

A Reforma Penal*.

Manoel Pedro Pimentel

Catedrático de Direito Penal da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo.

Desejo, inicialmente, agradecer à Egrégia Congregação a honra que me conferiu, indicando-me para proferir a Aula Magna, que todos os anos marca o começo dos nossos trabalhos letivos. É, sem dúvida nenhuma, honraria das maiores, pois a aula inaugural é uma das tradições mais caras da Faculdade, ensejando ao professor que a profere a oportunidade de se realizar plenamente.

No momento em que a Egrégia Congregação aprovou a indicação do meu nome, gentilmente feita pelo ilustre Diretor desta Casa, foi tal a minha emoção que fiquei tolhido e não pude externar todo o encantamento e a gratidão do meu coração. Faço-o agora, em meio à mesma emoção antes de iniciar a exposição do tema que escolhi para esta aula inaugural e que é *A Reforma Penal*.

Estamos todos informados de que a importância de uma Aula Magna exige o tratamento de um tema importante. A minha escôlha, inicialmente, visou a satisfação dessa tradição, pois não sei de outro tema mais importante, no setor da nossa especialidade, do que a reforma da legislação penal. Tema importante, para um momento importante, não só porque se trata de uma solenidade realizada na Faculdade de Direito de São Paulo, prestigiosa e das mais

*. Aula inaugural proferida em 1.º de março de 1971, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

antigas Casas de Ensino de Leis, do país, como também porque é oportuno tratar de um assunto que tem apaixonado os estudiosos do Direito Penal e, talvez, através dêste pronunciamento se torne possível atingir-se o objetivo de chamar a atenção do Governo Federal para o problema.

A reforma penal abrange o Código Penal, a Lei das Contravenções Penais, o Código de Processo Penal e, como novidade, a edição de um Código das Execuções Penais. O Código Penal já foi convertido em lei, através do Decreto-Lei n.º 1004, de 21 de outubro de 1969, suspensa a sua vigência, entretanto, até 1.º de janeiro de 1972. Os Projetos dos demais Códigos, segundo se noticia, serão enviados ao Congresso Nacional até o fim do presente mês.

Abordando, inicialmente, a nova legislação penal, no que diz respeito ao Código Penal, adiantaremos que algumas inovações criteriosas foram feitas, atendendo aos reclamos de quantos lidam com a matéria.

Acertado andou o legislador quando instituiu o chamado *dia-multa*, vinculando o valor das penas de multa ao salário-mínimo. O Código vigente, que não adotara método progressivo para a atualização das multas, viu desaparecer com a inflação a escala de valores atribuídos às penas pecuniárias, tornando-as ridículas e inoperantes. Assim é que, na conformidade do disposto no art. 38 do Código atual, a conversão da multa em detenção é feita à razão de Cr\$ 10,00 (dez cruzeiros antigos), ou seja um centavo novo, por dia. Vale dizer 200 dias de prisão podem ser resgatados com Cr\$ 2,00 dos novos. O novo Código corrigiu a distorção, estabelecendo, no art. 44, que o valor mínimo da multa corresponderá a um trigésimo do salário mínimo, daí resultando o chamado *dia-multa*.

O novo Código suprimiu o *duplo binário*, isto é, não cominou medida de segurança para os réus imputáveis. O pensamento de NEISON HUNGRIA, autor do Anteprojeto do Código Penal, se fixou na aceitação daquilo que, para êle, representava a verdade maior: a pena não pode perder o seu caráter de retribuição.

Grande penalista, estudioso dos mais proficientes do Direito Penal, da Ciência Penitenciária e da Criminologia, HUNGRIA não ignorava o debate que modernamente se travou entre os corifeus da Escola do Neo-Defensismo Social, liderada na França por MARC ANCEL e na Itália por FILIPPO GRAMMATICA, e os defensores da pena-retributiva, da pena-castigo, a cuja frente se encontrava BETTIOL.

Os primeiros pregavam a eliminação das penas corporais, a fim de que os condenados recebessem tão-sòmente um tratamento reeducativo, ou até mesmo educativo, para que adquirissem condições de voltar ao convívio social sem oferecerem qualquer perigo. E, sustentavam, isto só seria possível através de bem administradas medidas de segurança. BETTIOL criticava a posição dos partidários do neo-defensismo, afirmando que a pena com caráter retributivo se impunha, como reparação social, como forma de castigar e de corrigir e, finalmente, como meio intimidativo, servindo a um fim de prevenção geral.

Diante dêsse quadro, ponderou NELSON HUNGRIA em conferência que proferiu no II.º Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, a solução a ser adotada se assemelharia com a atitude do *Zadig*, de VOLTAIRE, que não desapontou a nenhuma das facções persas, não entrando no templo com o pé direito ou com pé esquerdo, mas sim com os dois pés. Nem só a pena, nem só a medida de segurança, com exclusividade, *mas pena a ser cumprida como medida de segurança*.

A verdade, prosseguia o saudoso Ministro HUNGRIA, é que as medidas de segurança não têm sido cumpridas como tal. Poucos Estados da Federação tiveram condições para conferir o tratamento penitenciário preconizado pelo Código Penal. Por isso, as medidas de segurança se converteram, na prática, em tempo de prisão e os sentenciados cumpriram mais pena do que deveriam. É conhecida a frase: “medida de segurança mal cumprida equivale à pena; pena bem cumprida equivale à medida de segurança”, inspi-

radora das reformas penais já postas em prática em alguns países, como é o caso de Portugal.

Dai a decisão de HUNGRIA, eliminando todo o sistema de medidas de segurança aos sentenciados imputáveis, o que nos pareceu acertado. Todavia, como veremos mais adiante, as conseqüências dessa decisão não foram tão boas, quanto se desejaria.

Outra providência de grande alcance adotada pelo nôvo Código Penal, foi a supressão do mecanismo de aumento da pena imposta ao reincidente específico. No regime atual, e de acôrdo com o disposto no art. 47, n.º I, do Código Penal, a pena imposta ao reincidente específico deveria ser, automaticamente, acima da semi-soma do mínimo com o máximo das penas cominadas, o que levava o juiz, muitas vêzes, por óbvias razões de justiça objetiva, a preferir deixar impune o réu.

A prescrição da reincidência também foi iniciativa louvável do legislador, acolhendo os reclamos de todos os estudiosos do Direito Penal. Constituía verdadeira iniquidade a imprescritibilidade da reincidência. Um jovem que, aos 18 anos, houvesse sido condenado por lesões corporais culposas, com *sursis*, e vivesse de modo exemplar durante 40 anos, iria para a cadeia se, aos 58 anos de idade, viesse a ser novamente condenado por atropelamento. Pouco importava que durante 40 anos tivesse vivido um comportamento exemplar. Adotando a prescrição da reincidência, andou muito bem o legislador. Todavia, o critério escolhido não nos pareceu o melhor.

De fato. O art. 57, § 1.º, estabelece que “não se toma em conta, para o efeito da reincidência, a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e o crime posterior decorreu período de tempo superior a cinco anos.” Ora, com êste critério o legislador nivelou todos os delitos, sem atentar para as diversas penas atribuíveis. Assim, o homicídio qualificado, quanto à reincidência, prescreve em cinco anos, prazo que torna prescrita

também a reincidência relativa a um homicídio culposo, ou a um crime de lesões leves.

Sempre nos pareceu mais acertado pensar na prescrição da reincidência tomando-se por base a pena concretizada na sentença condenatória, tal como se faz para o cálculo da prescrição da ação penal ou da execução da pena.

Providenciou o novo Código um substancial aumento dos casos em que é facultada a substituição da pena de reclusão pela de detenção, possibilitando maior e melhor individualização das sanções aflitivas e ensejando novos casos de concessão do *sursis*. Digna de aplausos a medida.

Igualmente elogiável a redução do limite da pena para a obtenção do livramento condicional, eliminando o hiato de um ano que, no Código vigente, se fazia sentir: *sursis* com o máximo de dois anos e livramento condicional com o mínimo de três anos. O réu condenado entre dois e três anos não podia gozar de nenhum benefício. O art. 75 do novo Código reduziu para dois anos o prazo penal condenatório, fazendo desaparecer o indesejável hiato.

Ampliou o novo Código Penal os casos de *perdão judicial*, que ficou também admitido expressamente como causa extintiva da punibilidade. Não se compreendia a timidez do Código atual, avaro em conceder o perdão judicial. A medida, de salutar política criminal, deveria mesmo ser adotada em maior escala e merecer a inclusão entre as causas extintivas da punibilidade, ao lado do perdão do ofendido, nos crimes em que somente se procede mediante queixa.

Objeto de inconciliável polêmica entre os doutos, a inovação consistente na adoção da *representação do ofendido* ou de seu representante legal, para a instauração da ação penal, nos crimes de lesões corporais leves ou culposas, regra estatuída pelo art. 134 do novo Código. Apenas para registro histórico, diremos que a sugestão partiu do Tribunal de Alçada Criminal, em trabalho por nós subscrito, e cuja fundamentação, neste tópico, era a seguinte:

“O volume, sempre crescente, da incidência dos acidentes de trânsito, demonstra que é preciso assegurar os indivíduos contra as consequências desse risco social, dotando-os de meios hábeis para se ressarcirem dos danos materiais. Todavia, a incriminação da conduta lesiva somente teria lugar em casos especiais, mediante representação do ofendido, ou mediante ação pública, quando se tratasse de comportamento grave.

“Assim sendo, o motorista ou o piloto de qualquer veículo, motorizado ou não, seria sempre processado criminalmente quando desse causa a um acidente, com vítima, por culpa grave, estando embriagado ou dando causa a um resultado danoso em virtude de censurável infração regulamentar. Nestes casos a ação seria pública.

“Seria processado mediante representação do ofendido, ou do seu representante legal, nos demais casos. Esta solução permitiria que não fôsem processados, desnecessariamente, réus já punidos pelo próprio fato (caso de um pai que mata em acidente de automóvel o próprio filho), ou pessoas das quais apenas se deseja a indenização pelo dano, a ser obtida no cível com o título penal executório”.

Sensível a esta argumentação, o legislador deu acolhida à sugestão, ampliando-a, pois a estendeu até mesmo às lesões corporais leves dolosas. Foi coerente o legislador, porque uma das vigas mestras do edifício do novo Código Penal foi, justamente, enfatizar a importância da reparação do dano, estimulando o réu a prestá-la, concedendo-lhe benefícios e favores sempre que assim venha a proceder.

Reconhecendo, embora, o acerto destas inovações, a crítica não aprovou, de maneira geral, o novo Código Penal. Esperava-se muito mais desta reforma, e não simplesmente uma espécie de remendo do Código atual. Sobretudo não

agradou a ninguém o fato de não ter sido submetido o Projeto à consideração do legislador ordinário. É lamentável que no Brasil não se discuta direito penal no Congresso há mais de 80 anos. O último diploma legal regularmente editado foi o Código de 1890, pois o de 1940 resultou de um decreto-lei, o mesmo acontecendo com o Código de 1969.

As leis penais devem resultar de um espontâneo anseio popular, correspondendo exatamente às aspirações do homem médio. É notável a correspondência que existe entre a legislação penal e a ordem político-social dominante, sancionando a primeira o sistema da segunda. No Brasil há uma constante: a cada reforma constitucional sobreveio uma reforma penal, estruturando a base de defesa do regime, no seu contêxto filosófico e ideológico. Declarada a independência, em 1822, e promulgada a Constituição de 1824, já em 1830 aparecia o Código Penal, modelo de legislação, admirado e elogiado pelos mais representativos juristas da época. Proclamada a República, em 1889, já em 1890 aparecia o novo Código Penal, diploma imperfeito, remendado até o ponto de necessitar a edição de uma Consolidação das Leis Penais, para reunir as leis complementares e modificativas. Novo Código, entretanto, somente surgiu em 1940, após o advento do chamado Estado Novo, lei calcada no modelo italiano, editado sob o regime fascista.

Seria oportuno, portanto, que o novo Código Penal Brasileiro, nascido em pleno regime democrático, sob a égide de uma Revolução regeneradora dos costumes políticos e administrativos, progressista e desenvolvimentista, representasse realmente o resultado de uma auscultação da realidade brasileira, o fruto de um sereno e cuidadoso exame dos valores estimados pelo homem médio, a conclusão de uma pesquisa meticulosa realizada através dos nossos dados culturais específicos.

E, depois, submetido o Anteprojeto ao exame e ao debate amplo de todos os interessados que pudessem, de alguma

forma, contribuir para o aperfeiçoamento do diploma: Faculdades de Direito, Associações de Classe dos Advogados, do Ministério Público, da Magistratura, Conselhos dedicados aos estudos de Sociologia e matérias afins recolhendo-se cuidadosamente tôdas as observações, críticas e sugestões, sem reservas e sem preconceitos, para uma análise tranqüila, da qual resultasse, então, o Projeto definitivo.

Para completar a obra, a discussão no Congresso, necessária, imprescindível, para que ficassem registrados os debates em tórno dos assuntos polêmicos, servindo como orientação para o intérprete e valendo como contribuição hermenêutica e exegetica.

Êste seria um Código Penal digno do seu nome e da cultura jurídica brasileira.

O que se viu, no entanto, não foi isso. Elaborado o Anteprojeto por NELSON HUNGRIA, cujo valor de jurista emérito todos reconhecemos, foi a matéria divulgada para receber sugestões. Realizaram-se ciclos de conferências e debates e muita contribuição foi dada. Todavia, a comissão designada para rever o Anteprojeto, integrada pelo próprio HUNGRIA, e pelos Professôres ANIBAL BRUNO e HELENO CLAUDIO FRAGOSO, elaborou um Projeto que não chegou a ser divulgado.

Êste Projeto final, desconhecido de todos, foi entregue a uma comissão revisora, integrada pelos Professôres BENJAMIN MORAES FILHO, HELENO CLAUDIO FRAGOSO e IVO D'AQUINO, resultando dos seus trabalhos um Projeto que também não foi dado a público e que, contrariamente ao que se esperava, foi convertido no Código Penal, pelo decreto-lei n.º 1004, em 21 de outubro de 1969.

Tão sigiloso foi o trabalho desta comissão revisora que, em 1968, quando prestamos concurso à cátedra de Direito Penal desta Faculdade de Direito, tivemos que nos empenhar com amigo influente para obtermos a redação do dispositivo que disciplinava a matéria do crime continuado, assunto de nossa dissertação.

Diga-se, a bem da verdade, que no início do ano de 1969 o então eminente Ministro da Justiça, Professor GAMA E SILVA, confiou-nos uma cópia do Projeto, pedindo a nossa colaboração pessoal. Estou informado de que idêntico pedido foi feito ao ilustre Professor BASILEU GARCIA, e de que foi entregue uma outra cópia ao Procurador Geral da Justiça de São Paulo, para o oferecimento de sugestões.

A minha colaboração foi entregue ao eminente Professor ALFREDO BUZUID, atual ilustre Ministro da Justiça, que era, na ocasião, o Coordenador da Reforma Legislativa, não me parecendo tivesse sido útil o meu trabalho, porque nenhum reflexo das observações que fiz foi notado na lei posteriormente editada. Ignoro se as sugestões do Professor BASILEU GARCIA foram acolhidas, o mesmo sucedendo com as oferecidas pela Procuradoria Geral da Justiça.

O certo é que o ilustre Professor BENJAMIN MORAES FILHO, ao proferir conferência a respeito do nôvo Código Penal, no auditório do Ministério Público de São Paulo, confessou que o autógrafo, entregue ao Govêrno para a edição do decreto-lei que transformaria em Código Penal o Projeto oferecido, não era o autógrafo oficial. Um equívoco, na sua ausência, fizera com que se encaminhasse ao Ministério da Justiça uma outra cópia, contendo cêrca de 60 êrros, e tal cópia fôra utilizada como autógrafo. Por isso, completava a informação do eminente Professor BENJAMIN MORAES FILHO, havia necessidade de se processar uma urgente revisão do texto, a fim de que se expurgasse dêle os êrros contidos na cópia incorreta.

Reafirmando a sua proverbial prudência e sensibilidade, o eminente Professor ALFREDO BUZUID, já então Ministro da Justiça, sugeriu que se adiasse a entrada em vigor do nôvo Código Penal, o que afinal foi feito, estando designado o dia 1.º de janeiro de 1972 para a sua vigência ter início.

No momento ninguém sabe o que está acontecendo. Todos os que ouvimos a confissão do Professor BENJAMIN MORAES FILHO ficamos aguardando uma notícia a respeito

das emendas, sem que até agora transpirasse qualquer referência. Nós, professôres, magistrados, advogados, promotores de justiça, todos, enfim, aguardamos uma informação oficial a respeito, uma orientação, uma palavra qualquer. Nada. Confiamos, como sempre, na esclarecida atuação do eminente ministro da Justiça, Professor eminente desta Casa, a quem faremos, no final dêste trabalho, um apêlo.

Voltando à filosofia inspiradora do Anteprojeto, verificamos que não ouve modificação relativamente ao que representava o Código de 1940. Os valores foram ratificados, implicitamente, tais como considerados no direito vigente, como se nada se houvesse alterado no mundo nos últimos trinta anos.

Quem o confessa é a própria Exposição de Motivos subscrita pelo eminente Professor GAMA E SILVA:

“O Código Penal vigente será, talvez, a melhor de nossas codificações. Sua técnica apurada bem revela o elevado desenvolvimento da Ciência do Direito Penal entre nós. Por isso mesmo, não se pretendeu elaborar um Código totalmente nôvo, abandonando-se a sistemática de nossa atual legislação. Ao contrário, o propósito foi sempre o de manter, tanto quanto possível, as soluções da lei vigente, cuja eficiência e correção foram demonstradas em longos anos de aplicação, por todos os Tribunais do País. Procurou-se aperfeiçoar nossa lei penal, com a correção de reconhecidos defeitos e a introdução de contribuições novas, fruto do desenvolvimento notável da Ciência Penal de nosso tempo.”

“Tendo-se presente a realidade brasileira, procurou-se ajustar a nossa legislação às exigências fundamentais de um Direito Penal da Culpa, que visa a proscrever tôda forma de responsabilidade objetiva, proporcionando-se, por outro lado, soluções eficientes para a repressão da criminalidade grave.”

Três conclusões principais decorrem destas afirmativas, além da certeza que nos fica de que o Anteprojeto e, a final, o próprio Código Penal, não se afastaram da ideologia inspiradora do Código de 1940. Estas são as três conclusões: 1.^a) Houve o propósito de atualizar a lei penal, aproveitando-se a experiência dos longos anos da sua aplicação, especialmente em face das decisões jurisprudenciais. 2.^a) Houve o propósito de proscreever tôda forma de responsabilidade objetiva. 3.^a) Atentou-se, quanto à pena, e sua aplicação, para a realidade brasileira.

Parece-nos que as três finalidades foram frustradas, se não de todo, pelo menos em grande parte. Vejamos.

1.^o — Soluções jurisprudenciais pacíficas e tranqüilas não foram adotadas pelo novo Código. Exemplificaremos com três casos: I — A jurisprudência assentou que é perfeitamente aplicável ao furto qualificado a solução benigna destinada ao chamado furto mínimo. A doutrina se opunha a tal solução, baseada especialmente na ordem dos parágrafos do art. 155 do atual Código Penal. O furto mínimo estava regulado pelo parágrafo segundo, enquanto que o furto qualificado vinha regulado no parágrafo quarto. Objetavam os intérpretes que não se poderia, sem ofensa à boa hermenêutica, aplicar o disposto no parágrafo segundo às hipóteses previstas no parágrafo quarto, mas a jurisprudência, sensível aos reclamos da justiça objetiva, ignorou a crítica e deu aplicação ao furto minorado, mesmo nos casos de furto qualificado.

Teria sido muito fácil ao legislador, no novo Código, corrigir a ordem dos parágrafos, acolhendo a lição da jurisprudência. No entanto, surdo ao clamor, manteve a mesma ordem, contemplando o furto mínimo no parágrafo 1.^o do artigo 165, e o furto qualificado no parágrafo 5.^o.

II — A jurisprudência afirmou, iterativamente, que nas hipóteses previstas no art. 129, § 5.^o, n.^o II, do Código atual, lesões corporais recíprocas, quando o juiz não tivesse elementos para precisar qual dos contendores atacou primeiro,

deveria absolver ambos os réus. Certamente estaria absolvendo o culpado, mas absolveria também o inocente.

O nôvo Código, insensível a esta solução absolutamente justa, dispôs expressamente que o juiz deve condenar os dois réus, quando não se souber qual dos contendores atacou primeiro. É o que diz, claramente, o art. 132, § 5.º do nôvo diploma:

“No caso de lesões leves, se estas são recíprocas, não se sabendo qual dos contendores atacou primeiro, o juiz pode substituir a pena de detenção etc.”

Parece-nos claro que se o juiz não sabe qual dos contendores iniciou a agressão, podendo um dêles encontrar-se em situação de legítima defesa, a única solução possível é a absolvição de ambos, para que se tenha a certeza de que o inocente foi absolvido.

Se algum esclarecimento devesse acrescentar-se à redação atual do dispositivo em causa, seguramente seria no sentido oposto à direção seguida pelo legislador. O êrro, se persistir, desmerecerá a nossa cultura jurídica.

III — A jurisprudência acolheu o entendimento de que também seria reconhecível a figura do crime continuado, quando se tratasse de ofensa a bens personalíssimos. Assim, nos crimes contra a pessoa, haveria a continuação delituoza quando o agente, dando cumprimento a um mesmo desígnio criminoso, eliminasse sucessivamente dois antagonistas.

Em doutrina a questão não era pacífica. Digladiavam-se as duas correntes, subjetivista e objetivista, com ponderáveis argumentos. Mas a jurisprudência encontrou a solução ditada pelo bom senso, e que foi adquirindo prestígio cada vez maior, autorizando a aceitação da figura especial do crime continuado, quando a hipótese concreta assim o exigisse em virtude da necessidade de se atender aos reclamos da equidade.

O novo Código, contrariamente ao que ficou dito na Exposição de Motivos, afrontou essa jurisprudência e tomou partido na discussão doutrinária, proibindo, expressamente, no art. 66, § único, o reconhecimento do crime continuado quando se tratar de fatos ofensivos de bens jurídicos inerentes à pessoa, salvo se as ações ou omissões sucessivas são dirigidas contra a mesma vítima.

Trata-se de uma lamentável violência cometida contra a consciência dos juizes, perfeitamente evitável. Bastaria que o novo Código silenciasse a respeito da questão, como o fizera o Código atual.

Outros exemplos poderiam ser citados, não fôsse a preocupação de nos cingirmos ao tempo destinado à presente aula.

2.º — Hipóteses de responsabilidade objetiva remaneceram no novo Código. Apesar do artigo 19 da lei nova declarar, enfaticamente, que “pelos resultados que agravam especialmente as penas só responde o agente quando os houver causado, pelo menos, culposamente”, o certo é que algumas figuras conservaram o ranço da responsabilidade objetiva. Tais são os casos dos delitos previstos nos artigos 136, § 1.º; 137, § único; 138, § único; 139, § único, e especialmente no crime de rixa agravada ou complexa, previsto no artigo 141.

Também nas hipóteses referentes à embriaguês, excluídas as que estão contempladas no artigo 32, persistirá a responsabilidade decorrente de uma condição objetiva, ou seja a liberdade do querer existente ao tempo de origem da embriaguês.

3.º — Muitas outras críticas poderiam ser feitas ao novo Código Penal, algumas polêmicas, outras endossadas pela totalidade dos penalistas, exatamente porque o legislador não atentou para a *realidade brasileira*, como quiz fazer crêr a Exposição de Motivos. Assim, por exemplo, o problema da redução da idade do menor para o efeito de imputabilidade. Aos 16 anos o jovem brasileiro do interior não

está em condições de ser responsável penalmente pelos atos que praticar. Além disso, a técnica de redação do artigo 33 é altamente censurável pela imprecisão dos conceitos e nebulosidade da solução aventada.

Também discutível o acêrto da pretendida classificação dos criminosos habituais e por tendência, perigosa inovação *frente à realidade brasileira*, pela ausência de meios habilitadores da infância desprotegida, pelo abandono moral de muitos jovens, pelo analfabetismo, fatores que conduzem o homem a um estado de vida típico, que não lhe pode ser imputado, inteiramente, mas também à própria sociedade. Agravar-se-ia a culpa do indivíduo, por uma falta que não lhe pode ser atribuída exclusivamente.

Neste passo é oportuno referir que não fizeram muito, *na realidade brasileira*, em favor da infância, em favor da juventude, estimulando-se medidas profiláticas contra o crime, tais como a fiscalização mais rigorosa da venda de bebidas alcoólicas, a repressão ao tráfico de entorpecentes, a maior difusão de centros esportivos e educacionais, etc. Louve-se, nesse aspecto, a obra que a Revolução vem empreendendo, especialmente com o esforço no combate ao analfabetismo e às doenças endêmicas. Os aplausos deveriam servir como incentivo para que o esforço prossiga e alcance novos campos onde a criminogenese possa ser combatida no embrião.

Outros reparos que poderíamos fazer ao novo Código Penal, *en passant*, diriam respeito à *conceituação do crime de infanticídio*, que trágicamente voltou a ser definido como o era no Código de 1830, à *incriminação do incesto*, do *abigeato*, etc.

Vamos nos fixar, porém, no que nos parece ser o maior problema de um Código Penal: *a pena*.

Vimos que NELSON HUNGRIA deu especial relêvo ao seu pensamento, traduzido em todo o Código Penal, de que a pena aflitiva deveria ser prestigiada, na disputa com as medidas de segurança. Ponderava, no entanto, que deveriam tais

penas ser cumpridas como verdadeiras medidas de segurança.

O crédito dado à pena, todavia, não levou em conta a *realidade brasileira*. Em primeiro lugar, porque apesar do desprestígio que vem atingindo a pena de prisão, observado em todos os congressos do mundo, o Código reforçou tôdas as penas cominadas aos crimes contra o patrimônio, numa demonstração de sua crença de que o crime mais praticado no Brasil, que é o crime contra o patrimônio, poderia ser reprimido com penas mais severas.

Ora, sabemos que o criminoso brasileiro, que pratica infrações contra o patrimônio, é geralmente o pobre diabo, aquêlê que foi menor abandonado, jovem desviado e, afinal, o triste marginal. Imutáveis as condições que criam êste tipo criminoso, certamente êle continuará existindo. A repressão mais severa sòmente servirá para encher por mais tempo as já superlotadas cadeias.

Conferindo maior crédito à pena exasperada, o legislador prepara um futuro bastante sombrio para a nossa terra. Em primeiro lugar, porque a pena não corrige, a não ser que o tempo de prisão seja bem aproveitado para a reeducação — na maioria das vêzes *educação* de quem nunca fôra educado — do criminoso. Ora, isto é, perdoem-nos a expressão, uma utopia.

Qualquer estudante de psicologia sabe que a reforma de uma personalidade exige esforços contínuos e assistência permanente de um *expert*. Cada grupo de cinco detentos, no máximo *cinco*, deveria ser entregue a um psicólogo ou até mesmo a um médico especializado, a fim de que o tratamento surtisse real efeito.

A convivência humana nos grandes grupos de desajustados sociais é, necessariamente, desagregadora. Os modelos que mais impressionam, os sugestionáveis são os mais negativos. O *herói interno* insuflado na maioria dos marginais é o vilão. Tudo isso exige um grande empenho para o condicionamento do homem, tornando-o capaz de retornar ao convívio social.

Ora, a prisão é o que há de menos aconselhável para isso. Ninguém pode ser condicionado para viver em liberdade, se não em liberdade, pelo menos em liberdade relativa. Ninguém pode desenvolver suas aptidões naturais ou adquiridas, se não houver ocasião de exercitá-las. O pássaro criado no cativado fica condicionado a viver em gaiolas, não tendo condições para suprir as próprias necessidades logo depois de pôsto em liberdade. Muitos preferem voltar para a gaiola. .

Por isso mesmo é que as vistas dos especialistas se voltam para novos rumos, buscando substitutivos penais eficientes. Entre nós, por exemplo, o Egrégio Conselho Superior da Magistratura, inovando no campo da execução penal, baixou portarias regulamentando as chamadas prisão-albergue e prisão-domiciliar, formas atenuadas de prisão, capazes de ensejar uma recuperação mais eficaz do sentenciado. No entanto, o Anteprojeto do Código das Execuções Penais nem sequer fez menção a êsses tipos de prisão. Ao revéz, fazendo côro com o Código Penal, prestigiou a prisão aberta, o que seria um real progresso.

Mas, no artigo 25 do mesmo Anteprojeto, fixou o legislador o número máximo de 200 sentenciados para cada estabelecimento dêsse tipo. Isto revela um total desconhecimento da *realidade brasileira*. Vamos exemplificar. O custo de um presídio, quer para a construção, quer para a manutenção, é altíssimo. A Penitenciária de Avaré, neste Estado, recentemente construída, custou aos cofres públicos a soma elevada de Cr\$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de cruzeiros), ou seja dezesseis bilhões de cruzeiros antigos. A sua manutenção mensal custará aproximadamente um bilhão de cruzeiros antigos. Isto sem se mencionar a carência de pessoal habilitado, etc.

A situação do Estado de São Paulo, quanto às prisões e as populações carcerárias, sofreu detido exame por um Grupo de Trabalho, cujo relatório foi encaminhado ao Exmo. Sr. Governador do Estado, em 9 de dezembro de

1969, pelos Exmos. Srs. Secretários da Justiça e da Segurança Pública. Os dados seguintes foram por nós extraídos desse relatório: a população carcerária do Estado, naquela ocasião, era de 12 428 presos, e existiam na Delegacia de Vigilância e Capturas do DEIC 41 965 mandados de prisão por cumprir. A Casa de Detenção de São Paulo estava com um excesso de 2 186 detentos e o Manicômio Judiciário com 700 internados a mais. A Cadeia de Santos, construída para comportar 200 detentos, tinha, na época, 465 presos!

A previsão para 1980 é da ordem de 31 000 presos, com uma deficiência de 19 000 vagas. Tais dados, extraídos de um relatório oficial, não são meras conjecturas. Portanto, onde está a visão do legislador?

Pensamos que, *em face da realidade brasileira*, deveríamos realizar um trabalho de pesquisa buscando substitutivos penais satisfatórios, especialmente para cominação aos pequenos delitos e para aplicação aos criminosos de escassa ou de nenhuma periculosidade. Há notícia de que na Alemanha Ocidental os pequenos furtos não são mais objeto de punição carcerária, encaminhando-se os sentenciados para atividades laborativas fiscalizadas, servindo parte do produto do trabalho para reparar o dano resultante do delito, além de beneficiar-se o delinqüente com a sua reintegração em uma vida normal, produtiva e honesta.

Estariamos errados se pensássemos assim, por exemplo, no caso de um réu processado por apropriação indébita, cuja personalidade não revelasse periculosidade?

Quantos outros exemplos poderiam ser alinhados, após uma cuidadosa pesquisa, *em face da nossa realidade social*?

Parece-nos que isso seria encaminhar uma solução inédita, original, nacional, para os nossos próprios problemas, abrindo novas perspectivas e novos horizontes.

Preferiu o legislador seguir, de cabeça baixa, os rastros do passado, limitado no tempo e no espaço, condicionado àquelas que lhe parecem ser a única solução para o problema do crime: o maior rigor nas penas e uma poética e utópica sistematização do cumprimento das mesmas.

Também fóra da nossa realidade está o Anteprojeto do Código de Processo Penal. Esperávamos que a nova legislação viesse, a final, a dinamizar o processo, criando instrumentos rápidos e eficientes para o desfêcho dos casos, com vistas ao ideal de Justiça rápida e barata. No entanto, mais uma vêz ficamos decepcionados.

Vamos dar um único, mas frizante exemplo, já que o tempo se escôa. O nóvo Código de Processo Penal, se prevalecer o Anteprojeto conhecido, criará cinco novos casos de recursos à segunda instância, como demonstraremos:

1.º — O art. 298 institui o despacho saneador, hoje inexistente, e o art. 303 confere recurso de apelação das decisões proferidas nessa oportunaidade.

2.º — O art. 606 cria o agravo de instrumento, que caberá de tôdas as decisões proferidas no processo, salvo os despachos de mero expediente e os casos em que tenha cabimento a apelação.

3.º — O art. 616, § único, confere ao Ministério Público o direito de opôr embargos infringentes, hoje só concedidos ao réu.

4.º — O art. 655 cria o que se chamou na lei de “processo sumaríssimo” Deveria ser rápido o seu rito, como o nome sugere, e realmente o é. Todavia, se da sentença proferida *initio litis* resultar a absolvição do réu, o Ministério Público pode apelar. Se resultar a condenação, poderá o réu opôr-se, a fim de obter a ação penal formal. Se o juiz rejeitar a oposição, caberá recurso para a segunda instância. Êste recurso também inexistente hoje.

5.º — O art. 768 instituiu a chamada “ação revocatória”, recurso que se destina a obtenção de uma reabertura da discussão da causa, após a sentença, favorecendo o réu foragido ou ausente, e que deverá ser julgado em segunda instância. Mesmo que seja declarada improcedente a ação, o réu não perde o direito de apelar ou de pedir revisão cri-

minal, caso posteriormente venha a ser prêso. Este recurso, que hoje não existe é, além de inútil e dispensável, altamente desaconselhável.

Portanto, aqui se encontram cinco novos casos de recursos, que certamente engorgitarão ainda mais a segunda instância. Por isso mesmo dissemos que o legislador processual ignorou totalmente a realidade. Tomando por base a Justiça Penal de Segunda Instância do Estado de São Paulo, veremos que é caótica a sua situação, que se complicará ainda mais com a entrada em vigor do nôvo Código de Processo Penal.

Em 1951, ao instalar o Tribunal de Alçada em São Paulo, o então Presidente do Tribunal de Justiça, Desembargador Alcides de Almeida Ferrari, justificou a necessidade da criação do nôvo órgão julgador afirmando, em discurso pronunciado na ocasião (*Revista dos Tribunais*, vol. 193/520), que o serviço a cargo do Tribunal estava insuportável, exigindo dos Desembargadores um esforço extraordinário para manter em dia as pautas de julgamento. E, fazendo a indicação dos números, assegurava que no ano anterior cada Desembargador havia recebido 312 processos para relatar.

Pois bem. Em 1970, cada um dos 16 juizes do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, recebeu, para relatar, 658 processos, simplesmente o dôbro daquele número considerado serviço insuportável em 1951. Enquanto que naquele ano os 34 Desembargadores do Tribunal de Justiça julgaram 10 086 feitos, no ano de 1970 os 16 juizes do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, o Tribunal que maior número de feitos, *per capita*, julgou no País, relataram 10 543 processos.

Isto aconteceu no ano passado, com o número de recursos atuais. O que acontecerá no próximo ano, com o significativo aumento previsto, em razão dos novos recursos criados pelo nôvo Código de Processo?

Estas as razões que nos fazem acreditar que o legislador ignorou, pura e simplesmente, *a realidade brasileira*.

Criou, no papel, recursos e ações, ritos e procedimentos, como se estivesse legislando para um mundo ideal, dando curso à imaginação e aos devaneios doutrinários, sem se lembrar de que as leis se destinam a ser cumpridas por gente que existe, aqui e agora.

Perguntamos: quem foi ouvido a respeito desse Anteprojeto? Foram auscultadas as opiniões daqueles que lidam diuturnamente com o processo? Foram ouvidos professores, juizes, promotores, advogados, delegados de polícia? Alguém viu o Anteprojeto, antes de ser publicado, para receber sugestões, em 29 de junho de 1970?

E, depois disso, foram examinadas as críticas e sugestões feitas? Houve alguma modificação no texto original?

Não conhecemos, honestamente, as respostas. Mas, segundo está sendo noticiado pela imprensa, até o dia 31 do corrente mês de março, o Governo enviará o Projeto ao Legislativo.

Não seria o caso de reexaminar-se o assunto, pelo menos no que tange a este insuportável aumento de serviço em segunda instância?

Lembrá-mo-nos de que durante muitos anos foi discutida a chamada “crise do Supremo Tribunal Federal”. Em 1943, LEVY CARNEIRO denunciava já essa crise, decorrente da pleora de feitos que chegavam ao Pretório Excelso. Soluções paliativas foram procuradas. PHILADELPHO AZEVEDO apontava a única verdadeira: redução do número de recursos. NOÉ AZEVEDO, comentando os pronunciamentos aludidos, afirmou, em discurso proferido no ato de instalação do Tribunal de Alçada, que também o Tribunal de Justiça de São Paulo estava necessitando de remédio para o engorgitamento de feitos. Mas, ponderava, solução mais ajustada seria a criação de juízos coletivos de primeira instância, julgando soberanamente em matéria de fato, reservado o julgamento do Tribunal de Justiça para as questões de direito. Esta lição do experiente Mestre deveria merecer uma consideração mais detida. Entretanto, o legislador processual não só não pensou em aliviar a crise da segunda

instância, através da redução dos recursos, como até mesmo aumentou o número dêstes, quase que deliberadamente agravando a já difícil situação dos Tribunais. Isto, ao que nos parece, é desconhecer inteiramente a realidade.

O tempo não nos permite maiores delongas, apesar da atração e do fascínio que o tema exerce sôbre nós. Antes de encerrar esta aula, porém, desejamos dizer que seria necessário criarmos um movimento de opinião nacional, visando sustar a reforma penal, tal como está projetada. Apêlo nesse sentido fazemos daqui ao nosso eminente colega, o Professor ALFREDO BUZARD, digníssimo Ministro da Justiça, e a todos os responsáveis pela reforma da legislação pátria. O assunto é sério. Hoje ainda, em uma reunião de Secretários da Justiça dos Estados, que se inicia em Nova Friburgo, o representante de São Paulo fará idêntico apêlo no sentido de que seja reexaminada a matéria relativa à reforma penal, desde o Código Penal até o Código das Execuções Penais, mediante um planejamento ordenado, racional e produtivo, que permita uma verdadeira reforma e não apenas uma alteração de fachada.

Depois desta reforma, o que não ficar pior, vai permanecer como está. E continuaremos no mesmo clima em que vivemos há mais de trinta anos. E continuaremos a alimentar as mesmas fontes de corrupção dos máus policiais, através de mandados de prisão que não se cumprem e que, se cumpridos, não permitiriam o recolhimento de todos os condenados. E continuaremos a alimentar a corrupção, através da ação de máus policiais que manipulam os inquéritos policiais, longe das vistas do Poder Judiciário. Êste é um campo em que a Revolução de 1964 ainda não entrou, para sanear, para purificar, para conferir tratamento igual a pobres e a ricos. Tudo isto precisaria ser examinado a fundo, por homens inteligentes, experientes e práticos, visando extirpar o câncer dessa corrupção, dificultando-a ao máximo, pelo menos.

Êste é o apêlo que, nesta hora solene, com a responsabilidade dos cargos que exerço, de professor e de magistra-

do, faço aos homens responsáveis pelo destino da nossa Justiça. Êste o apêlo que dirijo aos meus colegas, prestigiosos e influentes colaboradores do mais alto escalão do Govêrno Federal. Êste é o grito ansiado de quem vive nas lutas da Justiça Penal há mais de vinte e cinco anos e que, desalentado, confessa que nada mudou nêsse tempo.

Usando as próprias palavras proferidas pelo Professor JOSÉ FREDERICO MARQUES, quando pronunciou conferência nesta Casa, a respeito do *Anteprojetto Tornaghi*, eu diria para finalizar:

“Quando se podia esperar uma grande obra de renovação legislativa, porque a tarefa foi entregue a quem estava em condições de fazer essa reforma, pela qual todos aspiram na justiça penal, infelizmente” (até aqui palavras do Mestre), infelizmente,

prosseguimos nós, a reforma não se apresentou como a esperada renovação legislativa, capaz de dinamizar o processo, de conferir um tratamento penal adequado ao delinqüente, de encaminhar a solução do problema carcerário no país, e de muitas outras soluções aguardadas durante anos e anos.

Não gostaríamos de entregar o bastão à geração que já vem nos suceder — pois nossos filhos já estão, muitos dêles, em plena luta forense — da mesma forma que o recebemos, sem nada mudar para melhor, sem nenhuma colaboração original, sem alguma solução nova para problemas velhos.

Acreditamos que da união dos esforços de todos os que realmente se interessam pelo problema penal, surgiria uma nova luz, capaz de indicar o caminho seguro pelo qual trilharia o legislador, numa obra que anteciparia o futuro, colocando o Brasil na posição de destaque a que faz jús, pela inegável cultura jurídica dos seus filhos.