboração magnífica — o presente quadro comparativo — que vai servir para o debate no Parlamento, mas teve antecipada sua tiragem para esta turma, como homenagem especial aos diplomandos de 1973. Neste documento vocês terão os dados para um exame mais aprofundado da matéria. Estão aí colocados os três textos que interessam ao debate da questão: o do projeto, de que falarei na palestra de hoje, projeto apresentado ao Senado, que está em tramitação; o texto correspondente, do Código Penal de 1940, ainda vigente; e o texto do Código Penal de 1969, já promulgado, mas cuja vigência está suspensa até 1974.

Estão aí os artigos para um cotejo, trabalho difícil, que foi realizado em tempo verdadeiramente recorde e que permitirá um exame paralelo de cada uma das disposições, principalmente para aqueles que se interessam pelo Direito Penal.

Mas, comecemos por colocar o problema. Por que "pena sem prisão"? O tema escolhido tem a finalidade de mostrar o problema das prisões no Brasil, hoje. As prisões, em lugar de constituir uma solução, estão sendo, na realidade, um problema, a começar por sua superlotação.

Texto taquígrafado, da gravação, pela Subsecretaria de Taquigrafia do Senado Federal e revisado pelo conferencista.

Vou citar alguns dados relativos ao Estado de São Paulo, onde foi feito um levantamento estatístico recente.

Mas nos outros Estados posso assegurar que a situação não é melhor.

Um dado objetivo em relação a São Paulo. O Estado tem nos seus vários presídios capacidade para 7.000 presos ou 7.000 vagas. Em 1970 havia 12.000 presos e havia ainda 42.000 mandados de prisão aguardando cumprimento.

Em 1972 houve um aumento de 10%. Está havendo um aumento de 5.000 mandados ao ano. Hoje há mais de 50.000 mandados de prisão sem poderem ser executados porque não há onde prender essas pessoas.

A Casa de Detenção, que é o maior presídio e possui a maior população carcerária da América Latina, tem uma capacidade normal para 2.500 presos. Está hoje com 5.081, conforme declaração do novo Juiz Corregedor incumbido das execuções penais.

Em outros Estados a situação é semelhante. Em quase todos há falta de vagas nos presídios e grande número de mandados a serem cumpridos. Isso estimula, em primeiro lugar, a corrupção porque está nas mãos do executor encontrar ou não a pessoa e na época devida. Evidentemente, isso abre campo a irregularidade e corrupção. E, de outro lado, a existência desse número elevado de mandados de prisão sem cumprimento, representa um descrédito em relação ao efeito intimidativo da pena.

Além disso, as condições de higiene e de promiscuidade dos presídios superlotados contribuem poderosamente não para a regeneração dos presos, mas para a sua degradação e aviltamento.

“Um crime contra os presos: os presídios” é o título das declarações do novo Juiz Corregedor dos Presídios de São Paulo, ao assumir, em maio deste ano, suas funções.

No livro do Prof. Alípio Silveira sobre esse tema, recém publicado, são arrolados alguns testemunhos de juristas especializados em Direito Penal e Ciência Penitenciária. Kinberg, por exemplo, citado por esse autor, descreve a funesta deformação psicológica sofrida pelo sentenciado, ainda não habitual ou profissional, sob a pressão do ambiente carcerário. São as seguintes as afirmações do autor:

“É evidente que um dos efeitos mais importantes, a meu juízo, da atmosfera psicológica criada pelos habituais das prisões, sofridos indivíduos que vivem em meios mais normais, é sentirem-se degradados, desonrados, envelhecidos. Sentem-se atacados em sua dignidade humana, em seu valor pessoal, no próprio respeito. E por isso sentem-se enfraquecer os laços que unem ao mundo das pessoas honradas, diminuir sua esperança no futuro e se entibiar sua força moral. A passagem pela prisão deixa uma desonra indelével, ao passo que, segundo a teoria, o culpado devia expiar

sua culpa pela pena. Por isso, se ouve, às vezes, os liberados dizerem que a pena começa quando se sai da prisão.”

E seguem-se as considerações.

Outro autor, José Agostinho Martinez, tem um livro sobre este tema: “O Cárcere como Fator Criminógeno”, o cárcere gerador de criminosos.

Alípio Silveira, que acabo de citar, abre seu estudo com o seguinte capítulo: “A Prisão Tradicional como Fator Criminogênico”, e aponta uma série de causas, autores, referências de julgados pela magistratura, referindo-se a esse efeito negativo realizado pelas prisões.

O Prof. Roberto Lira possui um estudo sobre o mesmo tema.

Mais impressionante que estas declarações — e vou citar uma última, para não multiplicar citações semelhantes — é a do Prof. Edmond Locard, penalista francês, que diz o seguinte:

“Não existem verdadeiros profissionais do crime, senão após sua passagem por estabelecimentos penitenciários. É somente depois de ser detido e condenado por um pequeno furto, por uma rixa, por resistência a agente de polícia ou por infrações menores que o homem se torna criminoso habitual.” — (Locard, “La Defense contre le Crime”, Paris.)

Este, um dado impressionante. E não apenas brasileiro: é internacional.

Hoje **O Jornal** publica telegrama da United Press, vindo de Nova Iorque: o diretor dos presídios era chefe do tráfico de drogas.

O Jornal do Comércio, há duas semanas, publicava uma reportagem sobre as prisões no Brasil, com o seguinte subtítulo, tirado da sentença de um juiz de Mato Grosso — **Prisões: Fábricas de Criminosos**.

Mais que esses dados valem as estatísticas.

Na penitenciária de São Paulo, no ano de 1960, existiam 1.234 sentenciados, dos quais 2/3 eram reincidentes, tinham passado por outras prisões. A média, no interior, mais se aproxima dos 50%. O que mostra por si, sem levar em conta a estatística da penitenciária de São Paulo, mais significativa, que, em 2/3 dos casos, a prisão não resolveu a finalidade da pena, que é a reeducação. Pelo contrário, é uma escola de criminalidade.

Devemos salientar ainda um aspecto importante: é que, quando se efetua uma prisão, o preso passa a ser um pensionista do Estado, que deve dar casa, comida, roupa, assistência médica, e o mais que for necessário. Por outro lado, fica uma família abandonada que, direta ou indiretamente irá acabar sendo mantida pelos cofres públicos.

Estes dados mostram que a solução do problema não consiste na solução aparentemente válida, a que estão recorrendo, praticamente, as autoridades responsáveis: aumentar o número de presídios. Ainda agora, os jornais noticiam que no Estado de São Paulo o Governo resolveu fazer mais

10 estabelecimentos, como o presídio de Avaré, que foi construído para uma capacidade de 500 pessoas. O custo de construção previsto foi de 16 milhões de cruzeiros. Efetivamente, ele foi bem maior. A construção dos dez presídios previstos implicará numa despesa de cento e sessenta milhões de cruzeiros.

E será que a construção desses presídios resolverá o problema? Não haverá outros caminhos para a solução?

O que está patente, hoje, àqueles que examinam o problema não apenas em face dos livros escritos no passado, em face de uma tradição que nós ainda estamos recebendo, de considerar a prisão a única sanção para o crime é que a sanção penal tem evoluído no mundo e, existem, hoje, inúmeras modalidades de penas sem prisão, com resultados incomparavelmente superiores; a prisão aberta, os regimes de semiliberdade com prisão aberta, prisão-albergue, e outras formas de penas, como interdição de direito, multas adaptadas às condições econômicas do interessado, períodos de prova, que diminuem em 50% o índice de prisões. O indivíduo fica submetido a um tratamento necessário à periculosidade que oferece, às deficiências que apresenta, por sua conta, com a fiscalização do Governo.

É muito mais barato fiscalizar a pessoa que está sendo tratada por sua própria conta, a tê-la presa. Isto, sem considerar todos os outros inconvenientes. Podemos dizer que o sistema vinculado à idéia de que a prisão é o único ou quase único meio de repressão criminal vem-se revelando ineqüível e ineficaz.

Esta, a conclusão dos representantes do Ministério Público, Francisco Papaterra Limongi Netto e Antônio Carlos Penteado de Moraes, em tese que foi aprovada por aclamação no I Congresso do Ministério Público, realizado em 1971. Essa tese tem sido reapresentada em outros congressos de Secretários de Justiça, de diretores de penitenciárias, e está ganhando uma amplitude nacional. Nesse congresso, esses representantes do Ministério Público e, em seguida, magistrados, que se uniram ao trabalho, propõem a reformulação do sistema de penas na legislação brasileira.

Do tema se têm ocupado representantes do Ministério Público, da Magistratura, da Advocacia, do ensino do Direito, médicos, psiquiatras, assistentes sociais.

Elaborado por uma Comissão de membros da Magistratura e do Ministério Público de São Paulo, recebemos o estudo de um anteprojeto de lei dispendo sobre a reforma do sistema de penas do Direito brasileiro, nesse sentido. Por sua oportunidade e valor, adotamos esse estudo com pequenas modificações e o apresentamos ao Congresso Nacional, sob a forma de projeto de lei. É o projeto que os Senhores têm em mãos.

Nosso objetivo é que se abra, assim, o debate sobre a matéria, no Congresso Nacional, dando-se oportunidade à contribuição dos especialistas e de todos os que possam oferecer subsídio à elaboração de um sistema penal adaptado à realidade brasileira.

Para se ter uma idéia da importância e da universalidade do tema, posso dar algumas indicações bibliográficas, apenas algumas das mais expressivas que encontrei:

Ana Valderez de Alencar: "As Prisões e a Execução das Penas Privativas da Liberdade". É uma pesquisa publicada na **Revista de Informação Legislativa** do Senado, onde, posso antecipar, serão publicadas também as palestras deste Simpósio, como homenagem a esta iniciativa magnífica, realizada pelos alunos que deram, assim, um grande exemplo aos diplomados das outras faculdades de Brasília e do Brasil.

José Gabriel de Lemos Britto: "Ciência Penitenciária", in "Os Arquivos Penitenciários do Brasil";

Victório Canepa: "Da Necessidade da Criação de Institutos de Classificação e Readaptação Social" e "Estabelecimentos Penais Abertos";

Teodolindo Castiglione: "Estabelecimentos Penais Abertos", e outros trabalhos. Trata-se de ilustre penalista que foi Presidente do Tribunal de Ética Profissional em São Paulo, e se dedicou, com muito cuidado, a esse tema das prisões abertas;

Mariano Ruiz Fuñes: "A Crise da Prisão";

Roberto Lyra: "Penitência de um Penitenciário", "Prisões e a Família", "O que virá depois da Prisão". Trabalhos publicados na "Revista Forense", na revista "Arquivo" do Ministério da Justiça etc.;

José Mendez: "Estabelecimentos Penais e Correccionais Abertos";

Manuel Pedro Pimentel, que, aliás, colaborou nesse projeto: "A Reforma Penal", "As Necessidades de Penas sem Prisão";

Marc Ancel: "É Preciso Abrir as Prisões" ("Il faut ouvrir les Prisons");

As Nações Unidas realizaram um seminário latino-americano sobre prevenção do delito e tratamento do delinqüente. Da mesma orientação e mais recente, num congresso mundial sobre ciência penitenciária, recomendando o estabelecimento de prisões abertas ou outras formas de penas sem prisão:

Elias Neuman: "Prisão Aberta, uma nova Experiência Penológica";

Roberto Pettinato: "Instituições Abertas e de Segurança Média";

Helen D. Pigeon: "Probation and parole in theory and practice". ("Probation" é o regime de prova, período de provas);

Playfair — "Prisão não Cura, Corrompe";

César Salgado: "Sistema Penitenciário na Inglaterra" — um depoimento de Oscar Wilde;

Alípio Silveira: "As Fugas nas Prisões Abertas do Estado de São Paulo" e "A Prisão-Albergue", que acaba de ser publicado em volume separado,

edição da Universidade de Direito de São Paulo. Esses autores e alguns outros que poderiam ser citados mostram a atualidade do tema.

Infelizmente, o novo Código Penal brasileiro que foi promulgado, mas que ainda não está em vigor, quase não tomou conhecimento dessas medidas e, mantém, na parte do sistema de penas, a mesma linha do Código de 1940. São penas principais: a reclusão, a detenção e a multa; e as penas acessórias são apenas, como o nome indica, uma seqüela da pena principal.

O projeto, que foi elaborado pelos promotores e pelos juízes do Estado de São Paulo, com a aprovação de magistrados de todo o Brasil, é exatamente este que foi apresentado, com pequenas modificações feitas por mim ou pela Assessoria do Senado, que participou da sua revisão.

O objetivo é lançar o problema para que, do debate, se possam introduzir algumas modificações nesse novo Código Penal, já promulgado, mas que ainda não está em vigor.

O projeto foi concebido como um todo, de modo a permitir sua implantação nos Títulos V e VI do Código Penal de 1969, razão por que se observa a mesma ordem na distribuição da matéria, com idêntico número de artigos. Se aprovado, será uma substituição a dois capítulos do Código já promulgado, na parte relativa às penas.

Vamos dar somente, com o objetivo de facilitar a compreensão, algumas indicações sobre os pontos principais desse Projeto. Em primeiro lugar, sobre as penas. Como disse, o Código de 1940 estabelecia que são penas principais a reclusão, a detenção e a multa. É o art. 28. O art. 36 do novo Código diz: são penas principais a reclusão, a detenção e a multa.

O projeto que apresentamos altera profundamente essa matéria.

Primeiro, não faz distinção entre penas principais e acessórias e as estabelece em três tipos fundamentais. São penas: a prisão, a interdição de direitos e a multa, nesta gradação. Em relação à prisão, elimina esta distinção, que é teórica e acadêmica, que a gente aprende na escola, mas não vê na realidade, entre reclusão e detenção, estabelecendo, simplesmente, a pena de prisão, variando somente o **quantum** da cominação, cujos mínimos deverão ser indicados expressamente em cada tipo penal.

Eleva à categoria de penas principais as interdições de direito, porque entende que este será o grande reforço para punição das infrações praticadas, por exemplo, por quem exerce profissão, ofício ou atividade cujo cerceamento terá um efeito muito mais punitivo e significativo do que a pena de prisão.

Vamos examinar cada uma dessas penas — prisão, interdição de direitos e multa.

A pena de prisão — estabelece expressamente — poderá ser feita em estabelecimentos penais fechados ou abertos, dependendo apenas do grau de periculosidade do sentenciado. E, nesse estabelecimento, será ministrado, após os exames, o tratamento indicado. Será obrigatoriamente ministrado

o ensino profissional. Menores e mulheres serão recolhidos em estabelecimentos especiais e, na falta destes, em seções especiais de estabelecimentos comuns.

Há uma observação importante: a de que o sentenciado recolhido a um estabelecimento penal fechado, porque oferece grande periculosidade, poderá ser transferido para um estabelecimento aberto desde que cessada ou atenuada a sua periculosidade, após o cumprimento de 1/3 da pena e, verificada, evidentemente, como o projeto estabelece, a procedência e comprovação dessa redução de periculosidade. E ao doente mental, se as condições permitirem, se concederá a internação em hospital particular.

A interdição de direitos, agora pena principal, pode ser aplicada isoladamente. No sistema atual, tem o caráter de pena acessória e deve ser imposta em certos casos, dependendo, porém, de pena principal. O projeto inova radicalmente neste campo, permitindo que o juiz se limite a impor tal pena, visando a sancionar especificamente o condenado, que sentirá mais de perto o efeito da sanção, pois a interdição do direito de clinicar, imposta a um médico, ou o impedimento de dirigir veículo motorizado, infligido a um profissional do volante, serão penas mais eficazes, sem se mencionar o benefício decorrente do não-encarceramento do sentenciado, aliviando a superlotação das prisões.

O art. 46 do projeto enumera as penas de interdição.

“SEÇÃO II — Da Pena de Interdição de Direitos

Art. 46 — São penas de interdição de direitos:

I — a perda ou suspensão do exercício de função pública, eletiva ou de nomeação, em que incorre:

a) o autor de crime cometido com o correspondente abuso de poder ou violação de dever;

b) o condenado, por outro crime, a pena de prisão superior a dois anos;

II — a perda ou suspensão do exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, em que incorre:

a) o autor de crime cometido com o correspondente abuso de poder ou infração de dever;

b) o condenado a pena de prisão, até o término da execução desta ou da medida de segurança;

III — a inabilitação permanente ou temporária para a investidura em função pública, em que incorre o autor de crime contra a administração pública ou da justiça, em prejuízo da Fazenda Pública ou do patrimônio de empresa ou sociedade em que o Estado tenha interesse direto ou indireto, praticado no exercício de função pública ou fora dela;

IV — a inabilitação permanente ou temporária para a investidura em tutela ou curatela, em que incorre o autor de crime de que resulte manifesta incompatibilidade com o exercício de um desses encargos;

V — a inabilitação permanente ou temporária para o exercício de cargo de direção em empresa ou sociedade em que o Estado tenha interesse direto ou indireto, na qual incorre o autor de crime cometido contra a Fazenda Pública ou no correlato exercício em empresa ou sociedade de crédito, investimento ou poupança;

VI — a suspensão da atividade ou profissão cujo exercício dependa de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público, em que incorre o autor de crime cometido com infração de regras a elas inerentes;

VII — a suspensão do exercício de atividade industrial ou comercial, em que incorre o autor de crime contra a Fazenda Pública, a incolumidade ou a fé pública, os costumes, a organização do trabalho ou a propriedade imaterial, quando no exercício daquelas atividades;

VIII — a suspensão dos direitos políticos, em que incorre o condenado a pena de prisão, até o término da execução da pena ou da medida de segurança.”

Essas medidas são efetivamente mais eficazes do que a pena de prisão que é prevista no Código, e, que, na realidade, não é aplicada. Por exemplo, um médico que deixa de comunicar à autoridade competente a existência de um doente portador de doença contagiosa, daquelas fixadas em lei, hoje, ou se pune com a pena de cadeia ou não se pune. E acaba não se punindo, ou, então, acaba ficando entre os 50.000 mandados a serem cumpridos. É muito bom que não se puna, que não se ponha esse homem na cadeia. A pena, qual poderia ser? A interdição do direito. Durante seis meses estaria proibido de exercer a profissão. É uma penalidade, atinge o indivíduo, representa uma sanção, sem os inconvenientes da prisão, que hoje é uma pena obrigatória.

Nos acidentes de trânsito, que estão hoje assumindo proporções extraordinárias, não é preciso admitir a pena rigorosa da prisão; o resultado, é que ninguém é preso. Examinemos, por exemplo, um crime de um rapaz que, andando em excesso de velocidade, atropela uma criança; mata: deverá ser preso. Vai para a cadeia por um crime praticado talvez até em dosagem alcoólica excessiva, por ter bebido um pouco mais numa solenidade qualquer. Se ele for preso, for para a cadeia, se transformará, com 75% de probabilidade, num criminoso, pela promiscuidade, pelas condições em que vai estar recolhido, ou então, o que é mais comum para evitar isso, ele não é punido; fica entre os 40 ou 50.000 mandados sem cumprimento e entre outras formas de fugir à aplicação da lei. Um juiz, sabendo que um jovem de bons costumes, recém-formado em escola superior, pratica um acidente,

vai ser preso, sua prisão vai ensejar o que acontece com porcentagem extraordinariamente ampla nos presídios, onde acaba viciado em tóxicos e outras perversões, e então, não o pune.

Com esse processo, ele receberia uma pena: durante 5 anos, 3 anos, ele é proibido de conduzir. Se motorista profissional, a mesma coisa.

São outras formas de penalidades e, se necessário um tratamento complementar para que ele fosse curado de uma tendência de certa periculosidade, deveria sofrer também outro tipo de tratamento.

Achar que a única forma de punir é colocar um homem na cadeia, durante 3 anos, deixando abandonada sua família, é positivamente pensar com os olhos de quem não está vendo a nossa realidade. Daí a importância que os autores do projeto atribuem a essa figura de interdição de direito.

Haveria muita coisa a dizer, mas é claro que oportunamente poderão examiná-las mais detidamente.

Nos artigos seguintes se estabelece o mecanismo da pena de interdição de direitos.

A aplicação isolada da pena de interdição de direitos fica, entretanto, condicionada ao máximo da pena cominada, que deverá ser igual ou inferior a três anos nos crimes dolosos, admitindo-se em qualquer caso, nos culposos. E o juiz poderá aplicar, quando cabíveis, duas ou mais penas de interdição de direitos, limitados sempre seus graus máximo e mínimo, que serão os mesmos da pena de prisão cominada ao crime.

Quanto à pena de multa, o projeto segue, em grande parte, o mecanismo do Código Penal de 1969.

Inova o projeto, no entanto, quanto ao montante do dia-multa, por acolher a sugestão de Soler, no sentido que a sua fixação seja baseada no salário-mínimo, com a possibilidade, porém, de referir-se ao dia-rendimento. No caso de o juiz verificar que a condição econômica do sentenciado suportaria, sem sofrimento algum, a pena calculada com base no salário-mínimo, ele pode ser punido, não com base no salário-mínimo, mas na sua renda, que às vezes é muito superior.

Para um multimilionário, a pena com base no salário-mínimo torna-se irrisória. Então se permite uma pena mais forte, de acordo com as condições econômicas do infrator.

No Capítulo II do projeto, trata-se da aplicação da pena. E aqui há uma outra inovação de vulto. O juiz, na sentença, deverá declarar a periculosidade do réu, definindo-a nestes três aspectos: acentuada, escassa ou nenhuma periculosidade.

Esta, de certa forma, é a pedra de toque do sistema, já que com base em tal definição, que será provisória e sempre suscetível de revisão mediante estudos e observações que deverão ser feitos, com base na definição, o sentenciado vai receber tratamento adequado à sua periculosidade. Para tanto, o juiz fica adstrito a algumas regras, embora com largo arbítrio. O projeto fixa os elementos objetivos da definição da periculosidade.

O art. 60 estabelece:

"CAPÍTULO II — Da Aplicação da Pena

Declaração da Periculosidade

Art. 60 — Compete ao Juiz, na sentença, declarar a periculosidade do réu, definindo-a como acentuada, escassa ou nenhuma."

A Lei define:

"Acentuada periculosidade

§ 1º — Considera-se de acentuada periculosidade o agente que:

- a) pelos seus antecedentes e personalidade, pelos motivos determinados e circunstâncias do crime, pelos meios empregados e modos de execução, pela intensidade do dolo ou grau da culpa, evidencia *inclinação para práticas delituosas*;
- b) revela, na ação criminosa, torpeza, perversão, malvadez, cupidez ou insensibilidade moral;
- c) anteriormente ao novo crime tenha sofrido duas condenações irrecorríveis a penas de prisão, não unificáveis por continuidade."

Não se pode aplicar a mesma pena em situações diferentes.

"Escassa Periculosidade

§ 2º — Considera-se de escassa periculosidade o agente que, pela análise dos elementos mencionados na primeira parte do parágrafo anterior, evidencie probabilidade de regeneração, desde que submetido a medidas reeducativas e de proteção.

Nenhuma Periculosidade

§ 3º — Considera-se de nenhuma periculosidade o agente que, pela análise dos mesmos elementos, revela condições de regeneração, independentemente das providências referidas no parágrafo anterior."

Essas três definições não são definitivas. O agente poderá passar de uma para outra dessas categorias, de acordo com o seu comportamento.

Fixando a pena, o juiz determinará o local onde será executada, bem como considerará, quanto às de interdição de direito, todas as circunstâncias de caráter subjetivo e objetivo. Relativamente à multa, terá em consideração a situação econômica do réu.

Observe-se, ainda, que as penas de interdição de direitos e de multa somente poderão ser aplicadas a réus de escassa ou de nenhuma periculosidade.

Os de periculosidade elevada, terão, obrigatoriamente, que ser recolhidos a prisão. E de acordo com a sua conduta poderão passar para a prisão aberta ou, eventualmente, receber outras formas de tratamento previstas no projeto.

A revisão da fixação do grau de periculosidade, para efeito de cumprimento da pena de prisão, está prevista e constitui grande inovação no projeto, pois dá ao sistema a necessária maleabilidade, não conservando em prisão fechada sentenciado que não ofereça maior periculosidade. Essa revisão será feita pelo juiz da execução, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do réu, ou por proposta do diretor do estabelecimento em que o condenado se encontrar.

Verificada a melhoria do seu comportamento poderá ser proposta a modificação desta qualificação.

Entenda-se que, também, o condenado tido como de escassa periculosidade poderá ter revista a fixação, sendo recolhido a estabelecimento penal fechado se assim o aconselharem os resultados do exame a que for submetido.

Essas sugestões partem de homens que passam a vida lidando com condenados, com sentenciados e apresentam sugestões que em parte já estão sendo aplicadas através de uma interpretação extensiva de alguns dispositivos da lei atual, e com o protesto de alguns conservadores, formalistas, que se apegam ainda aos textos rígidos da lei.

Mas o sentenciado recolhido a estabelecimento penal fechado ficará, obrigatoriamente, sujeito a exame de verificação de periculosidade, de preferência por instituto oficial, para que se proceda à adequação da sua situação carcerária, tendo em vista a declaração provisória, feita pelo juiz.

A declaração do juiz é sempre provisória porque não há nada em definitivo, principalmente em relação ao comportamento futuro de um sentenciado. Se, por exemplo, a sentença fixou a periculosidade como acentuada, e determinou o recolhimento do sentenciado a estabelecimento penal fechado, poderá o juiz da execução transferi-lo para estabelecimento aberto, à luz do laudo que resultar do mencionado exame obrigatório.

A reincidência recebe tratamento igual ao preconizado pelo Código de 1969, inclusive quanto à sua prescrição. Mas será, sempre, apenas um dado para a aferição do grau de periculosidade.

A suspensão da pena de prisão recebeu tratamento especial no projeto, pois ficou estreitamente ligada ao grau de periculosidade do agente. Se o sentenciado for considerado de nenhuma periculosidade, a suspensão da pena far-se-á sem condições especiais. Se de escassa periculosidade, haverá um regime de prova, mediante a imposição de condições que o projeto enumera.

No art. 79 referimo-nos ao regime de provas.

“Condições do Regime de Prova

Art. 79 — No regime de prova, poderão ser impostas as seguintes obrigações e proibições:

- I — exercer atividade laborativa;
- II — freqüentar curso de formação profissional;
- III — sujeitar-se a recolhimento noturno em albergue (art. 82);
- IV — receber medidas de fiscalização, tratamento ou cuidados médicos;
- V — submeter-se a processo de desintoxicação;
- VI — atender aos encargos de família;
- VII — reparar o dano resultante do crime;
- VIII — não dirigir veículos;
- IX — não freqüentar determinados lugares;
- X — não se exceder em bebidas alcoólicas;
- XI — não mudar de residência sem comunicação à autoridade competente.

Parágrafo único — O juiz poderá fixar, a qualquer tempo, condições não especificadas na sentença, nesta estabelecer outras obrigações além das mencionadas neste artigo, desde que o exija ou aconselhe a situação do condenado.”

Poderá a suspensão da pena ser concedida aos condenados até três anos de prisão, pois o que se terá em vista, sobretudo, será a sua escassa ou nenhuma periculosidade.

Terá o juiz, entretanto, a faculdade de estipular obrigações outras que não as mencionadas, bem como alterar as que houver estabelecido na sentença, desde que o exija a situação do condenado. E, sempre que possível, disporá de um corpo de funcionários para assistir os beneficiários da suspensão, cujas atribuições são especificadas no projeto.

Sendo notórias as dificuldades para a adoção imediata deste sistema, decorrentes da criação dos cargos de agentes de fiscalização, o projeto prevê a **alternativa do regime de recolhimento noturno em albergue especial**, que será instalado, de preferência, em local diverso dos presídios ou em seção especial destes, separados os albergados dos demais condenados.

Como conseqüência da conversão das interdições de direitos em penas principais, estabelece-se a possibilidade de sua **suspensão**, pelo prazo de um a quatro anos, por uma vez e sem condições especiais, se o condenado é de nenhuma periculosidade. Observe-se que esta possibilidade alcança somente as interdições temporárias.

Outra inovação diz respeito à atuação do **Ministério Público**, que velará pelo cumprimento do regime de prova e será sempre ouvido nos casos de revogação da suspensão da execução da pena.

A instituição do regime de prova (**probation**) tem alcançado excelentes resultados nos países onde vigora, reduzindo de metade o número dos sentenciados encarcerados e, assim, aliviando os encargos dos presídios.

Sua adoção entre nós, todavia, dependerá de uma série de providências que, aos poucos, deverão ser tomadas, de fácil execução.

No art. 81 se estabelecem as atribuições do Assistente Social incumbido de fiscalizar este período de provas.

Enquanto não existir este corpo, o recolhimento noturno será feito em albergues, o que é de fácil execução e que já está sendo adotado em outros Estados por iniciativa da própria Magistratura.

O **livramento condicional** também é objeto de algumas inovações propostas, pois o sistema se funda no grau de periculosidade do sentenciado, após a transferência para estabelecimento penal aberto, com as condições fixadas nos incisos do **art. 87**, e com especial benefício para os menores de 21 e maiores de 70 anos.

O trabalho apresentado, que é fruto do estudo, da observação e da experiência de magistrados, promotores e de auxiliares nesta atividade penitenciária, foi realizado com espírito crítico e depois de maduras reflexões e experiências. Ele servirá, por certo — e por esse objetivo é que nós o adotamos e apresentamos à consideração do Senado — para reexame dessa matéria, mediante o debate amplo que o assunto estava a exigir.

Evidentemente, alguma coisa tem que ser feita para reduzir a importância exagerada hoje atribuída, pela legislação brasileira, à prisão em estabelecimentos fechados, com os inconvenientes que eu acabo de indicar.

Há duas medidas já tomadas a respeito, através de prisão-albergue. Uma resolução que vem transcrita neste trabalho do Professor Alípio Silveira, sobre a prisão-albergue, e o Provimento nº 25 do Tribunal de Justiça de São Paulo. O Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, considerando todos esses fatos, ou grande parte dos fatos que acabo de apontar e as brechas que a lei enseja, estabelece e permite as condições para a prisão-albergue.

O resultado foi tão positivo que o Estado do Paraná, em resolução de 8-8-1972, por proposta do Presidente do Tribunal de Justiça daquele Estado, e mencionando a experiência positiva realizada em São Paulo, resolve adotar o regime de prisão-albergue ou de semiliberdade, em condições limitadas pelo atual Código. Está em início de execução por iniciativa dos juizes que, através de instruções, estão estabelecendo uma verdadeira norma, uma resolução normativa, com experiência positiva que deve ser estendida a todo o País.

Outras experiências poderiam ser mencionadas. O que se pretende é abrir o debate em torno da questão e por isso felicito a turma que se forma em ter apresentado, neste Simpósio, este tema, para consideração de todos aqueles que, ao sair da Faculdade, vão-se iniciar em ramos do Direito, inclusive no Direito Penal.

Queria completar fazendo duas considerações: a primeira é uma verdade decorrente de tudo o que acabo de dizer, é a vinculação necessária do Direito com a realidade social.

Como estão longe da verdadeira significação do Direito aqueles que pretendem reduzir a norma jurídica e o Direito a uma regra fria, separada da realidade, a ser aplicada mecanicamente, formalisticamente, automaticamente à realidade.

O Direito ou se atém à realidade e cumpre a sua missão, ou se afasta da realidade e trai a sua função, que é a de fazer justiça, ao dar a cada um o que lhe é devido. O que nós precisamos, os incumbidos da elaboração da lei, da interpretação da lei, do estudo da lei, é ter presente essa função de dar à sociedade aquilo que lhe é devido.

A matéria penal diz respeito a todos nós. Todos estamos sujeitos a acidentes de trânsito.

Por exemplo, todos estamos sujeitos a ter em nossas famílias uma pessoa que fique de repente subordinada a uma dessas normas da lei penal.

Aplicar um tratamento desumano, como está fixado em nosso Direito, será condenar muitas vezes uma família inteira ao abandono, o chefe da família a uma reincidência probabilíssima, porque é isso o que acontece na imensa maioria do caso dos recolhidos às prisões — e teremos negado à sociedade brasileira o conhecimento e a oportunidade de aplicar um remédio que está produzindo excelentes resultados em quase todas as partes do mundo.

Se houvesse tempo, eu traria aqui a documentação. Recomendo esse livro que acaba de ser publicado, do Professor Alípio Silveira, sobre prisão-albergue. Ele se estende também a outras modalidades, para que se veja, também, a importância desses estudos da realidade, o que revela a necessidade do estudo do Direito ser acompanhado do estudo da realidade social.

O divórcio entre o Direito e a realidade é a grande crise, o grande risco do Direito, que tem uma grande tarefa a realizar em nossa sociedade.

A segunda consideração que quero fazer, e não posso deixar de fazer, associando a minha qualidade de professor à de legislador, é que esse Código que estamos tentando modificar foi baixado por um decreto-lei no dia 21 de outubro de 1969. Costuma-se fazer muita crítica ao Poder Legislativo e muitos legisladores, inclusive, parecem admitir que, realmente, o Executivo tem melhores condições de legislar do que o Congresso Nacional. Isso porque o Poder Executivo pode se cercar de grandes técnicos, pode escolher os melhores juristas e com eles preparar um bom projeto e deve-se evitar que o Congresso, através de emendas, de substitutivos ou outras proposições, torne menos perfeito aquele instrumento.

Com a minha experiência de legislador, pois fui legislador municipal, fui Vereador, fui Deputado estadual, fui Deputado federal e sou Senador — portanto, fiz o curso completo: primário, secundário, superior e pós-graduação, em matéria de legislativo — com a minha experiência posso afirmar, e acho que falharia ao meu dever se assim não concluísse esta palestra, tirando esta lição de que a função legislativa deve caber, realmente, ao Congresso Nacional, ao órgão representativo da população e ligado à população.

Esse decreto-lei foi feito num gabinete pelos melhores juristas com os quais o Governo pôde contar; era Ministro da Justiça um ilustre professor de Direito e foi baixado o decreto-lei. E por que decreto-lei? E com essa rapidez? O projeto contém tantas imperfeições e inadequações à nossa realidade, que o próprio Governo tomou a iniciativa de adiar a sua vigência, que deveria ser para 1º de janeiro de 1970; adiou-se para 1971, depois para 1972, depois para 1973 e agora para 1974. E, antes de entrar em vigor, é, como nós vimos, indispensável modificá-lo, isso porque ele foi feito num Gabinete, divorciado do ruído das ruas, do murmúrio dos tribunais, da voz daqueles que estão sentindo o problema. A realidade jurídica social é muito complexa e não é nos livros que encontramos essa realidade e, sim, sentindo-a. A beleza do regime democrático, como diz o art. 1º da nossa Constituição, é que: “Todo poder emana do povo e em seu nome é exercido.”

O regime democrático traz, nas bases, os seus problemas. O Congresso Nacional, por exemplo, e eu estou longe de pretender que o Congresso não tenha seus defeitos como todo organismo, procura corrigir as suas imperfeições e adaptá-lo às novas condições. Hoje, por exemplo, no Congresso, nas várias comissões, existem representantes credenciados de todos os órgãos representativos da opinião pública brasileira: dos conselhos federais de advogados, de economistas, de médicos, de engenheiros, de assistentes sociais, de enfermeiros, das confederações nacionais de empregados e de empregadores, do campo, da cidade, da indústria, do comércio etc.

O processo legislativo, previsto na Constituição, com a passagem do projeto nas várias comissões, em cada uma delas, a publicidade obrigatória do projeto, da primeira à última fase da sua tramitação, permite que a população tome conhecimento da matéria, possa apresentar as suas observações, permite o debate e permite, conseqüentemente, o aperfeiçoamento do projeto.

Entre uma Câmara com todos os seus defeitos, e uma antecâmara governamental com toda sua perfeição, eu prefiro a Câmara, com todas as suas imperfeições, mas originária do voto popular e tendo presente a representação de todos, porque lá não se trabalha de portas fechadas. Numa Câmara, no Congresso, tudo se faz de portas abertas. Muitos falam da desmoralização do Congresso, tendo em vista as críticas que a ele se fazem. Mas costume dizer, com freqüência, que é preciso ter presente que no Congresso tudo se debate publicamente, nada se faz reservadamente. E pergunto se qualquer empresa, particular ou pública, resistiria a esse debate público de todas as suas medidas. Se até mesmo a família, célula básica social, resistiria à divulgação de tudo que se passa dentro dela.

O processo legislativo, que decorre da própria natureza da lei, e é estabelecido, inclusive, no texto constitucional, determina a passagem de cada projeto por comissões especializadas. A Comissão de Constituição e Justiça examina os aspectos jurídicos e de constitucionalidade, a Comissão de Mérito examina o mérito da proposição sob o aspecto especializado, a Comissão de Redação vai examinar a redação final. Há uma Câmara revisora que reexamina a matéria. E tudo isso com ampla publicidade. Esse processo *pode exigir mais tempo; mas de que adianta ter pressa e publicar um decreto-lei, como o novo Código Penal, que já demora quatro anos para entrar em execução porque é evidente a sua inaplicabilidade?*

Gostaria de comparar esse Código Penal, promulgado por decreto-lei de 1969, com um outro Código, o Comercial, promulgado em 1850 e que passou pelo Senado e pela Câmara dos Deputados, recebendo trezentas emendas na Câmara e outras tantas no Senado, e que foi debatido, examinado, discutido e adaptado à nossa realidade. Estabeleceu-se uma flexibilidade tal que permite, apesar das profundas modificações sofridas em muitas de suas partes, ainda esteja em vigor. É um Código do tempo do Império, aprovado no Congresso Nacional. De outro lado, um decreto-lei, promulgado em 1969, ainda não conseguiu vigorar!

Desejo concluir, agradecendo a atenção de todos e afirmando que ninguém melhor do que os alunos que se diplomaram este ano, contribuiu para esses propósitos, porque convidaram seus professores e outros especialistas para debaterem temas atuais do Direito.

Temos entre os conferencistas representantes do Executivo e do Legislativo, estamos na sede do Judiciário. Deram, assim, os alunos que se formam neste ano, um exemplo da sua largueza de vista, da sua disposição de se dedicar ao estudo sério do Direito, e à realização de um Direito aplicado à nossa realidade. Os juristas têm uma grande contribuição para o desenvolvimento brasileiro. É preciso que o desenvolvimento se faça em termos de justiça. Os técnicos são necessários, cada um no seu setor, mas o que marca, fundamentalmente, o desenvolvimento, é sua orientação humana e justa, de forma que cada setor da população, cada região, cada setor econômico, cada classe social, cada homem tenha aquilo que lhe é devido.

Isso é missão da Justiça, é missão do Direito.

Cabe a nós, cultores do Direito, dar nossa contribuição para que o desenvolvimento do Brasil seja realmente um desenvolvimento que possa servir de exemplo ao mundo, isto é, não um desenvolvimento *meramente material* representado pelo aumento do produto nacional bruto, mas um desenvolvimento em termos de Justiça, desenvolvimento com Justiça. É a grande missão que tem o advogado.

Ao encerrar seu curso de Direito com o presente Simpósio sobre os grandes problemas do Direito aplicados a nossa realidade, os alunos desta turma demonstraram que têm essa preocupação. Eu me orgulho de ter sido professor destes alunos!