

As penas no sistema dos projetos de reforma

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor Titular de Direito Penal —
Membro das comissões de redação dos
projetos de reforma da parte geral do
Código Penal e da Lei de Execução
Penal — Membro da Associação Inter-
nacional de Direito Penal e da Socie-
dade Mexicana de Criminologia

SUMÁRIO

1. A necessidade e a importância da pena criminal
2. A inviolabilidade da vida humana e a proibição da pena de morte
3. O repúdio às penas perpétuas
4. Princípios do sistema projetado
5. A execução descontínua da pena de prisão
6. Distinção prática entre reclusão e detenção
7. A interação entre os textos de direito penal e do direito de execução penal
8. Os regimes de execução
9. A determinação do regime inicial do cumprimento da pena
10. As progressões e as regressões
11. Elementos de tratamento, princípios e regras da execução e o estatuto jurídico do condenado
12. O cumprimento da pena em regime aberto

Conferência pronunciada em Goiânia (29-5-1984) a convite da seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.

13. **As penas restritivas de direitos**
14. **A prestação de serviços à comunidade**
15. **As interdições temporárias de direitos**
16. **A limitação de fim de semana**
17. **As alternativas para a pena de prisão**
18. **As penas patrimoniais no anteprojeto de reforma da parte geral do Código Penal**
19. **A pena de multa**
20. **A aplicação da multa nos delitos culposos**
21. **A conversão de multa em detenção**
22. **Os movimentos de reforma**

1. O sistema de penas projetado para o reordenamento positivo brasileiro arranca de duas premissas fundamentais e interacionadas: a **necessidade** e a **importância**.

A pena criminal é **necessária**, como resposta jurídica adequada às condutas humanas que ofendem valores, bens e interesses de relevo do patrimônio do homem e da comunidade; e é também **importante**, na medida em que se constitui em instrumento de defesa social principalmente quando se questiona a eficácia das reações penais de fundo institucional frente à escalada da criminalidade violenta ocorrente nos grandes e nervosos centros urbanos.

2. Compreendendo que a vida humana é o valor de maior expressão entre os bens jurídicos, como síntese da aventura do homem — feita de natureza e espírito, de tempo e de história —, o Estado tem o dever supremo de a proteger, não somente contra as ofensas oriundas da ação dos indivíduos, como também do próprio poder que representa. Quando o Estado declara a inviolabilidade da vida humana e, ao mesmo tempo, comina a pena de morte, revela uma insuperável contradição.

3. Igualmente atentatória à dignidade humana é a pena de prisão perpétua — como são atentatórias todas as penas permanentes — posto que excede a medida da proporcionalidade entre a culpa e a retribuição, como característica necessária de todas as reações penais.

A prisão perpétua rejeita o objetivo de reinserção social do delinqüente, que é fundamental numa concepção geral preventiva integrada e que se ligue a uma **pena de culpa**, mas cuja execução deva se orientar num sentido predominante de socialização conforme atualíssimas tendências doutrinárias (1) e os sistemas positivos mais modernos. A este

(1) FIGUEIREDO DIAS, *Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro*, Lisboa, 1983, p. 22.

propósito, a vigente Constituição da Espanha (1978), como síntese das aspirações coletivas interpretadas em assembléia nacional constituinte e representando um Estado pluralista, social e democrático de direito, proclamou que "las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados" (art. 25, nº 2).

O novo Código Penal português, sancionado em 23 de setembro de 1982 (Dec.-Lei nº 400), muito representativo das atuais concepções políticas e institucionais decorrentes do processo de abertura após a queda do regime ditatorial de Salazar, também consagra o objetivo finalístico da pena. Declara o artigo 71º, reservado para o critério de escolha da sanção:

"Se ao crime forem aplicáveis pena privativa ou pena não privativa da liberdade, deve o tribunal dar preferência fundamentada à segunda, sempre que ela se mostre suficiente para promover a recuperação social do delinqüente e satisfaça as exigências de reprovação e de prevenção do crime."

4. O sistema projetado para a reforma das leis penais do Brasil não pactua com a pena de morte e a pena de prisão perpétua que negam aprioristicamente o valor do homem como esperança de redenção e fazem da reação criminal um instrumento de terror e expiação.

5. A pena privativa da liberdade proposta pelo projeto de lei que altera a parte geral do Código Penal (2) tem como primária virtude a demonstração de que a sua execução deve ser descontínua.

É notório que um grande inconveniente revelado presentemente no quadro das medidas privativas de liberdade consiste na **execução segregadora** em oposição à **execução socializadora**, conforme denúncias reiteradas não somente em nosso País (3) como também no exterior (4).

Nos termos do projeto, as penas privativas de liberdade — cujo limite máximo é conservado em 30 anos (art. 75) — são traduzidas pela reclusão e pela detenção, modalidades cuja natureza e execução diversificadas procuram responder à gravidade dos delitos e à condição de seus autores. Rejeitou-se, portanto, a tendência muito viva e antiga em se fundirem

(2) O anteprojeto foi divulgado no Diário Oficial, de 11 de março de 1981 (p. 4.782), para receber sugestões. O projeto, que tomou o número 1.656, foi publicado com a Mensagem Presidencial nº 241, de 29 de junho de 1983 (DO, de 1.º de julho de 1983), e a redação final foi aprovada pela Câmara dos Deputados em 15 de março de 1984 (DCN pp. 362 e ss.). Atualmente o diploma se encontra no Senado. NR: O projeto deu origem à Lei nº 7.209, de 11-7-84, que "altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7-12-40 — Código Penal, e dá outras providências" (DO de 13-7-84).

(3) Cf. o Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a promover o levantamento da situação penitenciária no País (DCN, supl. ao nº 61, de 4-6-1976, pp. 2 e ss.); Relatório do Grupo de Trabalho instituído pelo Ministério da Justiça através da Portaria nº 689, de 11-7-1979, em **Criminalidade e Violência**, Brasília, 1980, pp. 135 e ss.; AUGUSTO THOMPSON, **A questão penitenciária**, Petrópolis, 1976, pp. 19 e ss.; RENÉ ARIEL DOTTI, **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**, Curitiba, 1980, pp. 52 e ss.

(4) HILDE KAUFMANN, **Principios para la Reforma de la Ejecución Penal**, Buenos Aires, 1977, pp. 54 e ss.

numa só espécie as sanções privativas de liberdade⁽⁵⁾ frente à consideração de que uma concepção monística da perda da liberdade não corresponderia às variadas situações de ilicitude e da conduta humana.

6. E a primeira diferença prática que se propõe está no estabelecimento dos **regimes de execução**: enquanto a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto, a pena de detenção deve ser cumprida em regime semi-aberto ou aberto, salvo a hipótese de regressão a regime fechado.

7. A necessidade de se promover uma execução individualizada e também socializadora das penas em geral, inclusive as restritivas de direitos e a pecuniária, conduz à interligação entre os diplomas penal e de execução penal posto que é no território da aplicação concreta das reações criminais que o sistema atual revela a sua **face oculta** de insegurança jurídica, de inquietação social e de negação dos direitos e das garantias individuais. Assim sendo, os dispositivos propostos para a parte geral do Código Penal devem ser relacionados com os textos do projeto de Lei de Execução Penal⁽⁶⁾ para a melhor compreensão de sua natureza, do seu valor e do seu funcionamento.

Com efeito, somente será possível visualizar a perspectiva material do sistema das penas e das medidas de segurança desde que a aplicação concreta dos princípios e das regras constantes do Código Penal seja garantida pela legislação de execução, tanto no que concerne às disposições federais como também às normas do direito local que passaram a exercer importante papel com o advento da Lei nº 6.416/77.

8. O projeto prevê a execução de penas privativas de liberdade através dos regimes **fechado, semi-aberto e aberto**. Para o primeiro serão encaminhados, desde o início da execução, os condenados à reclusão por mais de oito anos e também os reincidentes independentemente da quantidade da pena⁽⁷⁾.

A penitenciária é o estabelecimento de segurança máxima ou média, previsto para o cumprimento da pena de reclusão em regime fechado.

Aos condenados primários à pena de reclusão superior a quatro e não excedente a oito anos será destinado o regime semi-aberto, tendo como estabelecimentos de execução as colônias agrícolas, industriais ou similares.

(5) A propósito das tendências em instituir a **pena unitária** de privação da liberdade, RENÉ ARIEL DOTTI, *ob. cit.*, pp. 279/280. Os recentes códigos penais da Alemanha Ocidental (parte geral de 1970, § 38) e de Portugal (1982, art. 40) adotaram a **prisão** como única pena privativa de liberdade. Assim também o fez o Código Penal Tipo para a América Latina (1963/1971, art. 42).

(6) O anteprojeto foi divulgado no *Diário Oficial*, de 23 de julho de 1981, para receber sugestões. O projeto, que tomou o número 1.657, foi divulgado com a Mensagem Presidencial nº 242, de 29 de junho de 1983 (DO de 1.º-7-1983), e aprovado pela Câmara dos Deputados em 28 de março de 1984. O diploma está sendo remetido ao Senado ao tempo de redação do presente trabalho. NR: O projeto deu origem à Lei nº 7.210, de 11-7-84, que "institui a **Lei de Execução Penal**" (DO de 13-7-84).

(7) Reserva-se a possibilidade de concessão do **sursis** ao condenado que não seja reincidente em crime doloso, atendidos os demais requisitos do art. 77 do P. de CP.

Finalmente, aos primários condenados à pena de reclusão inferior ou igual a quatro anos se reservará o regime aberto exeqüível em casa do albergado ou outro estabelecimento que for adequado à natureza e às peculiaridades de tal regime (P. de CP, art. 33 e §§; P. de LEP, arts. 86 e ss.).

O regimes semi-aberto e aberto são destinados para os casos de detenção. Excepcionalmente, porém, admite-se a transferência para o regime mais grave (fechado em relação ao semi-aberto e semi-aberto em relação ao aberto) ocorrendo qualquer hipótese de reversão⁽⁸⁾.

9. A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á no momento da aplicação judicial (arts. 33, § 3º, e 59, III).

No sistema projetado, o juiz, "atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I — as penas aplicáveis dentre as cominadas; II — a quantidade da pena aplicável, dentro dos limites previstos; III — o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV — a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível" (art. 59).

A maior liberdade judicial na escolha da medida da pena e na sua quantidade; na determinação do regime inicial (fechado, semi-aberto ou aberto) e na substituição da pena privativa de liberdade (por uma restritiva de direitos ou pela multa) abre ao magistrado possibilidades fecundas para, efetivamente, individualizar a resposta penal à natureza e às características do fato como também às condições do autor.

10. O sentido dinâmico da execução é destacado pelas progressões e regressões, de modo a retirar o imobilismo que caracteriza atualmente o cumprimento da pena privativa de liberdade. O juiz da condenação impõe o regime inicial, mas caberá ao juiz da execução determinar as etapas de progressão, com a transferência para regime menos rigoroso, em decisão motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico (P. de LEP, art. 111 e parágrafo único).

(8) O art. 117 do projeto de Lei de Execução Penal dispõe que "a execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I — praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; II — sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime. § 1.º — O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta. § 2.º — Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido, previamente, o condenado". Para evitar arbtrios incompatíveis com o princípio da legalidade, o art. 49 do projeto de Lei de Execução Penal relaciona, exaustivamente, os casos de falta grave praticada pelo condenado à pena privativa de liberdade: I — incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; II — fugir; III — possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; IV — provocar acidente de trabalho; V — descumprir, no regime aberto, as condições impostas; VI — inobservar os deveres previstos no art. 38, incisos II e V (obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva se relacionar; execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas). O disposto no artigo transcrito aplica-se, no que couber, ao preso provisório.

Dispondo que "as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado" (art. 33, § 2º), o projeto se coloca em harmonia com os princípios fundamentais para a boa reforma penal e penitenciária.

Execução progressiva em atenção ao **mérito do condenado** (9) implica em execução individualizadora, a qual pressupõe a **classificação** como seu corolário lógico.

O art. 30 do Código Penal de 1940, reformado pela Lei nº 6.416/77, dispõe que "o período inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade consiste na observação do recluso, sujeito ou não a isolamento celular, por tempo não superior a três meses, com atividades que permitam completar o conhecimento de sua personalidade".

Somente após trinta e seis anos de vigência do Código Penal foi instituído o preceito que ordena a individualização da pena durante o procedimento executivo. Antes disso, o princípio estava somente declarado na Constituição e na Lei nº 3.274, de 2 de outubro de 1957, dispondo sobre **normas gerais** do regime penitenciário.

O projeto não repetiu o texto constante do art. 30 do Código Penal. Mas considera regra obrigatória do regime fechado a submissão do condenado ao exame criminológico, no início do cumprimento da pena, visando à classificação para individualizar a execução (art. 34) (10).

A propósito deste ângulo do problema, a **exposição de motivos** ao projeto de Lei de Execução Penal dispõe que "a classificação dos condenados é requisito fundamental para demarcar o início da execução científica das penas privativas de liberdade e da medida de segurança detentiva. Além de constituir a efetivação de antiga norma geral do regime penitenciário, a classificação é o desdobramento lógico do princípio da **personalidade da pena**, inserido entre os direitos e as garantias individuais. A exigência dogmática da **proporcionalidade da pena** está igualmente atendida no processo de classificação, de modo que a cada sentenciado, conhecida a sua personalidade e analisado o fato cometido, corresponda o tratamento penitenciário adequado" (nº 26).

Mas a própria **exposição de motivos** adverte que reduzir-se-ia a "mera falácia o princípio da individualização da pena, com todas as proclamações otimistas sobre a recuperação social, se não for efetuado o

(9) Porém, só o **mérito do condenado** não é requisito suficiente para a progressão do regime (do mais rigoroso para o menos rigoroso). É preciso, também, o cumprimento de, pelo menos, um sexto da pena no regime anterior (P. de LEP, art. 111).

(10) Segundo a redação original do projeto, o exame criminológico não era obrigatório para os internos do regime semi-aberto (art. 35). Levaram-se em consideração, para a diversidade de tratamento, as condições próprias a cada tipo legal de ilicitude e a gravidade dos fatos correspondentes, justificando-se investigação mais ou menos aprofundada da personalidade. Também as dificuldades humanas e materiais inerentes à realização de tal perícia recomendavam a sua não-obrigatoriedade para os destinados ao regime semi-aberto. Mas, na discussão do projeto na Câmara dos Deputados, o exame criminológico passou a ser também compulsório para os presos em regime semi-aberto (art. 35).

exame de personalidade no início da execução, como fator determinante do tipo de tratamento penal, e se não forem registradas as mutações de comportamento ocorridas no itinerário da execução" (art. 27).

A classificação dos condenados é uma providência científica indisponível à boa execução da pena, razão pela qual o procedimento respectivo é devidamente disciplinado no projeto de Lei de Execução Penal, tendo à frente a Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento. A Comissão será presidida pelo diretor da unidade e composta, no mínimo, por dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social (arts. 5º e ss.).

11. A melhor regulamentação para o trabalho e os demais **elementos de tratamento** (instrução; atividades culturais, recreativas e esportivas; os contatos com o mundo externo e especialmente com a família) com a distribuição racional do tempo de ocupação e de isolamento durante o repouso noturno (para os internos do regime fechado), constituem-se em regras de grande alcance para socializar o procedimento de execução, retirando-o do caos em que atualmente se encontra.

A permissão para o trabalho externo é medida que atende os interesses da Administração e do presidiário, concedendo-se tanto no regime fechado como no semi-aberto.

Completam-se tais regras de cumprimento da pena em regimes fechado e semi-aberto, com a previsão de liberdades, de direitos e de deveres que procuram atenuar os formidáveis contrastes entre a vida prisional e a vida livre.

Assim, a proclamação do **princípio de legalidade** garantindo ao preso todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade; o respeito à sua integridade física e moral como dever imposto a todas as autoridades; a remuneração pelo trabalho com os benefícios da Previdência Social; o regime especial para mulheres, observando-se os deveres e os direitos inerentes à sua condição pessoal; o repertório detalhado dos deveres e direitos fundamentais, bem como a regulamentação da matéria da disciplina (previsão das faltas, das sanções e recompensas, da aplicação das sanções e do procedimento disciplinar); a cautelosa e eqüitativa previsão em torno das autorizações de saída (permissão de saída e saída temporária), a remição de parte da pena pelo trabalho, enfim, um universo no qual gravitam os interesses fundamentais da defesa social e do condenado, num sistema de amparo social que se deve projetar em todos os quadrantes da execução para cobrir lacunas e omissões que ao longo dos séculos abrem margem ao exercício autoritário do poder administrativo.

Ao lado de tais aspectos existem muitos outros que devem ser consagrados legislativamente, como pretende fazer o projeto da Lei de Execução Penal: a natureza, a classificação e as linhas básicas de arquitetura dos estabelecimentos; a descrição e a distribuição de competências e atribuições dos órgãos de execução; os tipos de regime com suas progressões e re-

gressões; o pessoal administrativo e a participação da sociedade através do Conselho da Comunidade ⁽¹¹⁾).

12. As penas privativas de liberdade podem ser também cumpridas em regime aberto.

Dispõe o art. 36 do projeto de reforma da parte geral do Código Penal que o regime aberto se funda na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado.

A execução da prisão aberta se fará em casa do albergado ou estabelecimento adequado, permitindo-se ao sentenciado o exercício de atividades fora do estabelecimento (trabalho, freqüência a cursos ou qualquer outra forma de ocupação desde que autorizada). O recolhimento será obrigatório no período noturno e nos dias de folga.

Assim como ocorre nas demais formas de execução da pena privativa de liberdade, admite-se a reversão para regime mais rigoroso se o condenado praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada (P. de CP, art. 36 e §§. P. de LEP, arts. 112 e ss.).

A modalidade do regime aberto constitui forma de execução parcial da pena em **meio livre** ⁽¹²⁾, caracterizando uma das espécies da **prisão descontínua**. Nesta modalidade de execução, o condenado se recolhe uma parte do dia (ou da noite) ao estabelecimento penal. Tal período é variável e poderá recair também em noites ou dias de fim de semana ⁽¹³⁾.

Mas o regime aberto não se poderá transformar — pela ausência de regulação de seus pressupostos e requisitos ou de estabelecimentos apropriados — em negação sistemática da execução das penas curtas de **prisão aberta**, assim como vem ocorrendo na atualidade pelo manifesto desinteresse do Estado em manter ou construir as casas do albergado e unidades similares. Daí por que as previsões específicas do projeto da Lei de Execução Penal, em seus artigos 92 e seguintes e 112 e seguintes.

(11) Em cada Comarca deverá haver um Conselho da Comunidade, composto, no mínimo, por um representante da associação comercial ou industrial, um advogado indicado pela Seção da Ordem dos Advogados do Brasil e um assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais. Incumbe ao Conselho da Comunidade: visitar os estabelecimentos penais, entrevistar presos, apresentar relatórios mensais ao Juízo da Execução e ao Conselho Penitenciário e diligenciar pela obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado, em harmonia com a direção do estabelecimento (P. de LEP, arts. 79 e 80).

(12) Uma das maneiras de se promover a desinstitucionalização é caracterizada pelo **tratamento em meio livre** (cf. PLAWSKI, *Droit Pénitentiaire*, Lille, s/d, pp. 233 e ss.). Por **desinstitucionalização** se deve compreender a adoção de métodos e de meios que constituam formas de reação ao delito diversas do cumprimento da pena em instituições penais como os presídios, os institutos de reeducação ou ensino profissional, as colônias agrícolas que conservam aspectos de prisionalização etc.

(13) Na Dinamarca, por ocasião do Seminário de Klarskovgard (1977), os seus participantes aprovaram a **prisão de fim de semana** como alternativa à prisão contínua e como um meio eficaz de sanção dirigido para uma categoria especial de delinquentes e para delitos de pequena gravidade (cf. JØRGEN LANGKILDE, "Alternatives to Incarceration", artigo publicado em *International Summaries*, EUA, 1978, v. 2, pp. 183 e ss.). Experiências com a prisão ou arresto de fim de semana têm sido feitas há algum tempo na Inglaterra (1948), na Alemanha Ocidental (1953) e na Bélgica (1963). O recente projeto do Código Penal espanhol (1980) consagrou o arresto de fim de semana — com a duração mínima de um fim de semana e máxima de vinte e quatro — ao lado da prisão cominada entre os limites de seis meses a vinte anos (excepcionalmente, vinte e cinco anos) (arts. 38, 39 e 42). Em Portugal o seu novo Código Penal também adotou o instituto da prisão de fim de semana como espécie de prisão por dias livres. O limite máximo é estabelecido em 15 períodos. Cada período tem a duração mínima de 36 horas e máxima de 48, equivalente a 4 dias de prisão contínua (art. 44).

13. As **penas restritivas de direitos** constituem-se na grande inovação do projeto. Consistem elas na prestação de serviços gratuitos à comunidade, na interdição temporária de direitos e na limitação de fim de semana ⁽¹⁴⁾.

O espaço ocupado por estas modalidades de sanção veio substituir com grandes vantagens a categoria das chamadas **penas acessórias**.

Em trabalho editado ao final do ano de 1980 ⁽¹⁵⁾, procuramos demonstrar a inconveniência da manutenção do sistema positivo das penas acessórias, conservadas ao longo dos anos sob o carisma da prevenção, notadamente da prevenção especial.

Além da insegura natureza jurídica das penas acessórias, que para muitos autores se confundem com as medidas de segurança e proteção ⁽¹⁶⁾, elas também não admitem a individualização (salvo quanto à maioria das interdições de direitos) que constitui não somente a garantia da personalidade da pena moderna, como também a flexibilidade inerente às exigências da culpa do autor e às mutantes circunstâncias do fato ⁽¹⁷⁾. Tanto a perda de função pública, como a publicação de sentença e a incapacidade permanente para o exercício de certos direitos, não permitem a individualização; aplicam-se invariavelmente de sujeito para sujeito e independentemente do colorido do evento.

As penas restritivas de direitos são, ao contrário das chamadas **acessórias**, sanções autônomas. Seu caráter predominante é o de substitutivo das penas privativas de liberdade e são aplicadas independentemente de cominação na parte especial quando a pena privativa de liberdade foi fixada pelo juiz em quantidade inferior a um ano, se o crime for doloso ou em qualquer quantidade, se o crime for culposo. A duração das penas restritivas de direitos é a mesma da pena de privação da liberdade substituída.

Mas, além da quantidade da pena e da natureza do delito, as penas restritivas dependem, para a sua imposição, de outros requisitos: **a)** que o réu não seja reincidente; **b)** que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e circunstâncias indicarem que tal substituição seja suficiente. Nas infrações

(14) No anteprojeto da reforma da parte geral do Código Penal, a terceira modalidade das penas restritivas de direitos consistia no **aprendizado compulsório**, ou seja, na frequência obrigatória a curso ou ciclo de palestras, no qual o condenado por crime culposo viesse a adquirir conhecimentos necessários para evitar a ocorrência de nova infração e a estimular o dever social de cuidado (art. 48). Com os trabalhos de revisão, o **aprendizado compulsório** foi substituído pela pena de limitação de fim de semana.

(15) BASES E ALTERNATIVAS PARA O SISTEMA DE PENAS, cit., pp. 362 e ss. O anteprojeto de reforma da parte geral do Código Penal, editado em meados de 1981, suprimiu as penas acessórias como categoria de sanções.

(16) Assim, por exemplo, COSTA E SILVA, *Código Penal*, São Paulo, 1943, v. I, p. 341.

(17) A respeito da falta de individualização das penas acessórias, VICENTE CERNICCHIARO, "Penas acessórias", em *Ciência Penal*, n.º 2, de 1979, p. 49; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*, parte geral, Milão, 1975, p. 582.

culposas, a pena privativa de liberdade aplicada, igual ou superior a um ano, pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos mais a multa ou por duas penas restritivas de direitos, executadas simultaneamente (P. de CP, arts. 43 e ss. e 54).

Como lembra a **exposição de motivos**, "para dotar de força coativa o cumprimento da pena restritiva de direitos, previu-se a conversão desta modalidade de sanção em privativa de liberdade, pelo tempo da pena aplicada, se injustificadamente descumprida a restrição imposta. A conversão, doutra parte, far-se-á se ocorrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa" (nº 41) (art. 45).

Discorrendo a propósito das sanções ora propostas, REALE JUNIOR salienta que "não se quis, no anteprojeto, inovar pelo gosto da novidade, nem se descuidou do sistema penal brasileiro para introduzir, como corpos estranhos, soluções distantes de nossa realidade. A vivência da Administração da Justiça Criminal revela que, ao se pretender evitar a execução da pena privativa de liberdade, tão-só por intermédio do benefício do **sursis**, cria-se profundo descrédito para com o direito penal. A suspensão da pena tem garantido o direito a um primeiro delito, cuja principal consequência reside em ter o condenado de esperar o tempo passar" (18).

14. A **prestação de serviços à comunidade** consiste na atribuição de tarefas gratuitas junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres. Os programas, nos quais tal pena deve ser cumprida, tanto poderão ser oficiais ou comunitários. As tarefas serão atribuídas segundo as aptidões do condenado e devem ser cumpridas durante oito horas semanais (aos sábados, domingos, feriados ou dias úteis) de maneira a não prejudicar a jornada normal de trabalho do condenado (P. de CP, art. 46).

Atualíssimos sistemas positivos estão adotando essa medida não institucional como o Código português (art. 60º), e as experiências na Polônia com o Código Penal de 1969, na Hungria, na Romênia e na Inglaterra, a partir de 1972, convencem da oportunidade social da prestação de trabalho como pena alternativa da prisão, de evidente caráter pedagógico e ressocializador.

Como bem adverte a **exposição de motivos** do Código de Portugal, essa e outras formas de reação penal não detentivas devem funcionar como medidas de substituição e não podem ser vistas "como formas de clemência legislativa, mas como autênticas medidas de tratamento bem definido, com uma variedade de regimes aptos a dar adequada resposta a problemas específicos de certas zonas da delinqüência" (nº 7).

O trabalho prestado deve ser gratuito, "pois do contrário não seria pena. Não se trata de trabalho escravo, pois há uma restrição de liberdade ao invés da privação da liberdade. . . A prestação de serviços é uma

(18) "Penas restritivas" em *Clôncia Penal*, São Paulo, n.º 1, de 1991, pp. 75/76.

pena, não um emprego. É um ônus, não uma fonte de vencimentos, a não ser que se queira, impensadamente, pelo gosto da crítica, descuidar da dignidade do direito penal” (19).

A flexibilidade da medida no curso da execução, quando o juiz, motivadamente, poderá alterar a forma de cumprimento, ajustando às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário (P. de LEP, art. 147), confere inequívoco sentido dinâmico à sanção e elimina os inconvenientes da massificação tão freqüentes na imposição arbitrária de condições como ocorre com o **sursis**.

As cuidadosas previsões legais acerca da atuação e do controle judicial, bem como os ônus impostos à entidade beneficiada com a prestação dos serviços (P. de LEP, arts. 148/149), constituem mecanismos necessários para a fiel execução e a correta eficácia dessa importante modalidade de reação criminal.

15. As interdições temporárias de direitos consistem: **a)** na proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; **b)** na proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; e **c)** da suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.

As duas primeiras modalidades de sanção aplicam-se para todos os delitos cometidos no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que se comprovar a violação dos deveres inerentes. Quanto à última espécie, aplica-se nos delitos culposos de trânsito (P. de CP, arts. 47, 56 e 57).

As penas de interdição **temporária** de direitos (o projeto não admite as penas perpétuas) constituem medidas penais de amplo espectro no combate a particulares formas de delinqüência, para as quais não se exige a severidade mas a certeza e a eficácia da punição. Elas atendem às exigências da personalidade, da humanidade e da proporcionalidade, que devem ser propriedades de todas as sanções criminais. Afinal, não seria possível “combater” uma vasta gama de ilícitos, somente com duas frentes principais de reação (prisão e multa). Como ilustração, deve-se referir que o **Alternativ-Entwurf eines Strafrechtsbuches** (AR — 1969) introduziu na Alemanha Ocidental a proibição de dirigir entre as penas principais e não mais como sanção acessória, como fazia o projeto de 1962.

No sistema do projeto brasileiro, caberá ao juiz da execução comunicar à autoridade competente a pena imposta, com a intimação ao condenado (P. de LEP, art. 153). O descumprimento da medida configurará o delito contra a Administração da Justiça, previsto no artigo 359 do Código Penal.

(19) MIGUEL REALE JUNIOR, op. cit., p. 77.

16. **A limitação de fim de semana**, que não se confunde com a prisão de fim de semana admitida por sistemas atuais⁽²⁰⁾, é uma restrição à liberdade de locomoção. Consiste ela na obrigação imposta ao condenado de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa do albergado ou outro estabelecimento adequado. Durante a permanência, poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas (P. de CP, art. 48 e parágrafo único).

Também nesta modalidade de pena, a sua efetividade dependerá dos poderes de vigilância do magistrado encarregado da execução e dos deveres atribuídos à direção do estabelecimento, a qual deverá encaminhar, mensalmente, ao juízo da execução um relatório e comunicará, a qualquer tempo, a ausência ou falta disciplinar do condenado (P. de LEP, arts. 150/152).

17. Como já dissemos alhures, as alternativas para o sistema de penas (de prisão) constituem meios, métodos e formas de reação ao delito que atuam em todos os momentos do dinamismo penal. Através da **cominação**, quando o ordenamento positivo consagra novas modalidades de sanção; da **aplicação**, quando ao juiz se oferecem opções para a melhor escolha e medição da pena; e da **execução**, quando os regimes dispõem de condições formais e materiais que atendam aos objetivos gizados pelas várias medidas de prevenção e repressão da criminalidade.

“Mas não se trata de um simples processo de substituição, assim como se pretendesse mudar o curso do sistema, abolindo algumas penas e introduzindo outras sem que a este fenômeno se apresentassem as necessárias justificativas. Alternar não é somente a **escolha** como também um **processo racional** de escolha. Daí então ser possível falar-se de uma orientação filosófica e política subjacente aos mecanismos de alternativas que, portanto, reverterá numa doutrina jurídica”⁽²¹⁾.

18. O anteprojeto de reforma da parte geral do Código Penal contemplava duas espécies de penas patrimoniais: a **multa penitenciária** e a **multa reparatória** (arts. 49 e 53). A primeira se dirigia à satisfação do interesse coletivo (a quantia fixada na sentença se destinaria ao fundo *penitenciário*), enquanto a segunda visava à satisfação do pagamento, mediante depósito judicial, em favor da vítima ou seus sucessores, de quantia calculada à base de dias-multa, sempre que do ilícito resultasse prejuízo material.

Na revisão do anteprojeto eliminou-se a multa-reparatória não obstante as fortes tendências atuais em considerar o fenômeno da **vitimidade** (ao lado da conexa **criminalidade**) como um retorno aos períodos em que as idéias de **reparação** e **punição** tinham uma raiz comum a ponto de se consumirem reciprocamente. Assim foi até o momento em que passou a vigorar o monopólio do Estado sobre o chamado **jus puniendi**,

(20) Cf. a nota n.º 13.

(21) RENÉ ARIEL DOTTI, *Bases*, cit., pp. 407/408.

abandonando-se a vítima às contingências, insuficiências e ônus do processo civil em busca da indenização (22).

19. A pena de **multa** prevista pelo projeto consiste no pagamento ao fundo penitenciário de quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. O mínimo é estabelecido em dez e o máximo em trezentos e sessenta dias-multa. O valor do dia-multa será fixado pelo Juiz, não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esse salário (P. de CP, art. 49 e § 1º).

O dispositivo teve como fonte próxima o art. 44 e parágrafos do Código Penal de 1969/1973, além do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65, art. 286 e §§) e da chamada **lei antitóxicos** (Lei nº 6.368/76, art. 38 e §§).

Para enfrentar o problema da inflação — não resolvido pela Lei nº 6.416/77, que mandou multiplicar os valores pecuniários do Código de 1940, pela escala 1:2.000 (art. 4º) — o projeto adotou o critério da flutuação de valores financeiros, determinando que a multa é calculada em dias. Assim também se orienta o Código Penal português (art. 46º).

Mas além da quantidade variável do cálculo (embora a sentença precise o número de dias-multa), o projeto também prevê a atualização do valor da multa no momento da execução, através dos índices de correção monetária (§ 2º, art. 49) (23).

O reajuste do montante da sanção pecuniária no momento da execução não caracteriza ofensa ao princípio da reserva legal, posto que a pena, concretamente, foi fixada em atenção ao momento da prática do delito (quantidade de dias-multa e a referência salarial do tempo do fato).

Procura-se, dessa forma, tornar a pena patrimonial compatível com as exigências de prevenção e de retribuição, ambas corroídas pelo fenómeno preocupante da desvalorização da moeda brasileira.

20. Importante inovação no quadro da multa consiste em se permitir a sua aplicação nos crimes culposos e também nos delitos dolosos, independentemente de cominação na parte especial. Em relação aos crimes dolosos, a multa substitutiva é admissível quando a pena privativa de liberdade aplicada não exceder a seis meses, o réu não for reincidente e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias, indicarem que a substituição seja suficiente.

21. O não-pagamento da multa é conversível em detenção, apenas na hipótese de o condenado solvente deixar de pagá-la ou frustrar a sua

(22) A propósito da reparação do delito como exigência de ordem pública, COSTA ANDRADE, A Vítima e o Problema Criminal, Coimbra, 1980, p. 244.

(23) O critério adotado pela Lei n.º 6.368, de 21-10-1976, não obstante prever a atualização monetária (segundo o coeficiente referido no parágrafo único do art. 2.º da Lei n.º 6.205, de 29-4-1975), revelou-se insuficiente, pois prevê o montante do dia-multa em quantias fixas: mínimo de Cr\$ 25,00 (vinte e cinco cruzeiros) e máximo de Cr\$ 250,00 (duzentos e cinquenta cruzeiros).

execução (P. de CP, art. 51). O projeto não admite a prisão de alguém pela situação de pobreza como ocorria em relação ao devedor reincidente ⁽²⁴⁾.

Com efeito, dispõe (ainda) o art. 38, primeira parte, do Código Penal: "A multa converte-se em detenção, quando o condenado reincidente deixa de pagá-la". Este texto deve ser considerado como revogado na esteira das decisões do Supremo Tribunal Federal no **Habeas Corpus** nº 54.982 e do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, no **Habeas Corpus** nº 77.428 ⁽²⁵⁾. Para a doutrina, a primeira parte do art. 38 do Código Penal foi revogada pela Lei nº 6.416/77, que deu nova redação ao item II do art. 689 do Código de Processo Penal. Em consequência, a reincidência não interfere na conversão da pena de multa em detenção ⁽²⁶⁾.

22. O movimento tendente a reformar o sistema penal positivo ingressa no seu vigésimo-primeiro ano a partir da publicação e dos debates do anteprojeto Néelson Hungria (1963).

Durante esse **tempo de viagem**, Goiânia foi o cenário de três importantes eventos, além de outros acontecimentos culturais vertidos para a revisão dos textos de direito penal e ciências afins. Refiro-me à famosa **Moção de Goiânia I** (1973), ao **Seminário sobre a Reforma Penal** e à seguida aprovação da **Moção de Goiânia II** (1981), documentados através de edição da **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás**, por iniciativa do ilustre e sensível Mestre LICÍNIO LEAL BARBOSA ⁽²⁷⁾.

Antes da existência dos anteprojetos, durante o período em que foram debatidos e agora que se converteram em projetos, a capital goiana tem sido, neste generoso e quente Brasil-Central, um significativo plenário, um ponto de convergência e um roteiro seguro no desbravamento dos novos rumos para as leis criminais de nosso País. Lembrando a imagem de "andarilho romântico", tão bem ajustada à pessoa e a obra de Oscar Leal, segundo a escultura histórica de Ático Vilas Boas da Mota ⁽²⁸⁾, o penalista é também um caminhante diuturno entre o fato e o direito, principalmente quando a nação, o povo e o governo se reúnem para o imenso e desafiador compromisso de revisar as estruturas e as formas do sistema criminal.

(24) A respeito do tema da Inconstitucionalidade da prisão por insuficiência econômica (além de sua desumanidade), ver AFONSO DE MELO, *A Conversão da Multa em Prisão*, Porto, 1980.

(25) Em DJU, de 2-6-1978, p. 3.929, e RT 510/356.

(26) CELSO DELMANTO, *Código Penal Anotado* (5.ª ed.), São Paulo, 1984, p. 42. Para o mesmo autor, o parágrafo único do art. 39 do Código Penal, embora não suprimido pela Lei nº 6.416/77, deve ser tido como revogado (STF, HC 54.982, DJU, 2-6-1978, p. 3.929, e TACrSP, no HC 77.428, em RT 510/356) (ob. cit., p. 43).

(27) A *Revista* publica os *Anais do Seminário* realizado de 16 a 19 de junho de 1981 sob o patrocínio da UFG e do Governo do Estado, e foi editada em homenagem ao Professor BENJAMIM MORAES (v. 5, n.º 1/2, jan.-dez. 1981).

(28) *Viagem às Terras Goyanas*, de OSCAR LEAL, apresentação de ÁTICO VILAS BOAS DA MOTA, Goiânia, ed. da UFG, 1980.