

ALTERNATIVAS DA PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE (*)

Heleno Cláudio Fragoso

I

1. A pena privativa da liberdade tem sido considerada, no direito penal moderno, como a sanção mais representativa do sistema repressivo. Ela constitui a pena por excelência. No entanto, essa pena aparece tardiamente, substituindo as penas corporais e a pena de morte. A primeira prisão se constrói em Amsterdã, em 1595 ou 1596. Nossas Ordenações do Reino, que vigoraram até 1830, não previam a pena de prisão. Isso não significa que o direito antigo desconhecesse o encarceramento, que se fazia em poços, em masmorras, em mosteiros e castelos, como etapa preliminar da morte ou como fruto do arbítrio dos príncipes.¹

2. A pena de prisão é introduzida como castigo duro e feroz. Argumento contra a pena de morte, *Beccaria* sustentava que o efeito efêmero do suplicito era menos intimidativo do que a prisão perpétua.² Logo, porém, surge a idéia de correção e emenda do preso, que remonta, como vimos, à designação antiga de Bridewell, e que corresponde à inspiração religiosa de reformadores e pioneiros. Imaginou-se, assim, ser possível atuar sobre o espírito do preso, através do isolamento, do silêncio, do trabalho, da meditação e da concessão gradativa de favores, para alcançar a sua correção ou emenda. Nos Estados Unidos, em 1870, a National Prison Association, em sua primeira reunião, celebrada em Cincinnati, assentou as bases do reformatório, que, como dia *Taft*, representou clara mudança de ênfase nos métodos penais.³ O primeiro

¹ Cf. VON HENTIG, “La pena”, trad., Madri, Espasa-Calpe, 1968, vol. II, 185s. Em Londres, o castelo de Bridewell, desde 1555, destinou-se à internação de vagabundos e mendigos, passando a denominar-se, em 1575, “House of correction”. Cf. EBERHARD SCHMIDT, “Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege”, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1965, 188.

² BECCARIA, “Dei delitti e delle pene”, Florença, Felice de Monier, 1950, § XVI: “Non è il terribile ma passeggero spettacolo della morte di uno scellerato, ma il lungo e stentato esempio di un uomo privo di libertà, che, divenuto bestia de servizio, ricompensa colle sue fatiche quella società che há offesa, che è il freno più forte contro i delitti”. Cf. DI GENNARO *et al.*, “Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione”, Milão, Giuffrè, 1977, 42.

³ DONALD R. TAFT, “*Criminology*”, Nova York, Macmillan, 1956, 547.

reformatório foi construído em Elmira, naquele mesmo ano, pretendendo que o sistema prisional tivesse por base a educação e não o castigo. A pena indeterminada aparece em função da nova filosofia, como uma espécie de remédio que deve cessar com a cura do enfermo. Difunde-se a idéia de que a prisão deve promover a custódia do condenado, neutralizando-o através de um sistema de segurança, no qual se esgota o sentido retributivo da pena, e, ao mesmo tempo, ressocializá-lo ou emendá-lo, através de um *tratamento*.

II

3. A experiência de dois séculos veio demonstrar a falência completa da filosofia correcional. Países desenvolvidos inverteram grandes somas em seus programas correcionais, construindo prisões que supunha capazes de ressocializar ou de emendar o condenado, sem qualquer êxito. As taxas de reincidência se mantêm, qualquer que seja a prisão. Demonstrou-se o efeito devastador do confinamento sobre a personalidade humana e a contradição insolúvel entre as funções de custódia e de reabilitação. Como instituição total, a prisão necessariamente deforma a personalidade, ajustando-a à subcultura prisional (prisonização). A reunião coercitiva de pessoas do mesmo sexo num ambiente fechado, autoritário, opressivo e violento, corrompe e avilta. Os internos são submetidos às *leis da massa*, ou seja, ao código dos presos, onde impera a violência e a dominação de uns sobre outros. O homossexualismo, por vezes brutal, é inevitável. A delação é punida com a morte. Conclui-se, assim, que o problema da prisão é a própria prisão, que apresenta um custo social demasiadamente elevado. Aos defeitos comuns a todas as prisões, somam-se os que são comuns nas nossas: ociosidade, superpopulação e promiscuidade.⁴

4. A isso se agregue o custo material elevadíssimo. Nos Estados Unidos, estimava-se em 1979 que o custo de uma prisão estava na ordem de US\$ 51.000 por

⁴ Para uma visão geral das realidades do sistema, cf. HELENO FRAGOSO, "Direitos dos presos", Rio de Janeiro, Forense, 1980. 8s. e a bibliografia ali citada. Cf. também AUGUSTO THOMPSON, "A questão penitenciária", Rio de Janeiro, Forense, 1980, *passim*. Veja-se ainda o excelente relatório do Deputado IBRAHIM ABI-ACKEL, na CPI sobre o sistema penitenciário, no volume "Criminalidade e violência", vol. II, Brasília, Ministério da Justiça, 1980.

leito e que a manutenção de um preso custava de vinte mil a trinta mil dólares anuais,⁵ mais do que o custo das matrículas nas universidades. Em 1978, no Rio de Janeiro, o custo mensal de um interno era de CR\$ 2.473,80, valor que, aplicadas as taxas de inflação, terá hoje, pelo menos, triplicado. *Manoel Pedro Pimentel* avalia, pelo que custaram as construções das últimas penitenciárias, num cálculo conservador, que um estabelecimento penal para 500 pessoas, estaria na ordem de Cr\$ 100 milhões.⁶

5. Chegamos, assim, a certas conclusões que já não são discutidas. A prisão constitui realidade violenta, expressão de um sistema de justiça desigual e opressivo, de que funciona com realimentador. Serve apenas para reforçar valores negativos, proporcionando proteção ilusória. Quanto mais graves são as penas e as medidas impostas aos delinquentes, maior é a probabilidade de reincidência. O sistema será, portanto, mais eficiente, se evitar, tanto quanto possível, mandar as pessoas para a prisão, nos crimes pouco graves, e se, nos crimes graves, evitar o encarceramento demasiadamente longo.

III

6. A conseqüência natural da falência da prisão é o entendimento de que ela deve ser usada o menos possível, como último recurso, no caso de delinquentes perigosos, para os quais não haja outra solução. Formula-se assim o princípio da *ultima ratio*. Na Austrália, uma Comissão Real do Departamento de Serviços Correccionais, do governo de Nova Gales do Sul, recomendou a observância dos seguintes princípios: (a) — A pessoa é mandada para a prisão como castigo, e não para ser castigada. O castigo é fundamentalmente a perda da liberdade. (b) — Na prisão, o interno deve perder apenas a liberdade e os direitos expressa ou necessariamente afetados pela perda da liberdade. (c) — Os que são presos devem ser encarcerados pelo menor tempo

⁵ Veja-se o documento de trabalho redigido pelo secretariado da ONU para o VI Congresso sobre prevenção do crime e tratamento do delinquentes (Caracas, agosto de 1980). “De-institutionalization of corrections and its implications for the residual prisoner” (A/CONF. 87/7, mimeo.) e as fontes invocadas: E. VAN DER HAAG, “Prisons cost too much because they are too secure”, *Corrections Magazine*, Abril 1980; S. GLAZE, “Routinizing evaluation”, Washington, D.C., National Institute of Mental Health, Center for studies on crime and delinquency, U.S. Government Ministry Office, 1977.

⁶ Cf. DESIPE, Levantamento estatístico das atividades gerais do sistema penitenciário, governo do Estado do Rio de Janeiro, Secretaria de Estado de Justiça, 1978, 17. Trata-se do último levantamento estatístico publicado. MANOEL PEDRO PIMENTEL, “Crime e pena: problemas contemporâneos”, *Revista de Direito Penal* n° 28, 63 (1979).

possível. Se as alternativas para a prisão (suspensão da condenação, livramento condicional) são de início inapropriadas, o livramento condicional deve ser usado tão logo seja razoavelmente seguro. (d) — Os que estão na prisão devem ser alojados nos estabelecimentos de menor segurança possível. (e) — A prisão deve ser usada o menos possível e só depois de esgotadas as alternativas.⁷

7. Como se vê, os princípios estabelecidos dão lugar à busca de alternativas. O documento da ONU preparado para o VI Congresso dá notícia de algumas experiências importantes. Na Rumânia, por exemplo, lei de 1977 permitiu substituir penas de até 5 anos de prisão por penas de trabalho sem privação da liberdade. Em consequência, a proporção das sentenças impondo a pena de prisão caiu de 66% em 1976, para 29,4% em 1979. Na Áustria, a percentagem das sentenças de prisão diminuiu de 40% em 1971 para 23% em 1977. No Japão, em 1977, a proporção das sentenças que impunham internação institucional contra as que não o impunham era de 5,9% para as primeiras e 94,1% para as outras. Na Inglaterra, relatório do Advisory Council on Penal Reform, de 1977, conduziu à tendência de reduzir a duração das condenações, substituindo as penas longas por penas médias e custas, pois verificou-se, pelas pesquisas realizadas, que essa orientação não teria resultados negativos sobre o efeito intimidativo do encarceramento. Orientação semelhante foi adotada pela Suécia e pela Finlândia. Na Alemanha Ocidental a pena mais frequentemente imposta é a de multa.⁸ Na Inglaterra, desde o *Criminal Justice Act*, de 1967, todas as infrações penais podem ser punidas com a pena de multa, salvo os casos de cominação expressa, raros no sistema da *common law*.⁹

⁷ “The Report of Royal Commission into New South Wales Prisons”, New South Wales, Government Printer, Abril de 1978, cit. pelo relatório “De-institutionalization”, cit. (nota 5), 12.

⁸ “De-institutionalization”, cit. (nota 5), 6. As informações do documento estão baseadas no relatório do Secretário Geral sobre a implementação das conclusões do V Congresso, celebrado em Genebra, em 1975 (“The implementation of the conclusions of the Fifth U.M. Congress on the Prevention of Crime and Treatment of offenders”, Doc. A/35/289). Sobre a Alemanha, cf. GÜNTER KAISER, “The development of methods and measures of the penal law”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1974, nº 1/2, 43.

⁹ Cf. W.J. WILLIAMS, “Moriarty’s Police Law”, Londres, Butterworths, 1974, 10; L.B. CURZON, “Criminal Law”, Londres, Macdonald & Evans, 1973, 58.

IV

8. O direito penal desempenha papel limitado e certamente medíocre na prevenção da criminalidade. De nada vale cominar e impor penas demasiadamente rigorosas, na ilusão de que isso terá efeito preventivo. Convém ter presente que a pena tem sido amargo privilégio dos pobres e desfavorecidos, que constituem a clientela do sistema e que sofrem o peso da repressão legal e ilegal. Os criminosos de colarinho branco são praticamente imunes ao sistema. Existe uma criminalidade grave, que decorre do abuso de poder econômico e do abuso de poder público, e que está acima da lei.¹⁰ O crime se deve, com toda a probabilidade, a fatores sociais que não são afetados pela ameaça penal ou pela efetiva imposição da pena. Trata-se de fenômeno sócio-político, cuja prevenção, em certos limites, requer a elaboração de amplo programa, que se projeta no plano político e econômico.

9. A pena não se funda na retribuição nem tem qualquer outro fundamento metafísico. Destina-se à proteção de bens jurídicos e deflui, para o Estado, de sua função de tutor e mantenedor da ordem jurídica. Como se diz na exposição de motivos do projeto alternativo alemão (1966), a pena é amarga necessidade de um sistema social de seres imperfeitos. Como *Alf Ross* demonstrou, a tradicional contraposição entre retribuição e prevenção constitui um falso problema, pois se refere a questões diversas (fundamento do sistema punitivo e escopo da pena). A retribuição nada tem a ver com o escopo da pena.¹¹ Ela aparece tradicionalmente referida à idéia de culpa como pressuposto da punição e nunca foi capaz de justificar porque certas ofensas a bens jurídicos devem ser punidas, e outras, não.¹² A exata concepção da culpabilidade no sistema é aquela que a apresenta com princípio limitativo da imposição da pena.¹³ A questão da criminalização, ou seja, a de saber que atos devem ser puníveis, é, portanto, uma questão prática, que se resolve de pontos de vista utilitários, tendo-se presente as desvantagens e benefícios dos presumíveis efeitos da lei.¹⁴

¹⁰ Cf. HELENO C. FRAGOSO, "Igualdade e desigualdade na administração da Justiça", no volume "Direito Penal e Direitos Humanos", Rio de Janeiro, Forense, 1977, 19s.

¹¹ ALF ROSS, "Colpa, responsabilit  e pena", trad., Milão, Giuffr , 1972, 101.

¹² CLAUS ROXIN, "Strafrechliche Grundlagentheorie", Berlim e Nova York, Gruyter, 1973, 3.

¹³ Cf. H.L.A. HART, "Punishment and responsibility", Nova York e Oxford, Oxford University Press, 1968, 28. Vejam-se os §§ 2º inciso 2 e 59 do Projeto Alternativo e a fundamenta o do §2º ("Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuches", Tübingen, Mohr, 1966, 29).

¹⁴ Cf. ALF ROSS, ob. cit. (nota 11), 89.

10. A busca de alternativas para a pena privativa da liberdade exige que se tenham idéias claras a respeito de todo o sistema. E tem de começar pelo reexame dos critérios de criminalização, para limitar a solução punitiva à tutela de bens jurídicos verdadeiramente importantes para a vida social. Cumpre eliminar do sistema a criminalidade de bagatela, e realizar a descriminalização de condutas que não correspondam à ofensa de valores que verdadeiramente tenham validade geral. A tutela penal é ilegítima quando se refere a fatos simplesmente reprovados pela moral ou que apenas correspondem às intolerâncias decorrentes das convicções dos que têm o poder de fazer as leis ou do grupo que estes representam, numa sociedade aberta e pluralística.¹⁵ Poderíamos argumentar aqui com a verdadeira esquizofrenia legal que constitui a incriminação do aborto.

11. Outras infrações penais podem ser retiradas do sistema e submetidas a outro tipo de sanção jurídica, como as multas do direito administrativo (depenalização). É o caso, por exemplo, das contravenções penais, que podem e devem desaparecer, com a possível incriminação de certas figuras.¹⁶

12. Ainda no plano geral tem-se sugerido evitar o procedimento perante os tribunais, quando se trata de pequenas infrações e de fatos que podem ser corrigidos através de outras agências sociais. O processo penal é lento e ineficiente, estigmatizando o acusado por inseri-lo nas engrenagens do sistema. É o que o relatório da Comissão Presidencial nos Estados Unidos chamava, em 1973, de “diversionary devices”, ou seja, processos e meios para suspender o procedimento criminal, desde que o indiciado se submeta a assistência e tratamento por instituições e órgãos alheios ao sistema de justiça repressiva. Isso só será possível fazer naqueles países onde vigora para o Ministério Público o critério da oportunidade (que julgamos altamente

¹⁵ Sobre descriminalização, veja-se o volume “The descriminalization”, Milão, Centro Nazionale di Prevenzione e Difeza Sociale, 1975. O excelente relatório de HULSMAN inserido neste volume foi publicado pela Revista de Direito Penal, nº 9/10. Cf. também NILO BATISTA, “Algumas palavras sobre descriminalização”, Revista de Direito Penal, nº 13/14.

¹⁶ Na Lei das Contravenções somente têm relevância a vadiagem, o jogo do bicho, porte de arma e a condução de veículos sem habilitação. Veja-se o importante estudo de NILO BATISTA, “Contravenções Penais”, publicado neste número da revista. Na Alemanha desde 1968 as contravenções penais foram transformadas em infrações da ordem (ordnungswidrigkeiten). Sobre a história desse tipo de infrações, veja-se HEINZ MATTES, “Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten”, Berlim, Duncker & Humblot, 1977.

desejável), qual permite ao acusador renunciar ao processo penal naqueles casos em que suas inconveniências são manifestas. E é preciso um sistema legal que permita submeter o infrator a outros deveres. Faltam-nos dados sobre a experiência com a “diversion” e não sabemos se não estariam sendo coagidas a aceitar outras soluções pessoas que talvez preferissem receber pena de multa ou uma pena leve de prisão.¹⁷

13. No XI Congresso Internacional de Direito Penal, celebrado em Budapeste, em 1974, discutiu-se a evolução de métodos e de meios em direito penal. No Colóquio preparatório, que se realizou em Varna, na Bulgária, em 1973, diversos representantes de países socialistas expuseram a experiência adotada em vários deles, da transferência de certas infrações leves para tribunais comunitários informais. O art. 51 do CP soviético de 1960 (República Socialista Federativa Soviética Russa) permite transferir para tribunais de camaradas os acusados de crimes leves, sempre que, dadas as circunstâncias do fato e a personalidade do agente, seja possível supor que o culpado se emendará sem a imposição de pena, com o simples emprego de medidas de pressão social. Essas medidas são previstas pela lei que regula os tribunais de camaradas (de 3 de julho de 1961) e consistem em obrigar a apresentar publicamente desculpas, em formular ao culpado uma advertência ou censura pública, em lhe impor multa ou em propor à direção do local onde ele trabalha transferência para um posto onde receba remuneração menor ou sua demissão, ou, ainda, em propor a expulsão do apartamento em que o culpado habita, etc.¹⁸

14. É importante também mencionar, como representativa dessa convicção generalizada sobre os altos custos sociais do mecanismo policial-judiciário repressivo, as proostas feitas no Canadá pela Comissão de Reforma do Direito, no sentido da *desjudicialização*. Trata-se de afastar o conflito do sistema de justiça criminal, para submetê-lo a outras formas de solução. A Comissão propõe seja considerado, na perspectiva da desjudicialização; (a) — se a gravidade da infração é de natureza tal que

¹⁷ LEON RADZINOWICZ e JOAN KING, “The growth of crime”, Londres, Hamish Hamilton, 1977, 316. Cf. também, sobre o tema, R. NIMMER, “Diversion, the search for alternate forms of prosecution”, Chicago, American Bar Foundation, 1974.

¹⁸ Cf. V. KOURLIANDSKI, “Tendances principales du développement des méthodes et des moyens du droit pénal em URSS”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1974, nº 1/2, 282. Veja-se também, sobre os tribunais de camaradas, T. NAPODANO, “Il nuovo Codice Penale Sovietico”, Milão, Giuffrè, 1963, 180. Nem sempre a experiência com esse tipo de tribunais tem sido considerada satisfatória. Cf. V. SOLNAR e G. PRENOSIL, “Evolution des méthodes et des moyens du droit pénal”, na *Revue Internationale de Droit Pénal*, cit., 261. Os autores se referem à Tchecoslováquia.

a jurisdição se imponha em nome do interesse público; (b) — se a coletividade está em condições de suportar as conseqüências da acomodação não judicial da causa; (c) — se, levando-se em conta os antecedentes do delinqüente e demais elements de prova à disposição da polícia, existem outros meios eficazes de tratar o assunto, de tal maneira que o delinqüente não cometa novas infrações; (d) — se, em comparação com o delito cometido, as conseqüências da prisão ou do ajuizamento são excessivamente graves para o indiciado ou para sua família; (e) — se a vítima e o delinqüente se conhecem e estão de acordo com uma solução amistosa. A solução extrajudicial faz-se sob forma de acordo ou contrato escrito, no qual se consignam as obrigações impostas ao infrator, de tal forma que o descumprimento de tais obrigações pode conduzir à iniciação do procedimento criminal.¹⁹

15. Na fase que antecede à sentença as alternativas da prisão aparecem com a liberdade provisória, com ou sem fiança. A prisão antes da condenação deve ser realmente excepcional. Ou seja: deve ser imposta somente diante da condenação provável por crime grave, para assegurar a aplicação da lei, para evitar que novos crimes sejam cometidos ou quando o sentimento de justiça, em casos e crimes particularmente reprováveis, torne a prisão cautelar recomendável. A fiança deve ser facilitada. Outras medidas adotadas têm sido a promessa formal de comparecer aos atos judiciais e de não interferir no curso da justiça; a exigência de residência em certo endereço, eventualmente uma instituição para jovens adultos, sob condições especificadas pela autoridade; restrições de entrada ou de saída de certos lugares ou distritos, sem autorização; entrega do passaporte, para os estrangeiros; caução como garantia do comparecimento; supervisão ou assistência obrigatória por agência designada pela autoridade.²⁰

16. Na condenação, a alternativa principal é a pena de multa. As suas vantagens são manifestas, particularmente quando impostas segundo o sistema dos dias-multa, que permite adequar a pena às condições econômicas do condenado. As

¹⁹ Veja-se sobre o tema informação completa no excelente livro de JOSÉ MARIA RICO, “As sanções penais e a política criminal contemporânea”, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1978, 168s. O juiz canadense pode impor, além da pena privativa da liberdade, as penas de multa, indenização, liberdade vigiada, suspensão condicional da condenação, com ou sem vigilância, arrestos de fim de semana e semiliberdade.

²⁰ Cf. “De-institutionalization”, cit. (nota 5), 23.

inconveniências da multa estão no fato de que a punição comumente se amplia à família e às pessoas que dependem do réu, e também na conversão da multa em prisão, com a desigualdade manifesta, em prejuízo dos pobres. Na União Soviética, a conversão da multa em prisão é proibida. Essa conversão em outras penas, no entanto, é o que caracteriza a multa como pena criminal, distinguindo-a das sanções do direito administrativo ou fiscal. A conversão deve ser feita com parcimônia, no limite de meses.

17. A tendência atual é no sentido de ampliar o catálogo das penas principais. Não só permitindo transformar a pena privativa da liberdade, para a exclusiva aplicação da multa, como também para imposição de outras sanções não privativas ou meramente restritivas da liberdade. A medida mais significativa é a suspensão condicional da condenação ou da pena, com ou sem supervisão. Os casos de suspensão condicional têm sido ampliados, concedendo-se a medida, inclusive, por segunda infração, que o juiz considera não incompatível com a experiência.

18. Medidas restritivas da liberdade têm sido introduzidas em várias legislações. Assim, a prisão de fins de semana, a detenção periódica, a prisão albergue. Essas penas têm a vantagem de manter o condenado basicamente na comunidade, realizando as suas atividades laborativas normais. Aparecem como substitutivos para as penas curtas privativas da liberdade. Outras formas de restrição da liberdade aparecem na residência obrigatória, em certos lugares, no comparecimento periódico, etc.

19. A obrigação de realizar trabalho, como substitutivo da pena privativa da liberdade, também aparece em várias legislações. Temos aqui o trabalho realizado com remuneração reduzida, o trabalho reeducativo ou em serviços comunitários, sem remuneração, por um certo número de horas semanais. Na Inglaterra, a pena de “community service” foi introduzida com o Criminal Justice Act, de 1972.²¹ Participantes de um seminário realizado durante o VI Congresso da ONU (Caracas, agosto de 1980) observaram que, na Inglaterra, vários condenados preferiam a pena tradicional de prisão à pena de trabalho comunitário.

²¹ Cf. J. VÉRIN, “Le succès du ‘community service’ anglais”, *Revue de Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1979, nº 3.

VII

20. Não é fácil avaliar os resultados das medidas alternativas do encarceramento. Essa avaliação, como sempre, é feita com critérios modestos, que têm por base a reincidência. É óbvio que os custos são incomparavelmente menores. Nos países que mantêm serviços de supervisão para liberados condicionalmente e para condenados favorecidos com a suspensão condicional, estima-se que o custo dessas medidas é de um décimo do que apresenta o encarceramento, podendo alcançar um trigésimo em programas de trabalho. Pesquisas tendo por base o critério da reincidência revelam que os programas comunitários não oferecem piores resultados do que a prisão.²² Conhecendo-se os efeitos da pena privativa da liberdade, é fácil, no entanto, avaliar as vantagens que advêm de qualquer solução que a evite.

VIII

21. Com a adoção de medidas substitutivas da privação da liberdade, nas prisões tendem a ficar apenas os perigosos, multi-reincidentes. Surge, assim, o conceito de “preso residual”, o “hard core offender”. Os critérios aqui são os da prática de crimes graves e o da repetição, atarvés dos quais se chega à periculosidade. Trabalhamos, no entanto, no mais das vezes, com ficções, pois o conceito de periculosidade é relativo e têm sido infrutíferos os esforços em busca da personalidade perigosa ou potencialmente violenta.²³ Com o preso perigoso não se confunde o preso difícil, ou seja, o que tem mau comportamento na prisão, ajustando-se com dificuldade às exigências da disciplina no ambiente carcerário. O mau comportamento na prisão pode ser indício da saúde moral do preso e da sua resistência à “prisonização”. Pesquisas realizadas em relação ao preso de mau comportamento revelaram que não há correlação entre o fato e a reincidência.²⁴ Sabendo-se o que hoje se sabe sobre a prisão, jamais o mau comportamento pode ser critério para decidir sobre o livramento condicional, ou sobre a natureza do estabelecimento em que recolhe o preso.

²² Cf. “De-institutionalization”, cit. (nota 5), 33.

²³ “De-institutionalization”, cit. (nota 5), 37. Nesse estudo se reproduz a opinião de J. COCOZZA e H. STEADMAN (“The failure of psychiatric predictions of dangerous behaviour”, *Rutgers Law Review*, vol. 29, 1976), no sentido de que “existe clara e convincente evidência da inabilidade de psiquiatras ou de qualquer outras pessoa, para predizer acuradamente a periculosidade”.

²⁴ “De-institutionalization”, cit. (nota 5), 38. Invoca-se, a propósito, o estudo de J. IRWIN, “Prisons in turmoil”, Boston, Little Brown, 1980.

22. Que fazer com o preso residual? Falharam por completo os programas de “tratamento”, mesmo os especiais, dos estabelecimentos de terapêutica social e outras instituições semelhantes.²⁵ A perspectiva é, pois, pessimista. Pode-se sugerir a construção de prisões menores e mais humanas, onde efetivamente sejam respeitados os direitos dos presos, assegurando-se trabalho para todos. Basta contemplar o que existe de ruim na situação vigente e recomendar o esforço em sentido contrário: eliminar a superpopulação e a ociosidade, com esforço permanente para evitar a síndrome da prisonização. Programas culturais e de recreação, favorecendo o contato com o mundo exterior. Penas mais curtas e maior facilidade para o livramento condicional. Eliminação das penas, de fato, perpétuas.

IX

23. Qual é a perspectiva brasileira na questão das medidas alternativas da pena privativa da liberdade? Convém examinar o que realmente tem importância na realidade brasileira, e quais são as tarefas que se apresentam ao nosso legislador. A experiência internacional tem que ser confrontada com o que se passa em nosso país.

24. O CP deve ser revisto, para eliminação da criminalidade de bagatela e a descriminalização de certas condutas, notadamente o aborto. Em verdade, ninguém vai a prisão, por ter cometido o crime de aborto.²⁶ Todavia, o custo social da incriminação é elevadíssimo, pois aos pobres não resta outro recurso senão o de se submeterem à cirurgia ilegal precária e arriscada, com graves danos à saúde da mulher. A descriminalização tem o seu grande campo de ação em matéria de contravenções penais. Recomendaríamos criar, com as contravenções atuais, infrações administrativas, punidas com a pena de multa. A vadiagem e a mendicância deve ser retiradas do sistema penal, e submetidas a um regime de assistência através da Secretaria de Serviços Sociais. É mais do que claro que a contravenção de vadiagem constitui hoje um artifício para a imposição de uma prisão cautelar. A condução de veículos sem habilitação deve passar, como crime, a uma lei relativa aos ilícitos penais do trânsito,

²⁵ HELENO C. FRAGOSO, “Direitos dos presos”, cit. (nota 4), 37. Veja-se o excelente trabalho de ROBERTO BERGALLI, “La recaída em el delito: modos de reaccionar contra ella”, Barcelona, Sertesa, 1980.

²⁶ No relatório do DESIPE de 1978, cit. (nota 6), aparece apenas um condenado por crime de aborto.

punido com as penas de multa e inabilitação. O porte de arma deve passar, como as demais contravenções, à lei administrativa, punido com multa e o confisco da arma. A contravenção do jogo do bicho oferece maiores dificuldades, pois está em função de uma questão de maiores proporções, a do jogo ilegal. O jogo do bicho a nosso ver deve ser legalizado. O jogo ilegal, punido como infração administrativa. Em qualquer caso, é absurda a não-afiançabilidade da atual contravenção.

25. As penas curtas privativas da liberdade não têm significação no nosso sistema de justiça criminal, na perspectiva que examinamos, pois não levam os condenados à prisão. No Rio de Janeiro, em 1978, havia apenas 1 preso condenado a pena inferior a 2 anos. O número dos condenados a penas inferiores a 5 anos é espantosamente reduzido (apenas 15). As infrações pelas quais estavam condenados os presos naquele ano são, basicamente, as seguintes:

Roubo e extorsão	4.124
Homicídio	1.612
Furto e apropriação indébita	1.372
Droga	1.138
Estelionato	218
Lesão corporal	207
Estupro	83
Contravenções	63
	<hr/>
	8.817
Outras infrações	126
	<hr/>
Total	8.943

O número total de presos em 1978 era efetivamente de 9.016, porque havia no sistema 73 menores por determinação do Juizado de Menores.

Deixam de nos interessar, portanto, as soluções alternativas para as penas privativas da liberdade de curta duração, porque parece claro que, em nosso país, os condenados a tais penas não vão para a prisão. A suspensão condicional da pena,

notavelmente ampliada pela Lei nº 6.416, parece que atende bem às nossas necessidades.

26. A pena de multa, por outro lado, parece que não se destina a ter, em nosso país, o relevo que apresenta em outros lugares. Somos um país pobre e os condenados em nosso sistema são os miseráveis. No momento de conceder o livramento condicional, os juízes de execuções sempre prescindem do requisito legal, da reparação do dano (art. 60, III, CP) reconhecendo no condenado a impossibilidade de fazer tal reparação. Seria, é claro, inteligente e importante modernizar a pena patrimonial, cominando-a segundo o sistema de dias-multa, e trabalhar mais com ela naqueles casos em que hoje se concede a suspensão condicional. Nas prisões, no entanto, estão apeans os condenados por crimes graves, e não se deve esperar que a pena de multa possa funcionar desafogando o sistema. Isso pode acontecer na Inglaterra ou Alemanha; no Brasil, não.

27. A grande tarefa com que nos defrontamos é a de tornar o nosso sistema de justiça criminal menos repressivo. A pena mínima prevista para o crime de roubo é de 5 anos e 4 meses, pois todos os roubos são praticados com o emprego de arma ou o concurso de agentes. A lei penal é comumente aplicada por um corpo judiciário elitista, com espírito profundamente conservador e reacionário, aferrado às tecnicidades jurídicas e insensível por completo à problemática social da criminalidade. São os “moral entrepreneurs”, de que fala *Becker*,²⁷ cumprindo com fidelidade o papel que o sistema lhes atribui. Representativa dessa mentalidade é a jurisprudência absurda que considera qualificado o roubo cometido com arma de brinquedo.²⁸ Como dizem *Van Haecht* e *Versele*,²⁹ é necessário desritualizar e dessacralizar a justiça, em favor de uma elaboração racional da decisão. As decisões são sempre “venerandas” ou, no mínimo “respeitáveis”. Os juízes são sempre “einentes” e os tribunais “egrégios” e “colendos”, dizendo-se comumente do Supremo Tribunal Federal que é o “Excelso Pretório”. Essa sacralização e a ritualização aparecem como representativas de um sistema demasiadamente rígido. É necessário introduzir maior flexibilidade no

²⁷ HOWARD BECKER, “Outsiders. Studies in the sociology of deviance”, Nova York e Londre, Free Press, 1973, 156.

²⁸ HELENO C. FRAGOSO, “Jurisprudência Criminal”, São Paulo, Bushatsky, 1979, nº 482.

²⁹ ANNE VAN HAECHE — S.C. VERSELE. “Vers um droit anticriminel de Justice Sociale”, Revue Internationale de Droit Pénal, 1974, nº ½, 95.

magistério penal, adotando para o Ministério Público o princípio da oportunidade no exercício da ação penal e, para os juízes, maior poder discricionário na decisão, autorizando-s a adotar soluções mais favoráveis. A dosimetria de nossa lei, na fixação da pena, sobretudo nas disposições da Parte Especial, deve ir para o museu das antigüidades jurídicas.

28. A Lei nº 6.416 teve significação importante, permitindo evitar o encarceramento. As regras que ampliaram a suspensão condicional da pena e a fiança são as mais importantes do direito penal brasileiro nos últimos 40 anos. Essas regras estão funcionando no sentido de ampliar as alternativas para a pena privativa da liberdade. Todavia, por desgraça, olvidou-s o livramento condicional apesar de propostas prestigiosas, no sentido de ampliá-lo.³⁰ É importante que se elimine a distinção entre primários e reincidentes, para efeito de livramento condicional, e é preciso criar uma forma especial de livramento, cumprido 1/3 da pena, para os condenados menores de 21 anos, de bons antecedentes.³¹ Por outro lado, é surpreendentemente elevado o número de presos condenados a penas superiores a 40 anos, o que conduz à existência de penas de prisão perpétua de fato. Os presos assim condenados estão em situação pior do que os condenados à pena de prisão perpétua, nos países que a adotam.³² São, pr isso mesmo, dentro das prisões, homens desesperados e sem perspectivas, que se transformam em “mad dogs”, criando sérios problemas. É necessário alterar a regra do art. 55 CP para tornar possível a unificação das penas superiores a 30 anos, para efeito de livramento condicional, como constava no anteprojeto a que já aludimos.

29. Com essas medidas pode-se atenuar o quadro lamentável dos presos residuais. É importante, urgente e inadiável elaborar um Código das Execuções Penais, que estabeleça a condição jurídica do condenado, assegurando os direitos do preso. Há muito por fazer, mas uma boa parte corresponde a uma tarefa legislativa relativamente simples, que ajudará a tornar o nosso sistema penal mais justo, inteligente, eficaz e

³⁰ Cf. relatório da CPI sobre o sistema penitenciário, cit. (nota 4), 5.

³¹ Veja-se o anteprojeto elaborado na Vara das Execuções, no Rio de Janeiro, de que o autor participou, particularmente a sua justificação e a bibliografia ali invocada (Revista de Direito Penal, nº 26, 155, 1979).

³² Na Inglaterra, a prisão perpétua dura, em média, 11 anos. No Chile, os condenados a tal pena podem pedir livramento condicional depois de 10 anos. Na Alemanha a prisão perpétua não ultrapassa de 20 anos.

humano, aproveitando a experiência formidável no sentido de evitar ou reduzir a pena de prisão.

(*) Artigo publicado na *Revista de Direito Penal*, n.º 29, p. 5 a 17.