

CONSIDERAÇÕES POLÍTICO CRIMINAIS SOBRE O NOVO CÓDIGO PENAL DE 1995*

José Cerezo Mir

*Catedrático de Direito Penal.
Universidade de Saragoça, Espanha.*

SUMÁRIO: *I. Teoria da pena. - II. Sistema de penas: 1. Penas privativas de liberdade. Especial consideração sobre a detenção de fim de semana. 2. A pena de multa. - III. Suspensão da decisão. IV. Medidas de segurança: 1. Supressão das medidas de segurança pré-delituais. 2. Princípio da proporcionalidade. 3. Falta de previsão de medidas de segurança para os delinquentes habituais de alta perigosidade. - V. Considerações finais.*

1.-Teoria da pena

O novo Código Penal de 1995 se inspira em uma teoria unitária da pena, que combina os fins da reafirmação do ordenamento jurídico, da prevenção geral e da prevenção especial. A Exposição de Motivos declara que "o Código Penal define os delitos e contravenções que constituem os pressupostos da aplicação da forma suprema que pode revestir o poder coativo do Estado: a pena criminal" e ao mesmo tempo ressalta a "reforma total do atual sistema de penas, de modo que permita alcançar, dentro do possível, os objetivos de ressocialização insculpidos na Constituição".

O art.25.2 da Constituição Espanhola de 1978 dispõe que as penas privativas de liberdade "estarão orientadas para a reeducação e reinserção social". Esse não pode ser, todavia, o único fim das penas privativas de liberdade, nem das penas em geral, segundo opinião unânime na moderna Ciência do Direito Penal espanhola¹ e o critério sustentado pelo Tribunal Constitucional.² O preceito consti-

*Tradução do original espanhol e notas de Luiz Regis Prado, Professor Titular de Direito Penal da Universidade Estadual de Maringá.

¹ -V., a esse respeito, meu *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*. I, Teoría jurídica del delito/1. 4ª edição, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 33 e 34.

tucional se limita a assinalar que a reeducação e a reinserção social devem ser um dos fins essenciais da pena. Sempre que seja necessário deve-se fazer todo o possível para conseguir a reeducação e reinserção social do delinqüente. Entretanto, esse não pode ser o objetivo exclusivo das penas, pois do contrário o Direito Penal não poderia cumprir sua função de proteção dos bens jurídicos.³ Grande parte dos delinqüentes são ocasionais, cometeram um delito porque sucumbiram à tentação criminosa em uma ocasião excepcionalmente favorável, ou porque se achavam em uma situação de conflito que dificilmente voltará a se repetir. Esses delinqüentes ocasionais não são perigosos, neles não se constata uma probabilidade de que voltem a delinquir, não necessitam de um tratamento dirigido à sua reeducação e reinserção social. Haveria de prescindir-se, por isso, nesses casos, de toda sanção, com grave menoscabo da função de proteção dos bens jurídicos própria do Direito Penal. Ademais, as exigências de prevenção especial poderiam dar lugar, em casos de delinqüentes perigosos e autores de delitos de escassa gravidade, à aplicação de penas desproporcionais à gravidade do delito e, portanto, injustas.

Da concepção do Estado social e democrático de Direito, que norteia a Constituição (art. 1.1), não é possível extrair a exigência de que a reeducação e reinserção social do delinqüente sejam o único fim da pena e tampouco que se lhe deva atribuir funções exclusivamente preventivas (prevenção geral e prevenção especial).⁴ A concepção de Estado social e democrático de Direito é apenas incompatível com as teorias absolutas da pena, que encontram sua justificativa tão-somente no delito praticado. Uma concepção unitária da pena, com supedâneo no delito perpetrado e na necessidade de se evitar a prática de delitos no futuro, satisfaz em maior medida as exigências de um Estado social e democrático de Direito, ao propiciar sólido fundamento à exigência de proporcionalidade dos delitos e das penas.⁵

²-A sentença 150/1991 de 4 de julho declarou que "o art.25.2 contém um mandato dirigido ao legislador penitenciário e à Administração por ele criada para orientar a execução das penas privativas de liberdade... mas não estabelece que a reeducação e a reinserção social sejam as únicas finalidades legítimas das penas privativas de liberdade" (fundamento jurídico 4 b).

³-V. meu *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, I, p.32.

⁴-Como avalia Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito em el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, pp.29 e ss., e *Derecho Penal, Parte General*, 3ª ed., PPU, Barcelona, 1990, p.73.

⁵-O princípio da proporcionalidade das penas estabelece que "deve existir sempre uma medida - abstrata (legislador) e concreta (juiz) - entre a gravidade do fato praticado e a sanção imposta. Em suma, a pena deve estar proporcionada à magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito" (Luiz Regis Prado, In: *Código Penal Anotado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997 - N.T.).

A aplicação da pena implica uma reafirmação do ordenamento jurídico e neste sentido é retribuição.⁶ Não se pode conceber, por outro lado, a retribuição como a compensação do mal moral causado pelo delito, pois essa compensação não é possível, nem é racional buscá-la mediante a aplicação de outro mal ao delinqüente. A pena, ao ter seu fundamento na gravidade da prática delitativa, permite a expiação da culpabilidade por parte do delinqüente. A expiação é possível mas não necessária, pois implica a aceitação voluntária da pena como sanção justa do delito cometido.⁷ Porém não basta que a pena seja justa, há de ser além disso adequada para prevenir a prática de delitos no futuro, pois se trata da essência da pena estatal. A prevenção geral deve ser concebida primordialmente como exemplaridade, e, apenas secundariamente (quando se cuide de infrações de caráter político e econômico irrelevantes do ponto de vista ético-social ou de importância escassa), como intimidação.⁸ Na prevenção especial, quando não baste a simples advertência ou intimidação individual, deve dar-se ênfase à reeducação e reinserção social, de acordo com o preceito constitucional, e somente em se tratando de delinqüentes incorrigíveis ou de correção praticamente impossível, deve-se atender, no limite da pena justa, às exigências de separação da sociedade ou de neutralização.⁹

A orientação básica do Código Penal de 1995, quanto à teoria da pena, parece-me, pois, correta. É lamentável, todavia, que não se tenha logrado uma maior harmonia entre os diversos fins da pena. Em certas ocasiões concede-se excessivo destaque à prevenção geral, enquanto em outros preceitos se atende em demasia às exigências da prevenção especial, com grave prejuízo da eficácia da

⁶-V. minha concepção da pena em meu *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, I, pp.30 e ss.

⁷-V., neste sentido, Schmid-Häuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 2ª ed., Mohr, Tubinga, 1975, p.50; *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch*, 2ª ed., Mohr, Tubinga, 1984, pp.15 e 16 (que assinala como às vezes se fala de expiação com relação às teorias absolutas, mas então se utiliza o termo como sinônimo de retribuição); Arthur Kaufmann, "Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht", apêndice à 2ª ed. de *Das Schuldprinzip*, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1976, pp.272 e ss. (que destaca a conexão entre a expiação como reconciliação consigo mesmo e com a sociedade e a reinserção social); e Zipf, em Maurach-Zipf, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, C.F., Müller Verlag, 7ª ed., 1987, pp.85 e 86.

⁸-V., neste sentido, Antón Oneca, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Salamanca, 1944, pp.95 a 97.

⁹-Sobre os diversos aspectos da prevenção especial, v. V.Liszt, *Der Zwerckgedanke im Strafrecht, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, primeiro tomo (reimpressão fotomecânica), Walter de Gruyter, Berlín, 1970, pp.163 e ss.; e Antón Oneca, *Derecho Penal, Parte General*, p.479 e *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, pp.71 e ss.

pena do ponto de vista da prevenção geral e da reafirmação do ordenamento jurídico.

A pena privativa de liberdade tem em geral um limite máximo de duração de 20 anos¹⁰ (art.36), mas à parte das hipóteses de concurso de delitos (art.76), em algumas figuras delitivas são cominadas penas de maior gravidade. Os delitos de rebelião (art.473), de homicídio do Rei, seus ascendentes ou descendentes, da Rainha consorte, do consorte da Rainha, dos regentes ou do príncipe herdeiro da Coroa (art.485) e de homicídio de um Chefe de Estado estrangeiro ou outra de pessoa internacionalmente protegida por um Tratado (art.605.1) prevêm penas de prisão de até 25 e 30 anos, os de terrorismo (art.572) e genocídio (art.607.1) de até 30 anos e o de homicídio qualificado (art.140) de até 25 anos.

Esse limite máximo de vinte e cinco ou trinta anos é muito elevado, pois o princípio da humanidade é também um princípio fundamental do Direito Penal moderno. Deve-se ter em conta que o novo Código Penal de 1995 não inclui a remição de penas pelo trabalho, regulada no art.100 do Código Penal anterior, e que permite reduzir em um terço a duração efetiva do cumprimento da pena, ao se descontar um dia de sua execução por cada dois dias de trabalho.¹¹ A moderna Ciência do Direito Penal considera que o cumprimento de uma pena privativa de liberdade de duração real superior a quinze anos pode produzir uma grave deterioração na personalidade do recluso.¹² Uma pena de prisão de trinta, ou mesmo de vinte e cinco anos - que com a concessão da liberdade condicional (art.90.1.2^a) eximiria do cumprimento, geralmente, a quarta parte da mesma¹³ -, seria reputada,

¹⁰-O Código Penal brasileiro, a seu turno, dispõe no art.75 que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos. Em sendo o réu condenado a penas privativas de liberdade que totalizem soma superior àquele limite expressamente previsto dever-se-á proceder à unificação das mesmas, nos precisos termos do § 1º (N.T.).

¹¹-A remição das penas pelo trabalho está disciplinada, no Brasil, pela Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84) e se faz na base de um dia de pena por cada três dias de trabalho (art.129, § 1º). Dessa forma, o condenado que cumpre pena privativa de liberdade em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena (art.126, *caput*), sendo computado o tempo remido para fins de concessão de livramento condicional e indulto; perde, entretanto, o tempo remido em caso de punição por falta grave (art.127) (N.T.).

¹²-V. Marino Barbero Santos, "La pena de muerte, problema actual", in *Estudios de Criminología y Derecho Penal*, Universidad de Valladolid, 1972, p.169, e J. M^a Rodriguez Devesa - A. Serrano Gomez, *Derecho Penal Español, Parte General*, Dykinson, Madrid, 18^a ed., Madrid, 1995, p.905.

¹³-Porém, segundo o art.91: "Excepcionalmente, satisfeitas as circunstâncias 1^a e 3^a do inciso 1 do artigo anterior, o Juiz de Vigilância Penitenciária poderá conceder a liberdade condicional aos sentenciados a penas privativas de liberdade que tenham cumprido as duas terças partes de sua condenação, sempre que mereçam dito benefício por terem desenvolvido continuamente atividades laborais, culturais ou ocupacionais".

de conseguinte, contrária ao preceito constitucional (art.15) que proíbe as penas inumanas.

Mas onde se coloca, sem dúvida, acentuada ênfase na prevenção geral é no art.78, cujo parágrafo primeiro dispõe: "Se em conseqüência das limitações previstas no artigo 76 - (no tratamento do concurso de delitos) - a pena a ser cumprida resultar inferior à metade da soma total das impostas, o Juiz ou Tribunal, atendida a perigosidade criminal do apenado, poderá determinar motivadamente que os benefícios penitenciários e o cômputo de tempo para a liberdade condicional se refiram à totalidade das penas impostas nas sentenças, sem prejuízo do que, à vista do tratamento, possa resultar procedente". Esse preceito pode dar lugar ao cumprimento efetivo de uma pena de prisão de trinta anos.

Confere-se, por outro lado, excessivo realce às exigências da prevenção especial no art.88.1, parágrafo segundo, ao prever a possibilidade de substituir as penas de prisão de até dois anos de duração pelas de detenção de fim de semana ou multa,¹⁴ para delinqüentes não habituais, "quando das circunstâncias do fato e do agente se infira que o cumprimento daquelas frustraria os fins de prevenção e reinserção social". Deve-se ter em conta que a pena de prisão de seis meses a dois anos é uma pena leve, com a qual são sancionados delitos (menos graves), e não contravenções, e que o art.88 não faz referência às penas de prisão abstratas, cominadas na lei para as diversas figuras delitivas, mas às penas *aplicadas*, portanto, às penas concretas, abrangendo o mencionado preceito os delitos graves. Parece-me também exagerada, pela mesma razão, a possibilidade de se conceder, com caráter geral, a suspensão da execução das penas privativas de liberdade de até dois anos de duração (arts.80.1 e 81.2^a).¹⁵

¹⁴-O Código Penal brasileiro prevê a substituição da aplicação da pena privativa de liberdade inferior a um ano por pena restritiva de direitos, acrescendo a esse pressuposto objetivo dois outros, de natureza subjetiva, a saber: não ser o réu reincidente e a prognose da suficiência da substituição (art.44, II e III, respectivamente). Os critérios avaliativos da suficiência da substituição consistem na culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do fato (N.T.).

¹⁵-Há, sem dúvida, um verdadeiro exagero que pode levar a conseqüências nefastas no campo da prevenção do delito a substituição da pena privativa de liberdade de até dois anos pela pena de multa, sendo altamente procedente a crítica do autor. No Direito brasileiro a matéria vem regulada de forma mais consentânea e equilibrada no art.60, §2º: "a pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art.44 deste Código". Cumpre destacar, por oportuno, que "a multa substitutiva aplica-se à toda legislação penal extravagante, salvo disposição expressa em sentido contrário (art.12, CP). Ademais, em caso de previsão de multa cumulada com a pena privativa de liberdade substituída, deve-se sancionar tão-só com uma pena de multa, já que suficiente, bastante, a substituição. Não é senão esta a diretriz teleológica dos dispositivos acima mencionados, que, aliás, faz parte da

Entendo acertado, de outra parte, o critério adotado pelo novo Código Penal - assim como por todos os modernos textos pré-legislativos espanhóis, a partir do Projeto de 1980 - de aproximar a pena real da pena nominal suprimindo a remição da pena pelo trabalho. O esforço seria vão, todavia, se a possível concessão, ainda que com caráter excepcional, da liberdade condicional uma vez cumpridas as duas terças partes das penas de prisão (art.91), não fosse acompanhada também da supressão dos benefícios do art.256 do anterior Regulamento Penitenciário. É digna de elogio, por isso, a inclusão do mencionado artigo do Regulamento Penitenciário na disposição derogatória .

2.-Sistema de penas

No sistema de penas do novo Código Penal observam-se numerosas diferenças em relação ao do velho Código Penal. Farei referência unicamente às mais importantes.

1.-Penas privativas de liberdade. Especial consideração sobre a detenção de fim de semana

É de notar a simplificação das penas privativas de liberdade, que, segundo o disposto no art.35, resumem-se às penas de prisão, detenção de fim de semana e à responsabilidade pessoal subsidiária pelo não pagamento de multa.

A pena privativa de liberdade tem duração máxima de vinte anos e mínima de seis meses (art.36). O limite máximo de duração normal da pena de prisão está certo, conforme o anteriormente exposto. O limite mínimo de seis meses também merece encômios, pois implica a supressão das penas privativas de liberdade de curta duração com cumprimento contínuo ou ininterrupto.¹⁶ As penas curtas de privação de liberdade foram alvo de numerosas críticas desde meados do século passado, críticas que adquiriram grande ressonância pela influência de V. Liszt e

própria razão de ser do instituto em epígrafe" (Luiz Regis Prado, "Multa substitutiva: medida de política criminal alternativa", *Revista dos Tribunais*, SP, 1995, 722, p.408 - N.T.).

¹⁶-Na supressão das penas de prisão de duração inferior a seis meses, prevista já no Projeto de Código Penal de 1980 (art.39), na Proposta de Anteprojeto do novo Código Penal de 1983 (art.35.1) e no Projeto de Código Penal de 1992 (art.33.1), influiu, sem dúvida, o Projeto Alternativo de Código Penal alemão. Nele se excluía, por completo, a aplicação de penas privativas de liberdade de duração inferior a seis meses como pena primária (art.36). Apenas em caso de não pagamento da pena de multa ou de falta de prestação do trabalho em benefício da comunidade podia impor-se uma pena privativa de liberdade de curta duração (art.53).

seu Programa de Marburgo (1882)¹⁷ e que em sua maior parte são procedentes. As penas privativas de liberdade de curta duração desarraigam o delinqüente, separando-o de sua família, fazendo-o perder seu trabalho - se o tinha - e não permitem realizar um labor eficaz tendente a conseguir sua reeducação e reinserção social. Se é um delinqüente primário e ocasional fica exposto, além disso, à influência corruptora dos delinqüentes habituais e profissionais.¹⁸ Para evitar a aplicação de penas de prisão de duração inferior a seis meses dispôs-se, inclusive, no art. 71.2, que quando forem decorrência da diminuição de outras mais elevadas, em virtude das regras de aplicação das penas, serão substituídas pelas de detenção de fim de semana ou de multa (art.88.1).

É possível, ademais, no novo Código, a substituição das penas de prisão inferiores a um ano pelas de detenção de fim de semana¹⁹ ou multa "ainda que a Lei não comine esta pena para o delito em questão, quando as circunstâncias pes-

¹⁷-V., por exemplo, Antón Oneca, *Derecho Penal, Parte General*, pp.521 e 522, D. M. Luzon Peña, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1979, pp.69 e ss., Juan Felipe Higuera Guimerà, *La pena de arresto de fin de semana*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1982, pp.17 e ss., e Lorenzo Morillas Cueva, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1991, pp.56 e ss. Uma postura mais matizada mantinha, em compensação, Cuello Calón, que se mostrava favorável a substituí-las em grande parte e a reformar sua forma de execução, mas se manifestava contrário à sua completa abolição; v. Cuello Calón, *La moderna Penología*, Bosch, Barcelona, 1958, pp.585 e ss., especialmente pp.592 e 593. neste sentido também modernamente, na Alemanha, Jescheck-Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Duncker-Humblot, Berlín, 1996, pp.745 e 759 e ss. (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, trad. da 4ª ed. por José Luis Manzanares Samaniego, Ed. Comares, Granada, 1993, pp.680 e 699). O art.47.1 do Código Penal alemão dispõe que as penas privativas de liberdade de duração inferior a seis meses se aplicam unicamente quando, pelas circunstâncias do fato ou da personalidade do delinqüente, resultam imprescindíveis para influir neste último ou para a defesa do ordenamento jurídico.

¹⁸-De fato, é entendimento unânime o de que "as penas privativas de liberdade de curta duração não permitem a eficácia de um tratamento ressocializador, mas, ao contrário, acabam por atuar, preponderantemente, como um fator criminógeno (...) a diretriz que perpassa em toda dogmática penal moderna é a luta contra as penas privativas de liberdade de curta duração e, sobretudo, a busca incessante de um meio próprio para substituí-la" (Luiz Regis Prado, *Multa penal: doutrina e jurisprudência*, 2 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, pp.88-89 - N.T.).

¹⁹-Urge salientar que a detenção de fim de semana aqui referida constitui modalidade de pena privativa de liberdade, de acordo com o art.35 do Código Penal espanhol. O Código Penal pátrio estabelece a limitação de fim de semana como pena restritiva de direito (art.43, III), consistindo na obrigação de permanecer o condenado, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado (art.48, CP). Durante esse período poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas (N.T.).

soais do réu, a natureza do fato, sua conduta e, em especial, o esforço para reparar o dano causado assim o aconselharem, sempre que não se tratar de réus habituais". O preceito é razoável, todavia não se pode dizer o mesmo, como já assinalado, quanto à possibilidade de substituir as penas de prisão de até dois anos de duração pelas de detenção de fim de semana ou multa (art.88.1 parágrafo segundo).

A detenção de fim de semana é uma pena curta de privação de liberdade, mas por ser de cumprimento descontínuo impede o desarraigo do delinqüente e em se transcorrendo adequadamente sua execução evita-se a influência corruptora do ambiente carcerário.²⁰ Parece que o legislador não optou por suprimir totalmente as penas curtas de privação de liberdade, substituindo-as por penas de multa, por trabalhos em benefício da comunidade ou pela suspensão da execução da pena. No fundo pesam considerações de prevenção geral e as exigências de reafirmação do ordenamento jurídico.²¹ Todavia, a amplitude do campo de aplicação dessa nova pena e as dificuldades práticas de sua execução podem comprometer

²⁰-Apenas em caso de descumprimento pode converter-se numa pena curta privativa de liberdade de execução ininterrupta. Segundo o n. 3 do art.37: "Se o condenado incorreu em duas ausências não justificadas, o Juiz de Vigilância, sem prejuízo de prestar testemunho pelo rompimento da execução, poderá determinar que a detenção se execute ininterruptamente". V. uma crítica acertada deste preceito, pelos numerosos problemas que acarreta, em B. Mapelli Caffarena - J. Terradillos Basoco, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p.87. Em muitos países a detenção de fim de semana foi introduzida unicamente como uma forma especial de execução das penas privativas de liberdade de curta duração; v., a este respeito, Bueno Arus, "Panorama comparativo de los nuevos sistemas penitenciarios", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1969, fasc. 2º, pp.307 e 308, Sainz Cantero, "Arresto de fin de semana y tratamiento del delincuente", *Revista de Estudios penitenciarios*, set-dez. 1970, n. 191, p.1.064, J. F. Higuera Guimera, *La pena de arresto de fin de semana*, pp. 28, 29 e 33 e ss. Com este caráter foi introduzida no novo Código Penal português de 1982 (art.44) e aparece no novo Código Penal francês, porém vinculada à semi-detenção (art.132-25 e 132-26). Em favor da introdução da detenção de fim de semana não como pena, mas exclusivamente como forma especial de execução das penas curtas de privação de liberdade, Rodríguez Devesa e Serrano Gomez, *Derecho Penal Español, Parte General*, p.909.

²¹-Segundo Gimbernat, membro relator que, no seio da seção de Direito Penal da Comissão Geral de Codificação, redigiu o rascunho do Anteprojeto de Código Penal de 1979, que se converteria depois no Projeto de 1980: "Para a determinação do limite mínimo, o Anteprojeto adota uma postura intermédia entre o Código Penal alemão e o Projeto Alternativo. Como este último, fixa o mínimo da prisão em seis meses e não em um, mas introduz como segunda e última modalidade da pena privativa de liberdade a detenção de fim de semana. E isso porque pensou-se que esta sanção, mesmo sendo uma pena curta privativa de liberdade, é perfeitamente sustentável também do ponto de vista de prevenção especial pois a detenção de fim de semana não obriga o delinqüente nem a abandonar sua família nem a deixar seu trabalho"; v. Enrique Gimbernat Ordeig, "El sistema de penas en el futuro Código Penal", in *La reforma del Derecho Penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1980, pp. 182 e 183.

seriamente sua eficácia e com isso a sorte do novo Código Penal do ponto de vista político-criminal.²²

O campo de aplicação da pena de detenção de fim de semana é excessivamente amplo. Além das contravenções, abarca também os delitos de menor gravidade. A detenção de sete a vinte e quatro fins de semana está incluída no elenco de penas menos graves (art.33.3), considerada uma pena leve quando se trata de detenção de um a seis fins de semana.

As dificuldades se agravam ao prever o art.88 a possível substituição das penas de prisão de até dois anos de duração pela de detenção de fim de semana, ainda que a lei não estabeleça essa pena para o delito em apreço. É oportuno lembrar que o art.88 não faz referência às penas cominadas pela lei, mas às penas impostas, concretas, de forma que a aplicação da pena de detenção de fim de semana pode se estender ao âmbito dos delitos graves.

De outra parte, a aplicação prática da pena de detenção de fim de semana acarreta muitos problemas. A detenção de fim de semana terá uma duração mínima de um fim de semana e máxima de vinte e quatro, nos termos do art.37 (salvo se a pena for imposta como substitutiva de outra privativa de liberdade; em tal caso sua duração será a correspondente da aplicação das regras do art.88). O período de cada fim de semana será de trinta e seis horas. Será ela cumprida no estabelecimento penitenciário mais próximo do domicílio do detido²³ e em geral às sextas-feiras, sábados e domingos. Os redatores do Código são, sem dúvida, conscientes das dificuldades da aplicação dessa nova pena, pois o mesmo artigo 37 (item 2, segundo parágrafo) prevê não só seu eventual cumprimento em outros dias da semana,²⁴ como também que ao juiz ou tribunal é facultado determinar, concordando

²²-Na Lei Orgânica disciplinadora da competência e do procedimento dos Juizados de menores de 5 de junho de 1992 (art.17.1ª) inclui-se a detenção de um a três fins de semana como medida de segurança. No que toca à possibilidade de se confirmar a detenção de fim de semana como medida de segurança diz, acertadamente, Higuera Guimera: "A detenção de fim de semana como medida de segurança se orientará exclusivamente aos fins da 'prevenção especial'. O pressuposto da detenção de fim de semana como medida de segurança é a periculosidade do sujeito"; v. *La pena de arresto de fin de semana*, p.31.

²³-No novo Regulamento penitenciário, aprovado pelo Decreto Real 190/1996 de 9 de fevereiro, está previsto o cumprimento das penas de detenção de fim de semana nos centros de inserção social (art.163).

²⁴-Possibilidade que já se contemplava no Projeto de 1992 (art.34), ao contrário do que acontecia no Projeto de 1980 (art.42) e na Proposta de Anteprojeto do novo Código Penal de 1983 (art.36.1). Já haviam propugnado por esta modificação S. Mir Puig, "El sistema de sanciones", in *El Proyecto de Código Penal*, Barcelona, 1980, p.28, L. Rodriguez Ramos, "El arresto de fin de semana, en el Proyecto de Código Penal", *La Ley*, 1980-1, p.1039, J. F. Higuera Guimera, *La pena de arresto de fin de semana*, p.92, "La pena de arresto de fin de semana en la propuesta de Anteproyecto de nue-

o réu e ouvido o Ministério Público, que a detenção de fim de semana se cumpra "em não existindo Centro penitenciário no distrito judicial onde reside o apenado, sempre que for possível, em estabelecimentos municipais".²⁵

As dificuldades de aplicação das penas de detenção de fim de semana são amenizadas, contudo, pela possível suspensão da execução dessa pena (arts.80 e seguintes). Tanto na epígrafe do Capítulo III, como da Primeira Seção e no art.80, fala-se de penas privativas de liberdade, e a detenção de fim de semana o é, e o art.83.1 condiciona a aplicação de regras de conduta em caso de suspensão da pena de prisão. O critério é correto pois ainda que a condenação condicional tenha por objeto suspender a execução das penas curtas de privação de liberdade de cumprimento contínuo, para evitar seus inconvenientes, e essa finalidade é alcançada em grande parte com a detenção de fim de semana, não deixa esta última de implicar um contato com o mundo da prisão, de efeito estigmatizante.²⁶

Assim mesmo, é possível substituir a pena de detenção de fim de semana pelas de multa ou de trabalhos em benefício da comunidade (art.88.2), o que entendo acertado²⁷ porque desse modo evita-se o contato do apenado com os estabelecimentos penitenciários e são reduzidas as dificuldades reais de aplicação daquela pena. Não obstante, a pena de trabalhos em benefício da comunidade pode também gerar, na prática, consideráveis dificuldades.²⁸

vo Código Penal español de 1983", *La Ley*, 1984, p.1224, A. de Sola Dueñas, "Alternativas a la prisión en la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal (1983)", in *Documentación Jurídica*, n.37-40, vol.1, p.215, e Sílvia Valmaña Ochaita, *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho Penal español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, p.110, 111 e 114 e ss. (que propõe, inclusive, a substituição do termo detenção de fim de semana pelo de detenção de tempo livre, mas fazendo referência exclusivamente no seu tratamento ao período de descanso semanal).

²⁵-Parece-me correto que não se tenha previsto, no novo Código, ao contrário do que sucedia no Projeto de 1992 (art.34.2 parágrafo segundo) e no de 1994 (art.37.2 parágrafo segundo), a possibilidade de cumprir a detenção de fim de semana em delegacias policiais.

²⁶-V., nesse sentido, H. H. Jescheck, "Alternativas a la pena privativa de libertad en la moderna política criminal", *Estudios Penales y Criminológicos VIII*, Universidad de Santiago de Compostela, 1985, p.18.

²⁷-Modifico aqui meu critério exposto em *Consideraciones político-criminales sobre el Proyecto de Código Penal de 1992*, Aula inaugural do Curso Acadêmico 1993-1994, Universidad de Zaragoza, p.26.

²⁸-Sobre esta nova pena, v. Adela Asua Batarrita, "El trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas", *Estudios de Deusto*, Vol. XXXII-2, Bilbao, 1984, pp.305 e ss., José Luis de la Cuesta Arzamendi, "La sanción de trabajo en provecho de la comunidad", *La Ley*, 1985-2, p.1067, A. de Sola Dueñas, Mercedes Garcia Aran, Hemán Hormazabal Malarée, *Alternativas a la prisión*, PPU, Barcelona, 1986, pp.55 e ss., 62 e ss. e 240 e ss., e Sílvia Valmaña Ochaita, *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho penal español*, pp. 171 e ss. A prestação de

Os problemas decorrentes da pena de detenção de fim de semana não devem dar lugar à sua exclusão do Código, em uma futura reforma parcial, mas a uma drástica redução de seu campo de abrangência. Essa pena é indicada, do ponto de vista da prevenção especial, para aqueles delinquentes que requerem uma forte advertência, um efeito de *shock*, e do ponto de vista da prevenção geral e da reafirmação do ordenamento jurídico, naquelas infrações para cuja repressão é insuficiente uma pena de multa. Penso que sua utilização deveria ficar circunscrita às contravenções e a um número limitado de delitos menos graves. Na moderna Ciência do Direito Penal considera-se que essa sanção é especialmente indicada para delitos de trânsito, abandono de família e em alguns delitos econômicos.

É difícil atribuir à detenção de fim de semana um conteúdo de tratamento, dado o escasso tempo disponível e à descontinuidade na privação de liberdade. Muitos dos delinquentes aos quais se aplica essa pena não necessitarão, ainda, de um tratamento em sentido estrito, que ultrapasse a mera advertência individual (efeito de *shock*). Deveria ser aplicada, todavia, quando o exigir a personalidade do delinquentes, levando a cabo um trabalho tendente a conseguir sua reeducação ou reinserção social.²⁹ Em todo caso seu cumprimento seria em regime de isolamento celular, tal como estava previsto no Projeto de Código Penal de 1980 (art.42), para impedir o contágio criminal e eventual relaxamento em sua execução.³⁰

serviços em benefício da comunidade já foi introduzida em nosso país, como medida de segurança, no art.17 (5ª) da Lei Orgânica disciplinadora da competência e do procedimento dos Juizados de menores, pela Lei Orgânica de 5 de junho de 1992.

²⁹-O item 2 do art.163 do novo Regulamento penitenciário de 9 de fevereiro de 1996 estabelece que "a atividade penitenciária nestes Centros (se refere aos de inserção social, onde se cumprirão as penas de detenção de fim de semana) terá por escopo essencial potencializar as capacidades de inserção social positiva que apresentem as pessoas neles internadas mediante o desenvolvimento de atividades e programas de tratamento destinados a favorecer sua incorporação ao meio social". Sobre o funcionamento dos centros de inserção social, v. o art.164 do mencionado Regulamento.

³⁰-Ainda que o novo Regulamento penitenciário de 9 de fevereiro de 1996 declare que o sistema penitenciário estará orientado pelo princípio celular, o item 3 do art.13 prevê expressamente que nos estabelecimentos especiais e de regime aberto poderão existir dormitórios coletivos "mediante seleção adequada dos internos que os ocupem". Em favor do cumprimento da detenção de fim de semana em regime de isolamento celular, Rodriguez Mourullo, "Algunas consideraciones sobre el delito y la pena en el Proyecto de Código Penal español", in *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, p.45, Rodriguez Ramos, "El arresto de fin de semana", no *Proyecto de Código Penal*, p.1040, C. Garcia Valdes, *Introducción en la Penología*, 2ª ed., Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1982, p.168 ("a reclusão celular é necessária para não converter esta pena, desprestigiando-a, em lugar de reunião de delinquentes"), F. Bueno Arus, "El sistema de penas en el Proyecto de Código Penal de 1980", *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, Reus, Madrid, 1980, p.581, J. F. Higuera Guimera, *La pena de arresto de fin de semana*, pp.97 e 98, "La pena de arresto en fin de semana en

2.-A pena de multa

Uma das novidades mais interessantes do novo Código é a introdução da cominação da pena de multa com base no chamado sistema escandinavo dos dias-multa.³¹ De acordo com esse sistema, a pena de multa é regulada mediante quotas diárias. O número de quotas está em função da gravidade do delito, da medida do injusto e da culpabilidade, e seu montante, por outro lado, de conformidade com a capacidade econômica do delinqüente.³² Segundo o art.50.4, "A quota diária será

la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal español de 1983", *La Ley*, 1984-2, pp. 1224 e ss., e S.Valmaña Ochaita, *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho penal español*, pp. 119 e ss. Manifestam-se, por outro lado, contrários a que a detenção se cumpra em regime de isolamento celular, pela sua excessiva severidade, Angel de Sola Dueñas, *Alternativas a la prisión en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal*, 1983, p.215 (que considera, além disso, tal regime marcado "por uma inapropriada concepção repressiva"), e Rodriguez Devesa - Serrano Gomez, *Derecho Penal Español, Parte General*, p.909.

³¹-O sistema dos dias-multa tem sua origem no Código Criminal do Império do Brasil de 1830, segundo Luiz Regis Prado; v. "Del sistema de conminación de la multa en el Código Penal brasileño", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992, fasc. 2º, pp.696 e 697 e *Multa penal, Doutrina e Jurisprudência*, 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, pp.44 e ss. Sobre o sistema dos dias-multa, v. Gerardo Landrove Diaz, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1991, pp.108 e ss., Antonio Beristain Ipiña, "La multa penal y la administrativa en relación con las sanciones privativas de libertad", *III Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, Universidad de Santiago de Compostela, 1976, pp.29 e ss., José Luis Manzanares Samaniego, *La pena de multa*, Mancomunidad de Cabildos de Canarias, 1977, pp.139 e ss., e Luis Rodriguez Ramos, "El sistema de días-multa en el Proyecto de Código Penal", *La Ley*, 1980-1, pp.985 e ss.

³²-O Código Penal brasileiro acolheu expressamente o sistema de dias-multa, nos termos seguintes: "Art.49. A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. § 1º. 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 5 (cinco) vezes esse salário". Cumpre esclarecer que "o procedimento para fixação da multa obedece a duas fases absolutamente distintas. Preliminarmente, o juiz estabelece um número determinado de dias-multa, segundo a culpabilidade do autor e considerações de ordem preventiva. Em seguida, de conformidade com sua condição econômica, arbitra o dia-multa em uma quantidade concreta de dinheiro. Multiplicando-se o número de dias-multa pela cifra que representa a taxa diária se obtém a sanção pecuniária que o condenado deve pagar" (Luiz Regis Prado, *Multa penal: doutrina e jurisprudência*, 2 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, pp.74-75). É de força concluir que "a pena de multa - reorganizada no sistema de dias-multa - pode atingir, de forma mais adequada, os objetivos da pena, sem o contrapeso dos resultados nefastos que normalmente acompanham o encarceramento. Esse sistema deu nova dimensão à pena pecuniária, tornando-a, como a pena privativa de liberdade, apta a demonstrar, de forma inequívoca, o desvalor da ação" (Luiz Regis Prado, "Do

de no mínimo de 200 pesetas e no máximo de 50.000". O período da pena de multa é de cinco dias a dois anos (art.50.3).³³ Quando se fixar a duração da pena em meses ou anos, entender-se-á que os meses são de 30 dias e os anos de 360 (art.50.4). Os juízes ou tribunais determinarão o número de dias-multa, dentro dos limites estabelecidos para cada delito, segundo as regras de aplicação das penas, e seu montante "considerando...exclusivamente a situação econômica do réu, deduzida de seu patrimônio, receitas, obrigações e encargos familiares e demais circunstâncias pessoais do mesmo" (art.50.5).

Tem-se, na moderna Ciência do Direito Penal, que com esse sistema são obtidas penas mais justas, pois a nova multa se baseia no princípio da igualdade de sacrifício.³⁴ As dificuldades práticas de aplicação não são insuperáveis, em se determinando por via legal e regulamentar a possibilidade de solicitar informação à Receita Federal e aos bancos. O sistema dos dias-multa não somente foi introduzido nos Códigos Penais dos países escandinavos (Finlândia, Suécia e Dinamarca, ainda que nestes países não se afaste a possibilidade da volta ao sistema tradicional) e na nova parte geral do Código Penal do Brasil (art.49), mas também no Código Penal modelo para a América latina (art.45), nos de vários países hispano-americanos (por exemplo, Peru e Cuba), na nova parte geral do Código Penal ale-

sistema de cominação da multa no Código Penal brasileiro", *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1989, 650, p.253 - N.T.).

³³-Censurou-se a excessiva duração da pena de multa, assinalando que no Código Penal alemão apenas atinge as 365 quotas diárias; v., neste sentido, Manzanares, "Comentarios a la Parte General del Proyecto de Ley orgánica del Código Penal (1992)", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 2, 1992, p.407, e o Informativo do Conselho Geral do Poder Judiciário, que fez seu o critério de Manzanares, "Anteproyecto del Código Penal 1992 e Informe y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial", *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, n.11, p.223. Esquece-se, todavia, que o Código Penal alemão somente suprimiu, com caráter geral, as penas privativas de liberdade inferiores a um mês, enquanto que o limite mínimo da pena de prisão do Projeto de 1992 e do novo Código Penal é de seis meses.

³⁴-Para Cobo Del Rosal - Vives Anton, "Em princípio o sistema dos dias-multa não suscita os inconvenientes que se podem opor ao sistema da multa global do ponto de vista da igualdade ante a Lei. Não obstante, a ineludível fixação de um máximo para as quotas e o fato de que estas tenham um mínimo (coisa em absoluto necessária), podem provocar desigualdades"; Cobo Del Rosal - Vives Anton, *Derecho Penal, Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p.649. A fixação de um mínimo parece-me necessária do ponto de vista da prevenção geral e da reafirmação do ordenamento jurídico, enquanto que a fixação de um limite máximo, ainda que não prescindível (não o estabelece o Projeto Alternativo, art.49.2), é aconselhável para evitar o perigo de que a pena de multa produza efeitos confiscatórios. V., em relação ao problema da existência de um limite máximo, Manzanares, *La pena de multa*, pp.142 e 143 e "La pena de multa en el Proyecto de Código Penal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1980, fasc. 1º, pp.22 e 23.

mão (art.40), no novo Código Penal austríaco (art.19) e no novo Código Penal português de 1982 (art.46).³⁵

A pena de multa, determinada por quotas diárias, é também mais adequada para substituir as penas curtas de privação de liberdade, especialmente quando seu pagamento se realiza a prazo. Baumann propôs que o pagamento a prazo fosse obrigatório, de modo que a multa se converteria em uma pena duradoura, que acarretaria uma diminuição importante do nível de vida durante certo tempo.³⁶ Os vencimentos das prestações da multa deveriam coincidir com os da percepção da renda. A pena de multa teria, então, segundo Baumann, o caráter de uma pena parcialmente privativa de liberdade, pois não afetaria a liberdade de movimentos, mas sim a liberdade de consumo, a que tão apegados se encontram os cidadãos das modernas sociedades industrializadas. Na fixação da importância das quotas, deveria levar-se em conta unicamente as receitas de todo tipo (salários, soldos, rendas, pensões, etc.), porém não o capital ou fortuna do réu.³⁷ A proposta de Baumann representa uma variante do sistema dos dias-multa, a chamada execução espaçada ao longo do tempo, ou multa temporal, que logrou acolhida, com algumas modificações, no Projeto Alternativo do novo Código Penal alemão.³⁸ O Projeto de 1980 e a Proposta de Anteprojeto do novo Código Penal de 1983 acusavam aqui também

³⁵-O novo Código Penal francês introduziu também os dias-multa, mas mantém, ao mesmo tempo, a multa tradicional (arts.131-3, 131-5 e 131-25).

³⁶-Pelo sistema de multa temporal ou escalonada (*Laufzeitgeldstrafe*), concebido na década de 60 por Jürgen Baumann, a pena de multa é "fixada em um número preciso de dias, semanas ou meses-tipo correspondentes a cada delito. O magistrado individualiza *in concreto* a quantia equivalente a cada tipo, segundo as condições pessoais e econômicas do autor, reservando-lhe um mínimo indispensável à sua manutenção e à de sua família". Convém observar que "de acordo com esse sistema, a multa se apresenta como 'pena restritiva' do *standard* de vida do condenado (*lebensstandardbeschränkende*), durante certo lapso de tempo, com vistas a fins preventivos gerais e especiais. Do ponto de vista político-criminal, a noção de temporalidade visa a limitar mediante a pena e durante certo período de tempo o nível de vida do condenado, reduzindo para isso sua receita disponível. Pois bem, dessa maneira já funciona hoje a execução da pena de multa na maioria dos casos, graças ao pagamento parcelado. O sistema de dias-multa procura, desde sua concepção, a uma restrição do nível de vida, por um determinado espaço de tempo" (Luiz Regis Prado, *Multa penal: doutrina e jurisprudência*, 2 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p.72 - N. T.).

³⁷-V. Jürgen Baumann, *Beschränkung des Lebensstandards anstatt kurzfristiger Freiheitsstrafe*, Luchterhand, 1968, pp. 28-31, 38-43, 77-89, 91-92 e 102-108, e uma exposição e análise crítica de seu pensamento em Beristain, *La multa penal y la administrativa en relación con las sanciones privativas de libertad*, pp.26 e ss., e Manzanares, *La pena de multa*, pp.161 e ss.

³⁸-V. *Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, J.C.B. Mohr, Tubinga, 1966, pp.93 e ss. Na nova parte geral do Código Penal alemão, aprovada pela Lei de 4 de julho de 1969, não encontrou acolhida, por outro lado, essa variante; v. arts.40 e ss.

a influência do Projeto Alternativo alemão e estabeleciam não somente quotas diárias, mas também semanais e mensais, sendo o pagamento a prazo obrigatório (O art.56 do Projeto de 1980, por exemplo, dispunha que "...as quotas diárias serão pagas no momento em que a condenação transitar em julgado. As semanais e mensais, no último dia de cada semana ou mês").³⁹ A importância das quotas era determinada, por sua vez, em função da "situação econômica do réu".⁴⁰ Esta última expressão permite que se recorra não apenas aos rendimentos, mas também à fortuna do culpado, para garantir em todo caso a igualdade de sacrifício.⁴¹ O Projeto de 1992 adotava, desse modo, um critério mais flexível na questão do pagamento a prazo, prevendo-o como regra geral, mas não com caráter obrigatório. Esse critério me parece correto, dada à existência de pessoas carentes de rendimentos ou com rendimentos de periodicidade não semanal ou mensal. O novo Código de 1995 não adota, infelizmente, essa variante do sistema dos dias-multa da pena temporal. O art.50.6 prescreve que "o Tribunal determinará na sentença o tempo e a forma do pagamento das quotas". Claro que os juízes ou tribunais, no uso de seu arbítrio, podem determinar, quando o entendam oportuno, o pagamento a prazo e que esse coincida com o de recebimento dos rendimentos.

Todavia, o mais censurável no tratamento dispensado à pena de multa no novo Código é a manutenção, junto à nova pena de multa, da antiga multa proporcional. Nos termos do art.52.1, "Não obstante o disposto nos artigos anteriores e quando o Código assim o determine, a multa será fixada na proporção ao dano causado, ao valor do objeto do delito ou ao proveito auferido com o mesmo". O dano causado forma parte do injusto (desvalor do resultado) e é levado em conta, portanto, ao determinar a gravidade do delito e o número de quotas diárias. Os produtos do delito e o proveito auferido serão confiscados (art.127).⁴²

³⁹-O art.46 da Proposta de Anteprojeto do novo Código Penal de 1983 previa que "...as quotas diárias serão pagas no momento em que a condenação transitar em julgado. As semanais e mensais, no último dia útil de cada semana ou mês".

⁴⁰-V. os arts.55 do Projeto de 1980 e 45.2 da Proposta de Anteprojeto do novo Código Penal de 1983.

⁴¹-Gimbernat, ao comentar a aplicação da pena de multa no Anteprojeto de 1979, dizia: "As quotas serão fixadas com base na situação econômica total do delinqüente: as rendas do agente são, por conseguinte, um dado mais a se ter em conta junto com seu patrimônio"; E. Gimbernat Ordeig, *El sistema de penas en el futuro Código Penal*, p.183.

⁴²-Manzanares criticou também a manutenção da multa tradicional no Projeto de 1992. Considera que sua reparação é contraditória e perturbadora e que, por outro lado, "o aspecto econômico tem seu corretivo, mais que na multa, na perda ou confisco dos lucros diretos e indiretos, até onde seja possível"; v. *Comentarios a la Parte General del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal (1992)*, pp.407 e 408.

O Informe do Conselho Geral do Poder Judiciário sobre o Anteprojeto do Código Penal de 1992 aduzia em favor da manutenção da multa proporcional, junto ao sistema dos dias-multa, como "uma resposta para aqueles casos em que infrações administrativas - idênticas qualitativamente ao delito, ainda que de menor gravidade - se encontram sancionadas com multas que superam os limites máximos das multas por quotas."⁴³ O problema é real, entretanto a solução correta não consiste em manter a multa proporcional, mas em um reexame geral dos limites entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, entre os quais não existem diferenças qualitativas, mas meramente quantitativas.⁴⁴

Para a hipótese do não pagamento da multa, acha-se prevista, a exemplo do Código Penal derogado, uma responsabilidade pessoal subsidiária,⁴⁵ consistente na privação de liberdade. Assim: "se o condenado não satisfizer, voluntariamente ou por provocação, a multa imposta, ficará sujeito a uma responsabilidade pessoal subsidiária de um dia de privação de liberdade por cada duas quotas diárias não satisfeitas, que poderá cumprir-se em regime de detenções de fim de semana" (art.53.1).

A responsabilidade pessoal subsidiária, em caso de não pagamento da pena de multa, foi objeto de reiteradas críticas, pois implica uma agravação da pena por carecer o delinqüente de meios econômicos. De outra parte, acarreta uma pena curta de privação de liberdade de cumprimento contínuo ou ininterrupto. É oportuno, por isso, seu cumprimento mediante detenções de fim de semana⁴⁶ e que o juiz ou tribunal, com a concordância do réu, possa acordar inclusive que a responsabilidade subsidiária se efetive através de trabalhos em benefício da comunidade (art.53.1 parágrafo 2º).

⁴³-V. *Anteproyecto del Código Penal 1992 e Informe y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial*, p.224.

⁴⁴-V. meu *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, I, pp.48 e ss.

⁴⁵-O art.51 do Código Penal brasileiro, que outrora previa a possibilidade de conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade quando o condenado solvente deixasse de efetuar o pagamento ou frustrasse sua execução, foi revogado expressamente pela Lei nº 9.268/96, art.3º. Assim, de acordo com a atual redação dada ao mencionado artigo uma vez "transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição" (art.51, CP) - o que sem dúvida enfraquece em muito a eficácia da multa enquanto sanção penal (N.T.).

⁴⁶-A. de Sola e Manzanares já haviam sugerido a utilização da detenção de fim de semana como substitutivo da pena de multa, em caso de não pagamento; v., A. de Sola, *Alternativa a la prisión en la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal* (1983), p.219, e Manzanares, "Las penas patrimoniales en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal", *Documentación Jurídica*, ns.37-40, janeiro-dezembro 1983, Vol. I, p.237.

3.-Suspensão da decisão

O novo Código Penal não introduz, entre os substitutivos das penas privativas de liberdade de curta duração, a suspensão da decisão, como fazia o Projeto de 1980 (arts.91.3). A suspensão da decisão se inspira na *probation* anglo-saxã, na qual se interrompe o processo, uma vez declarada a culpabilidade do réu, para submetê-lo à prova durante um certo tempo⁴⁷. Se durante esse período o réu não volta a delinquir, o juiz ou tribunal não chega nunca a prolatar a sentença, de forma que não se atribui àquele o antecedente penal. No período de prova dispensa-se ao delinqüente um tratamento em liberdade. Deve ele observar as regras de conduta e realizar as tarefas que lhe imponha o juiz ou tribunal, ficando submetido à vigilância e tutela de agentes assistenciais (*probation officers*).⁴⁸

A remissão condicional da pena ou condenação condicional, do nosso velho Código Penal (arts.92 e seguintes), correspondia, por sua vez, ao modelo franco-belga do *sursis*. De acordo com esse, uma vez prolatada sentença condenatória, o juiz ou tribunal pode suspender a execução da pena imposta, para submeter à prova o delinqüente durante um certo tempo. Se o réu não volta a delinquir no prazo estabelecido, opera-se-lhe a remissão da pena, mas se mantém o antecedente penal. Por outro lado, durante o período de prova o réu fica abandonado à sua sorte. Não se lhe dispensa qualquer tratamento em liberdade.

A introdução da suspensão da decisão esbarra em nosso país em dificuldades processuais, ao não ser permitida a interrupção do processo uma vez comprovada a culpabilidade do réu. A declaração de culpabilidade é feita na sentença condenatória. De outra parte, existia em algum setor da moderna Ciência do Di-

⁴⁷-No Brasil a suspensão condicional do processo foi agasalhada pela Lei nº 9.099/95 e, segundo o art.89, *caput*, é proposta pelo Ministério Público, ao oferecer a denúncia, na hipótese de crime em que a pena mínima abstratamente cominada for igual ou inferior a um ano. A suspensão poderá durar de dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime e se encontrem presentes os demais requisitos autorizadores do *sursis*. Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor o juiz recebe a denúncia e poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, suspenso o lapso prescricional. Findo este, será declarada extinta a punibilidade pelo juiz (art.89, §5º) (N.T.).

⁴⁸-A suspensão da decisão foi introduzida em nosso país, no art.16 da Lei Orgânica disciplinadora da competência e do procedimento dos Juizados de menores, pela Lei Orgânica de 5 de junho de 1992. Sobre a suspensão da decisão ou a *probation* anglo-saxã, v. E. Cuello Calón, *La moderna penología*, Bosch, Barcelona, 1958, pp.644 e ss., R. Nuñez Barbero, *Suspensión condicional de la pena y probation (problemática acerca de su naturaleza jurídica)*, Salamanca, 1970, M^a Luísa Maqueda Abreu, *Suspensión condicional de la pena y probation*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pp.48 e ss., e A. de Sola Dueñas, Mercedes Garcia Aran e Hernán Hormazabal Malaree, *Alternativas a la prisión*, pp.69 e ss.

reito Penal espanhola um certo receio, quando não franca oposição, ao tratamento em liberdade, vendo nele um risco de abusos contra a liberdade e a dignidade da pessoa.⁴⁹

Finalmente, optou-se por inserir na velha condenação condicional elementos da *probation* anglo-saxã, chegando-se assim a uma figura híbrida, como em outros tantos países do continente europeu,⁵⁰ denominada simplesmente suspensão da execução da pena (arts.80 e seguintes). Não se interrompe o processo, mas uma vez prolatada a sentença condenatória e convencionada a suspensão da execução da pena, a inscrição daquela ocorre em uma seção especial, separada e reservada, do Instituto Central de Identificação (art.82). Se o réu não delinquir no período de prova, o juiz ou tribunal determinará a remissão da pena e ordenará o cancelamento da inscrição da sentença na seção especial do Instituto, não se computando esse antecedente para nenhum efeito (art.85.2). Logra-se assim a interrupção do processo e a obtenção de outro modo dos efeitos favoráveis da ausência de antecedentes penais.

De seu turno, prevê-se a possibilidade do juiz ou tribunal, caso entenda necessário, impor ao réu o cumprimento de determinadas obrigações ou deveres durante o período de suspensão da execução da pena, se esta for de prisão. O art.83 enumera uma série de obrigações ou deveres: proibição de freqüentar determinados lugares; proibição de ausentar-se do lugar onde resida sem autorização do juiz ou tribunal; comparecer pessoalmente ante ao juízo ou ao lugar ou serviço da Administração indicados, para informar suas atividades e justificá-las; participar de programas formativos, laborativos, culturais, de educação de trânsito, sexual e outros similares; e cumprir os demais deveres que o juiz ou tribunal entenda convenientes para a reabilitação social do apenado, com a concordância prévia deste, sempre que não atentem contra sua dignidade enquanto pessoa.⁵¹

⁴⁹-V. S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, "Nota introductoria. Propuesta Alternativa de la Parte General del Código Penal", *Cuadernos de Política Criminal*, n.18, 1982, p.615.

⁵⁰-O novo Código Penal francês inclui, junto ao *sursis* simples (arts.132-29 e ss.), o *sursis avec mise a l'épreuve* (arts.132-140 e ss.). O Código Penal alemão regula a suspensão da execução da pena para submeter à prova o delinqüente (arts.56 e ss.), prevendo a possibilidade de que o juiz ou tribunal lhe impor tarefas ou regras de conduta, ou determinar que os auxiliares de prova lhe prestem ajuda (*Bewährungshelfer*). O nosso Projeto de 1980 incluía, junto à suspensão da decisão, a condenação condicional, incorporando nela o tratamento em liberdade.

⁵¹-O Código Penal brasileiro adota o instituto franco-belga do *sursis* e nele aduz elementos do sistema anglo-americano (*probation system*), como o acompanhamento do cumprimento das condições impostas ao beneficiário pelo serviço social penitenciário, Patronato, Conselho da Comunidade ou instituição beneficiada com a prestação de serviço (art.158, §3º, LEP). O *sursis* consiste na suspensão parcial da execução da pena privativa de liberdade não superior a dois anos por um prazo determinado (de dois a quatro anos), mediante a observância de determinadas condições durante o

Contudo, não prevê, como o Projeto de 1980, a possibilidade de prestação de ajuda ao delinqüente, durante o período de prova, pelos organismos assistenciais de instituições penitenciárias (art.92). Falta, pois, um elemento essencial do tratamento em liberdade. O item 2 do art.83 dispõe unicamente que "os serviços correspondentes da Administração competente informarão o Juiz ou Tribunal julgador, ao menos a cada três meses, sobre a observância das regras de conduta impostas".

De outra parte, deveria ter sido prevista a possibilidade de imposição regras de conduta àquele que suspender a execução da pena de detenção de fim de semana. Observa-se aqui claramente que o Código condiciona a possibilidade de prescrever regras de conduta às exigências da prevenção geral e à reafirmação do ordenamento jurídico. Nas penas de detenção de fim de semana pode ser também sugerida, do ponto de vista da prevenção especial, a imposição de obrigações ou deveres. É oportuno destacar, ademais, que as regras de conduta devem estar orientadas a evitar a recaída delitiva e a favorecer a reinserção social do delinqüente.

O tratamento em liberdade insere-se, pois, timidamente na suspensão da execução da pena e não se encontra previsto, por outro lado, ao contrário do que acontecia no Projeto de 1980 (art.101), na liberdade condicional (visto que no art.90.2 faculta-se exclusivamente ao juiz de vigilância a aplicação das medidas de segurança não privativas de liberdade do art.105).

A possibilidade de suspensão da execução da pena deveria ter sido estendida às penas de multa e ao restante das penas não graves (art.33), como na Proposta de Anteprojeto do novo Código Penal de 1983 (arts.75 e 77).⁵² Para atender às exigências da prevenção geral e à reafirmação do ordenamento jurídico seria aconselhável restringir-se, todavia, a suspensão das penas de prisão (bem como das

período de prova. Em se tratando de *sursis* simples, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art.46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art.48); o *sursis* especial - concedido quando o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo e as circunstâncias do art.59 lhe forem inteiramente favoráveis - sujeitará o beneficiário ao cumprimento das seguintes condições, aplicadas cumulativamente pelo juiz: proibição de freqüentar determinados lugares, de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização do juiz e obrigação comparecer pessoalmente ao juízo, a cada mês, para informar e justificar suas atividades (art.78, §2º, a, b, c, CP) (N.T.).

⁵²-V. também, contrariamente à restrição da suspensão da execução às penas privativas de liberdade, Luzon Peña, "El Anteproyecto de Código Penal 1992: observaciones de urgencia", *Jueces para la democracia*, 1/1991, p.57. Desse modo se evitaria, ademais, o inconveniente, assinalado por Manzanares e o Conselho Geral do Poder Judiciário, dos condenados a penas de prisão de até dois anos ficarem sem antecedentes penais, enquanto os teriam os condenados a penas de menor gravidade, de diferente natureza, como a pena de multa; v. Manzanares, *Comentarios a la Parte General del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal (1992)*, p.419 e *Anteproyecto del Código Penal 1992 e Informe y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial*, p.227.

de inabilitação, de suspensão e das privativas de direitos) de duração superior a um ano, dos dias-multa que ultrapassem os seis meses e das detenções de mais de doze fins de semana, às hipóteses em que, concorrendo todos os requisitos do art.81, fosse o condenado maior de dezoito e menor de vinte e um anos, ou um prognóstico *muito* favorável atestasse que o réu não voltaria a delinquir no futuro.⁵³

4.-Medidas de segurança

1.-Supressão das medidas de segurança pré-delituais

No novo Código Penal, como em todos os textos pré-legislativos espanhóis, a partir do Projeto de 1980, são estabelecidas unicamente medidas de segurança pós-delituais, isto é, para aquelas pessoas cuja periculosidade tenha se exteriorizado através da prática de um delito.⁵⁴ As medidas de segurança se vinculam, além disso, à perigosidade criminal e somente são aplicáveis, portanto, àquelas pessoas nas quais se verifique uma probabilidade de voltar a delinquir no futuro (arts.6.1 e 95). Fica derogada a Lei de Perigosidade e Reabilitação Social de 4 de agosto de 1970, com a qual desaparecem de nosso ordenamento jurídico as medidas de segurança pré-delituais, de acordo com a opinião praticamente unânime na moderna Ciência do Direito Penal espanhola. As medidas de segurança pré-delituais, aplicáveis a pessoas que ainda não delinquiram, mas que provavelmente o farão no futuro, são contrárias às exigências mais elementares da segurança jurídica e, conseqüentemente, do Estado de Direito. Em nossa Lei de Perigosidade e Reabilitação Social estavam vinculadas, além disso, à perigosidade social, con-

⁵³-V. neste sentido minhas *Consideraciones político-criminales sobre el Proyecto de Código Penal de 1992*, pp.34 e 35.

⁵⁴-A reforma penal de 1984 aboliu o sistema do duplo-binário, que previa a aplicação sucessiva de medida de segurança detentiva após o cumprimento da pena privativa de liberdade, instituindo o sistema vicariante. Por este os condenados imputáveis não estão mais sujeitos à medida de segurança; os imputáveis, embora isentos de pena, são submetidos à medida de segurança; já os semi-imputáveis, excepcionalmente, poderão sofrê-la quando necessitarem de especial tratamento curativo, hipótese em que haverá a substituição da pena privativa de liberdade pela medida de segurança (art.98, CP). Duas são as espécies de medidas de segurança estabelecidas no Código Penal brasileiro: a detentiva (internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico) e a restritiva (tratamento ambulatorial). Ambas têm um prazo mínimo de duração de um a três anos e perdurarão enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação da periculosidade (art.97, §1º, CP). Cumpre dizer, ainda, que a medida de segurança provisória, prevista no Código Penal de 1940 (art.80), foi igualmente extinta com o advento do novo Diploma, de forma que a execução das medidas de segurança, sempre pós-delituais, terá início após o trânsito em julgado da sentença condenatória (art.171, LEP) (N.T.).

ceito este sumamente indeterminado, de forma que os preceitos que regulavam tais medidas poderiam ser considerados inconstitucionais.⁵⁵

2.-Princípio da proporcionalidade

Em contrapartida, o legislador de 1994 não formula corretamente o princípio da proporcionalidade, no qual se fundamenta a justificação ética das medidas de segurança, segundo a opinião majoritária na Ciência do Direito Penal espanhola e alemã. Segundo o item 2º do art.6, "as medidas de segurança não podem ser nem mais gravosas nem de maior duração que a pena abstratamente cominada ao fato praticado, nem exceder o limite do necessário para prevenir a perigosidade do autor". Dessa maneira, condiciona-se a possibilidade de aplicar medidas de segurança privativas de liberdade a que o delito praticado seja sancionado com uma pena privativa de liberdade cuja duração não exceda à da pena aplicada ao acusado de ter agido culposamente, ou à cominada pelo Código para o delito (arts.95.2, 101.1, 102.1, 103.1, e 104).⁵⁶ O critério parece-me errôneo, porque as medidas de segurança, ao contrário das penas, não devem ser *necessariamente* proporcionais à gravidade dos delitos praticados, mas apenas à perigosidade do delinqüente. A referência à gravidade do delito praticado, na formulação do princípio da proporcionalidade, somente pode significar um sintoma a mais a ser analisado para aferir a perigosidade do delinqüente; um sintoma que pode ser confirmado ou desvirtuado por outros. O delito cometido pode ser de apoucada gravidade, mas a prática futura de delitos muito graves pode se apresentar como provável. Precisamente por afastar esse mal-entendido prefiro a formulação do princípio da proporcionalidade

⁵⁵-V., a este respeito, meus *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Tecnos, Madrid, 1993, p.173.

⁵⁶-A formulação do princípio da proporcionalidade no Projeto se funda no pensamento de Muñoz Conde; v. suas notas à tradução da 3ª ed. do *Tratado de Derecho penal, Parte General*, de Jescheck, Bosch, Barcelona, 1981, I, p.124, *Introducción a Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, recompilação de artigos de Roxin, Reus, Madrid, 1981, p.28, "Monismo y dualismo en el Derecho penal español", in *Estudios penales y criminológicos*, VI, Universidad de Santiago de Compostela, 1983, pp.236 e 237, "Medidas de seguridad en la reforma de 1983 y en la PANC: ¿ monismo o dualismo?", in *V Jornadas de profesores de Derecho Penal, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.6, monográfico, 1983, pp.502-503 e 505-506, "Penas y medidas de seguridad: monismo versus dualismo", *Derecho penal y control social*, Fundación universitaria de Jerez, 1985, pp.69 e ss. e 74 e ss., e "Vorschlag eines neuen Massregelsystems", in W. Hassemer, *Strafrechtspolitik, Bedingungen der Strafrechtsreform*, Verlag Peter Lang, Frankfurt a. Main, Berna-Nueva York, pp.119 e ss. Este pensamento já se refletia no tratamento dos semi-imputáveis introduzido no parágrafo segundo do n. 1 do art.9 do velho Código Penal pela Lei Orgânica de reforma urgente e parcial do Código Penal de 25 de junho de 1983.

do art.133 do Projeto de Código Penal de 1980, onde se exigia unicamente que as medidas de segurança guardassem proporção "com a perigosidade revelada pelo fato praticado e a gravidade dos que provavelmente o agente possa vir a praticar".⁵⁷

Recomenda-se a fixação, sem dúvida, de um limite máximo de duração das medidas de segurança privativas de liberdade para garantir os imperativos da segurança jurídica, mas esse limite não deveria estar em função da gravidade do delito praticado, mas do tempo de duração do tratamento. Na medida de internamento em um centro psiquiátrico não deveria se estabelecer limite temporal. As exigências da política criminal não se encontram plenamente satisfeitas nesse último caso. De acordo com a referida disposição, o Ministério Público, quando uma pessoa for declarada isenta de responsabilidade criminal em decorrência das eximentes 1ª ou 3ª, do art.20, poderá solicitar seu internamento à jurisdição cível. A aplicação das medidas de segurança pós-delituais, para enfrentar a perigosidade criminal, deve ser competência exclusiva da jurisdição criminal, pois é preciso atender não apenas aos aspectos sanitários, mas também às exigências da prevenção do delito.

3.-Falta de previsão de medidas de segurança para os delinquentes habituais de alta perigosidade

Um dos maiores defeitos do novo Código Penal, do ponto de vista político-criminal é a falta de previsão de medidas de segurança pós-delituais para os delinquentes habituais de alta perigosidade.⁵⁸ Para tal hipótese não basta a pena, ajustada à medida da culpabilidade, nem sequer a agravante da reincidência, que fica reduzida agora, afinal, à reincidência específica (art.22.8ª).⁵⁹

⁵⁷-V. também, neste sentido, Romeo Casabona, "El Anteproyecto de Código Penal de 1992", in *Presupuestos para la reforma penal*, Universidad de La Laguna, 1992, pp.12-13 e Manzanares, *Comentarios a la Parte General del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal (1992)*, p.380.

⁵⁸-O novo Código parte do critério, equivocado, de se circunscrever o campo de aplicação das medidas de segurança aos inimputáveis e aos semi-imputáveis. V., a este respeito, meu *Curso de Derecho penal Español, Parte General, I*, pp.41 e 42, e Günther Kaiser, "Befinden sich die kriminalrechtlichen Massregeln in der Krise?", *Juristische Studiengesellschaft*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1990, segundo o qual "Qualquer que seja o sentido em que se fale de 'crise' - como notória insuficiência para realizar os fins da política jurídica e o programa normativo, como expressão de uma configuração defeituosa em função de um programa alternativo implícito, ou de uma maior necessidade de legitimação - não se reconhece razão alguma que obrigue a abandonar as medidas de segurança e o sistema da dupla via" (p.51).

⁵⁹-A reincidência específica encontra-se insculpida no art.22.8ª do Código Penal espanhol, *ipsis verbis*: "Artículo 22. Son circunstancias agravantes: (...) 8ª Ser reincidente. Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el

Entre as medidas aplicáveis aos delinquentes habituais de alta perigosidade deveriam ser incluídas, de fato, medidas de segurança privativas de liberdade.

Deve ser afastado o internamento em um estabelecimento de trabalho, como estava previsto no número 13 do art.6 da Lei de Perigosidade e Reabilitação Social de 4 de agosto de 1970 para os delinquentes habituais. É uma medida de segurança ineficaz para os delinquentes habituais de alta perigosidade.

Aconselha-se a inclusão, por outro lado, no elenco de medidas de segurança, do internamento em um centro de terapia social. Esses centros foram criados em vários países europeus, tendo servido em princípio como modelo o fundado pelo Dr. Stürup, um psiquiatra dinamarquês, em Herstedvester, Copenhague. Nesses estabelecimentos os delinquentes são submetidos a um tratamento com métodos psiquiátrico-sociais (combinando terapia individual e de grupos). Busca-se desenvolver com meios psiquiátricos, psicológicos e pedagógicos a vontade e a capacidade do delincente de levar uma vida sem conflitos com a lei penal. Procura-se conseguir a cooperação ativa dos delinquentes em seu processo de readaptação. Os estabelecimentos são dirigidos por um psiquiatra e têm um reduzido número de internos (uns duzentos, e na Alemanha, menos, de vinte a sessenta), divididos em pequenos grupos. A relação do número de internos com o do pessoal é aproximadamente de dois por um e o pessoal é composto por uma equipe de psi-

mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo". A reincidência específica foi prevista no art.46, §1º, II e §2º, do Código Penal brasileiro de 1940, sendo posteriormente abolida pela Lei nº 6.416/77. Atualmente a reincidência geral vem disciplinada no art.63 do Código Penal, que assim dispõe: "Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior" (N.T.).

quiatras, psicólogos e assistentes sociais.⁶⁰ O êxito desses centros foi discutido, mas predominam, sem dúvida, as opiniões favoráveis.⁶¹

O Projeto de 1980 não acolheu a medida de segurança de internamento em um centro de terapia social, ainda que sua inclusão fosse proposta por Marino Barbero Santos e José M^a Morenilla Rodriguez, no seu Parecer "La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y su reforma",⁶² colocado à disposição da comissão redatora do Anteprojeto de 1979. A comissão não aceitou sua proposta. Tampouco prosperou a emenda que apresentei, no interior da Seção de Direito Penal da Comissão Geral de Codificação, ao primeiro rascunho de Anteprojeto, apoiando a inclusão dessa medida de segurança.

Depois de uma interrupção dos trabalhos na Comissão Geral de Codificação, em outubro de 1978, reiterei o pedido, ainda que prevendo um menor campo de aplicação da medida de segurança, em uma emenda ao segundo rascunho do Anteprojeto. Nesse ínterim, o tema foi discutido com os professores Stratenwerth e Hilde Kaufmann, com os quais me encontrei durante os atos acadêmicos organizados quando da inauguração do novo edifício do Instituto Max Planck de Direito Penal estrangeiro e internacional, em Friburgo de Brisgóvia. Stratenwerth sugeriu a introdução da medida de segurança, mas dada à escassez de recursos econômicos

⁶⁰-V., sobre esses centros, meu artigo "El tratamiento de los semiimputables", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1973, fasc. 1º, pp.32 e ss., incluído no meu livro *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1982, pp.153 e ss., minhas *Consideraciones político-criminales sobre el Proyecto de Código Penal de 1992*, pp.39 e ss., o detido e profundo estudo da terapia social realizado por Hilde Kaufmann, in "Kriminologie, III", *Strafvollzug und Sozialtherapie*, Kohlhammer, 1977, pp.152 e ss. (trad. castelhana por Juan Bustos Ramirez, *Criminología, ejecución penal y terapia social*, Buenos Aires, Depalma, 1979, pp.238 e ss.), H. Schüler Springorum, "Problemática de los establecimientos de terapia social", in *La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales*, Instituto Alemão, Madri, 1982, pp.121 e ss., "Die sozialtherapeutischen Anstalten - ein kriminalpolitisches Lehrstück?", in *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1986, pp.167 e ss.

⁶¹-V., por exemplo, H. Schüler Springorum, *Problemática de los establecimientos de terapia social*, pp.127 e ss., "Die sozialtherapeutischen Anstalten - ein kriminalpolitisches Lehrstück?", pp.178 e ss., G. Kaiser, *Kriminologie, Ein Lehrbuch*, 2ª ed., C. F. Müller Juristischer Verlag, 1988, par.115, n.30, pp.912-913, G. Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, II Strafen und Massnahmen*, Verlag Stämpfli, Berna, 1989, par. I, n. 52, pp.38 e 39, Jescheck-Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p.813 (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, p.739), e Rudolf EGG, "Sozialtherapeutische Behandlung und Rückfälligkeit im längerfristigen Vergleich", *Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, fasc. 6º, 1990, pp.358 e ss.

⁶²-Publicado em *Doctrina Penal*, n. 6, abril-junho 1979, pp.217 e ss. e em Marino Barbero Santos, *Marginación social y Derecho represivo*, Bosch, Barcelona, 1980, pp.155 e ss., especialmente pp.168 e 170.

de nosso país, reduzindo ao máximo seu possível campo de aplicação, com um critério puramente pragmático, para evitar o fracasso e descrédito da medida. Hilde Kaufmann propôs, por sua vez, a introdução do internamento em um centro de terapia social como uma variante ou forma especial de execução das penas privativas de liberdade. Expus na Seção de Direito Penal da Comissão Geral de Codificação a opinião de tão ilustres professores, inclinando-me pela sugestão de Straatenwerth. Em uma emenda propunha introduzir o internamento em um centro de terapia social no elenco de medidas de segurança nos seguintes termos: "O internamento em um centro de terapia social é recomendado para menores de vinte e um anos que apresentem graves anomalias em sua personalidade, relacionadas com a prática do delito e para aqueles nos quais se possa constatar a probabilidade de que se convertam em delinquentes habituais ou profissionais de alta perigosidade, ou já o sejam. A duração do internamento não poderá exceder a cinco anos".⁶³

O limite de idade de vinte e um anos era puramente convencional. Visava a reduzir o campo de aplicação da medida, tornando-a viável na prática e a submeter a ela os delinquentes habituais de alta perigosidade mais jovens, nos quais, por não se encontrar ainda definitivamente formada a personalidade, poderiam talvez ser obtidos resultados mais favoráveis.

A sugestão não foi aceita. Garcia Valdés, então Diretor Geral das Instituições Penitenciárias, sugeriu a introdução no Regulamento da Lei Geral Penitenciária, que se encontrava então no período de elaboração, do internamento em um centro de terapia social como uma forma especial de execução das penas privativas de liberdade. O critério encontrou aceitação geral, mas não pôde ser efetivado em razão da saída do Sr. Garcia Valdés da Direção Geral das Instituições Penitenciárias pouco tempo depois, antes da aprovação do Regulamento Penitenciário de 8 de maio de 1981.

A Proposta de Anteprojeto do novo Código Penal de 1983 inseria o internamento em um centro de terapia social no catálogo de medidas de segurança (art.86.2.5ª) e previa sua aplicação aos delinquentes habituais como única medida de segurança privativa de liberdade. Seu campo de aplicação era excessivamente amplo. Cabia opor, neste sentido, as mesmas objeções formuladas na Alemanha a

⁶³-Marino Barbero Santos e José Mª Morenilla propunham a aplicação da medida de internamento em um centro de terapia social nas seguintes hipóteses de estado perigoso: "4)a prática de um delito doloso grave por um maior de vinte e um anos e menor de vinte e sete, ou por quem apresente alterações psíquicas profundas, que não o eximam de responsabilidade, desde que tivesse praticado anteriormente dois ou mais delitos dolosos caracterizados por sua violência ou abjeção" e "6)a prática de um dos delitos habituais previstos por este Código nos artigos...(exploração da mendicância e prostituição, usura, tráfico de drogas, etc.)" (neste último caso se o agente for maior de vinte e um anos e menor de trinta e cinco); v. "La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social: su reforma", em *Marginación social y Derecho represivo*, pp.167, 168 e 170.

uma proposta similar do Projeto Alternativo de Código Penal.⁶⁴ A aplicação dessa medida de segurança a todos os delinquentes habituais seria impossível, dado o elevado custo dos centros de terapia social e nossas condições econômicas. Por outra parte, como assinalou Grünwald, a imposição dessa medida de segurança carcerária de fundamento se o delincente habitual não apresentasse uma grave perturbação de sua personalidade informadora da prática do delito.

O novo texto penal deveria ter estabelecido a possibilidade de aplicação da medida de internamento em um centro de terapia social para aqueles delinquentes habituais de alta perigosidade menores de vinte e um ou vinte e cinco anos, nos quais se verificasse uma grave anomalia em sua personalidade motivadora da prática delitiva.⁶⁵ A aplicação da medida seria, em todo caso, voluntária, ou seja, levada a termo sempre com a anuência do condenado.

É preferível a previsão do internamento em um centro de terapia social como medida de segurança do que como modalidade de execução das penas privativas de liberdade, sobretudo das de prisão (como acontece atualmente na Alemanha, nos arts.9 e 123 da Lei de Execução Penal),⁶⁶ pois aqui o tratamento e sua duração estariam condicionados pela aplicação e duração da pena.

Por derradeiro, seria conveniente também introduzir-se no Código, em seu elenco de medidas de segurança, o internamento em um centro de custódia. É uma medida imprescindível para enfrentar a alta perigosidade dos delinquentes habituais que não aceitem, ou aos quais não seja possível aplicar, a medida de internamento em um centro de terapia social.

5.-Considerações finais

Do ponto de vista político-criminal o novo Código apresenta, junto a acertos inquestionáveis (v.g., a adoção do sistema dos dias-multa, a introdução na

⁶⁴-V. meu artigo "El tratamiento de los semiimputables. Problemas fundamentales del Derecho Penal", pp.154 e 155.

⁶⁵-Deveria ser estudada também a possibilidade de se prever a imposição da medida de internamento em um centro de terapia social para aquelas pessoas a quem se aplique a eximente completa ou incompleta de anomalia ou alteração psíquica (do núm. 1º do art.20), afigura-se mais adequado seu tratamento em um centro deste tipo, assim como para aos delinquentes condenados por um delito doloso grave, realizado com um motivo sexual, se existe o perigo de continuarem a praticar no futuro outros delitos relacionados com o instinto sexual. O antigo art.65 do Código Penal alemão previa a possibilidade de aplicar a medida de segurança de internamento em um centro de terapia social nesses casos.

⁶⁶-A Lei de 20 de dezembro de 1984 derogou o art.65 do Código Penal, que regulava a medida de segurança de internamento em um centro de terapia social.

condenação condicional de elementos da *probation* anglo-saxã, a supressão das medidas de segurança pré-delituais, etc.), graves deficiências.

Em determinados momentos há excessivo destaque na prevenção geral (e cominam-se penas muito elevadas) e com maior frequência confere-se acentuado relevo à prevenção especial (possibilidade de substituir as penas de prisão de até dois anos de duração pelas de detenção de fim de semana ou multa; possibilidade, com caráter geral, de aplicar a suspensão da execução às penas de prisão de dois anos de duração), com grave perda da eficácia da pena do ponto de vista da prevenção geral e da reafirmação do ordenamento jurídico.

Em outras ocasiões, as inovações são apropriadas, mas geram grandes incertezas quanto às dificuldades de sua aplicação prática. Esse é o caso das novas penas de detenção de fim de semana e de trabalhos em benefício da comunidade.

Especialmente merecedoras de crítica, do ponto de vista político-criminal, são, a meu ver, a defeituosa aplicação do princípio da proporcionalidade das medidas de segurança e sobretudo a falta de previsão de medidas de segurança privativas de liberdade para os delinqüentes habituais de alta perigosidade. Esta, acrescida da redução, em si coerente, da reincidência à reincidência específica, pode afetar gravemente a segurança jurídica.