

Pena Indeterminada.

Henny Goulart

Livre Docente de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO: I. *Antecedentes.* II. *Fundamento e Finalidades.* III. *Tipos.* IV. *Vantagens e Desvantagens.* V. *Pena Indeterminada na Legislação Brasileira.*

I. **Antecedentes.**

A idéia da pena ou sentença indeterminada é moderna, pode-se dizer, como decorrência lógica do reconhecimento da necessidade de ser a sanção individualizada, considerados não somente o ato ilícito praticado, mas principalmente a personalidade do agente. A pena deveria adaptar-se perfeitamente ao indivíduo, às suas características e necessidades pessoais e permanecer em vigor até que o tratamento alcançasse o resultado desejado, ou seja, a correção ou readaptação social do condenado.

Parece que tal idéia remonta a antigos precedentes: assim, a legislação penal da Igreja durante a idade média, quando certos tribunais impunham condenações com duração indeterminada, até que o culpado manifestasse arrependimento; a prática introduzida pela Inquisição, durante o século XIII em Portugal e século XV na Espanha, pela qual a pena imposta podia ser, posteriormente, modificada na sua natureza e duração; o regime de indeterminação do tratamento adotado nas primeiras casas de correção instaladas em Amsterdam no século XVI;

ainda neste século, disposições de Carlos I e Felipe II ordenaram, na Espanha, o envio de condenados às galeras pelo tempo que parecesse bem à Justiça; e a “*Constitutio Criminalis Carolina*” acolheu, na Alemanha, a indeterminação da pena; no século XVIII, a chamada “cláusula de retenção” significou, na Espanha, pena por tempo indeterminado, sendo seguida por leis prussianas e de outros estados alemães com idêntico sentido; e na Áustria, a “*Constitutio Criminalis Theresiana*” estabeleceu para os reincidentes e habituais penas nas quais só o mínimo era determinado¹.

No Direito Penal comum, consta ter sido CARLOS DAVID AUGUSTO ROEDER, com seus escritos de 1839, o mais antigo defensor da sentença indeterminada.

Entre seus aplicadores na primeira metade do século XIX, têm sido destacados: OBERMAIER, na prisão de Kaiserlautern, na Baviera; ALEXANDER MACONOCHE, que concebeu o “mark system”, posto em prática na Ilha de Norfolk, na Austrália, para onde eram deportados os reincidentes ingleses. A duração da pena, não determinada na sentença, era medida em razão do trabalho e da boa conduta do condenado, atribuindo-se-lhe, diariamente, marcas ou vales; e também MANUEL MONTESINOS y MOLINA que, diretor do presídio de Valência, na Espanha, a partir de 1834, criticou com veemência o sistema penitenciário americano que mortificava e explorava os condenados. Criou um sistema novo, que proscovia os castigos corporais e impunha um manifesto sentido de respeito aos presos, aos quais deu oportunidade de trabalhos variados e lucrativos, fazendo a prisão funcionar praticamente como instituição aberta. A duração da pena era determinada em razão da boa conduta dos condenados e sua assiduidade ao trabalho, sendo a liberação

1. COSTA E SILVA, Antonio José da. *Código dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. São Paulo, Ed. Nacional, 1938, v. 2, p. 59.

BARNES, H. E. & TEETERS, N. K., *New horizons in Criminology*. New York, 1945.
CALON, E. Cuello. *La moderna Penologia*. Barcelona, Bosch Ed., 1958, p. 52-54.

concedida quando se mostrassem capazes de assegurar a própria subsistência e resistir às tentações da vida livre.

Não obstante a contribuição e o valor desses precursores, ZACHARIAS R. BROCKWAY tem sido considerado o verdadeiro realizador prático da sentença ou pena indeterminada. Em 1860, quando diretor da Casa de Correção de Detroit, pediu à assembléia legislativa do Estado de Michigan que votasse lei instituindo a sentença indeterminada; em 1870, sua proposição ao Congresso da “*American Prison Association*”, em Cincinnati, foi acolhida, consignando-se na declaração de princípios que “as sentenças fixas devem ser substituídas por sentenças indeterminadas. A aplicação da pena não deve terminar com a expiração de um simples lapso de tempo, mas mediante prova suficiente de reforma moral” E em 1876, entrando em funcionamento o Reformatório de Elmira, no Estado de New York, que havia de tornar-se universalmente famoso, BROCKWAY, como seu diretor, passou a aplicar a “*indeterminate sentence*”, aprovada por lei de 1877, aos jovens condenados, cujas idades variassem entre 16 e 30 anos, sem antecedentes criminais, empregando o sistema das marcas ou vales, concedidas pelo trabalho, boa conduta, instrução moral e religiosa.

A absoluta indeterminação proposta não fora, todavia, acolhida, sendo substituída por um regime limitado a um prazo máximo, fixado pelo Tribunal.

Na Alemanha, onde o instituto, segundo CALON, havia sobrevivido até meados do século XIX, embora com pouco vigor, inicia-se, em seguida, um movimento a seu favor, principalmente com KRAEPELIN e WILLER; é defendido também pela União Internacional de Direito Penal, especialmente pelas vozes de VAN HAMEN e VON LISZT²; e acolhido entre os penalistas da Escola Positiva, com destaque para FERRI; e pela

2. CALON, E. Cuello, *ob. cit.*, p. 56-57.

MONTERO, P. D. *Derecho protector de los criminales*. Madrid, 1915.

ARENAL, C. *Estudios penitenciarios*. Madrid, Lib. Victoriano Suarez, Suarez, 1895, v. 1.

Escola Correccionalista da Espanha, com DORADO MONTERO, CONCEPCIÓN ARENAL e JIMÉNEZ DE ASÚA.

II. Fundamento e Finalidades

DORADO MONTERO advogou a aplicação de tratamento na forma e pelo tempo requerido pelos condenados. Entendendo que o delito demonstra o débil estado do infrator, limitando sua capacidade real e jurídica, procurou demonstrar que, dessa situação de inferioridade, surge o direito ao tratamento que o Estado e os indivíduos honrados têm o dever de propiciar. Manifestou-se contra a punição dos delinquentes, que deveria ser substituída por medidas de proteção tutelar, análogas às deferidas aos doentes e incapacitados. E nessas condições, não se justificava a pena fixa, assinalada de antemão na sentença, preconizando, então, a pena indeterminada e suas instituições complementares, como a liberdade condicional e o patronato assistencial para réus e egressos.

CONCEPCIÓN ARENAL integrada na mesma Escola, defendeu a tese de que a pena não deve ser vista como castigo, e sim procurar o bem e a correção, pelo que os métodos precisam ser adequados à personalidade dos sentenciados; e sendo estes diferentes uns dos outros, não devem receber pena igual e determinada.

JIMÉNEZ DE ASÚA deu seu apoio a essas idéias, aprofundando-as. Afirmou que não se deve falar em delinquentes incorrigíveis, dependendo a correção do emprego de verdadeiros meios educativos; que o verdadeiro fim da pena é fazer cessar o perigo que o delincente representa para a sociedade, por meio de uma tutela que o emende e corrija, transformando-o em um ser socialmente útil. Assim, a pena a ser aplicada deve ser a mais apta, a mais adequada para atingir tal correção. E como um ser nunca é idêntico a outro, não se pode impor pena idêntica a todos que hajam cometido um mesmo crime, havendo quem, pelas características físicas e morais, circuns-

tâncias de educação e outras, possa ser corrigido com tratamento menos severo.

Sendo a pena imposta não pelo que o delinqüente praticou, mas pelo que é, apresenta-se como absurdo o princípio das penas prefixadas, devendo a duração ser determinada em razão das circunstâncias do réu e sua corrigibilidade. Daí o sistema de penas que chamou “determinadas a posteriori”

A pena, explicou, não é e não pode ser indeterminada, pois essa expressão traz tal insegurança que, para o bem do sistema, deve ser afastada. Ocorre que, em lugar de determinar-se *a priori*, como acontece na maioria dos códigos, deve ser determinada a posteriori, com vistas ao indivíduo ao qual há de aplicar-se.³

A pena pré-determinada, defendida pela Escola Clássica, numa reação ao antigo e abusivo arbítrio judicial, trazia também o sentido político de garantia dos direitos do acusado, contrapondo-se ao sistema de penas determinadas a “posteriori”, designada por VON LISZT, GABRIEL TARDE e VAN HAMEL como sentença relativamente ou ulteriormente determinada; esta pretende submeter o condenado ao tratamento de que realmente necessite, como se faz com o enfermo, até completar-se a cura. Suas finalidades seriam, assim, a emenda do culpado e, ao mesmo tempo, a defesa social, com base na teoria correcionalista.

No entender de SALEILLES, por maior classificação de delinqüentes que se tenha e de penas adaptáveis a estes, não se pode conseguir a individualização, porque em todos os grupos existem incontáveis variedades, tornando impossível a determinação *a priori*, no sentido de harmonizar a pena com o temperamento moral de cada um dos que devem suportá-la. A tentativa de regeneração não se concilia com a certeza de uma liberação a prazo fixo.

3. ASÚA, L. Jimenez. *La sentencia indeterminada*. Madrid, 1913, p. 4, 7, 9 e 65.

Por isso há de se estudar a individualização administrativa sob a forma de sentenças indeterminadas, cujo fundamento último seria a obtenção da Justiça que, ao proclamar o princípio de dar a cada um o que é seu, faz sentir a necessidade de individualizar a ação tutelar corretiva e educadora em que deve consistir a pena⁴.

III. Tipos.

O sistema de indeterminação pode compreender: a pena absolutamente indeterminada, em que não há determinação da natureza, classe ou *quantum* da mesma. Neste caso, o indivíduo será submetido ao tratamento mais adequado às suas características e condições, ficando a cargo da autoridade encarregada da execução fixar o prazo de duração, liberando o condenado quando puder considerá-lo recuperado; e a pena relativamente determinada, na qual há fixação de um mínimo ou de um máximo de duração. Estas variantes podem aparecer combinadas, sendo a pena limitada por dois termos, mínimo e máximo, em geral suficientemente afastados ou distantes, de modo a tornar possível a individualização do tratamento.

A absoluta indeterminação foi defendida por ROEDER, FERRI, DORADO MONTERO e, mais tarde, por BROCKWAY, embora o sistema por este aplicado no Reformatório de Elmira tenha sido o da indeterminação relativa, apoiado como o melhor meio de não ofender os direitos do condenado, evitando o perigo de detenções arbitrariamente prolongadas. O sistema misto, combinando mínimo e máximo, teve como propugnadores VON LISZT e VAN HAMEL, que o enfatizaram por não debilitar a função da pena, ao mesmo tempo em que representaria uma garantia da liberdade individual.

Os reformatórios americanos não lograram manter-se apesar da entusiástica acolhida inicial, menos pelo emprego da

4. SALEILLES, Raymond, *L'individualisation de la peine*, 3.^a ed. Paris, 1927, p. 260-261. ASÚA L. Jimenez. ob. cit., p. 69.

pena relativamente indeterminada, mas, principalmente, por não alcançarem o objetivo proposto da correção dos internos. Na verdade, o sistema aplicado foi extremamente severo, não contando com pessoal suficiente, quer em número, quer em especialização, passando, em pouco tempo, a igualar-se ao das prisões comuns.

A pena indeterminada, porém, firma-se na legislação americana, como um sistema alternativo. Existe, conforme ALÍPIO SILVEIRA, a indeterminação relativa e generalizada na maioria dos Estados, em cerca de 38 jurisdições, com fixação de mínimo e máximo pelo juiz. Por outro lado, como regra geral, há pena absolutamente indeterminada para os menores de 21 anos, em casos excepcionais, como a lei dos criminosos sexuais do Estado de New York, de 1951, e em leis de alguns Estados que possuem comissões encarregadas da correção de jovens e adultos.

Dentro deste panorama, o legislador americano não fala em castigo, retribuição, ou medida de segurança. A sanção detentiva e assistencial, visando curar e reeducar, com predominância do tratamento psicoterapêutico, corresponde à medida de segurança de outros sistemas penais; além disso é sempre aplicada em conexão com outros institutos considerados essenciais à uma boa política criminal, ou seja, a “probation”, a “parole” e as clínicas criminológicas⁵.

Na Inglaterra, a indeterminação também foi acolhida, primeiro de forma absoluta, no regime progressivo idealizado e posto em prática na Austrália por ALEXANDER MACONOCHE, em que a duração da pena era sempre medida em razão do trabalho e da boa conduta do condenado, com a atribuição de marcas e vales; e na atualidade, principalmente em relação

5. A sentença indeterminada nos Estados Unidos. In: *Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1962, p. 360 e segs.

aos jovens delinquentes, entre 16 e 21 anos, integrados em institutos especiais, os “Borstal”, sendo as sentenças relativamente indeterminadas.

IV. Vantagens e Desvantagens da Pena Indeterminada.

A doutrina em geral reconhece que somente se pode proceder a uma perfeita individualização por via da pena indeterminada, pois cada ser humano é diferente de outro, tem características próprias, reage diversamente ao tratamento penitenciário em razão da sua personalidade, pelo que não se pode fixar, desde logo, o prazo de sua correção. Por outro lado, a absoluta indeterminação pode deixar o condenado ao total arbítrio judicial ou dos administradores do presídio, de modo a prolongar demasiadamente a retenção, perpetuando o castigo e violando os direitos individuais.

Nessas condições, a indeterminação relativa resguarda mais esses direitos, propiciando também relativa proteção à sociedade, pois havendo a fixação de um mínimo, pode-se tentar algum tratamento, enquanto a fixação de um máximo traz ao condenado a segurança de saber concretamente quando recobrará a liberdade, embora possa não estar apto a voltar ao convívio social.

Numa outra apreciação, a pena, seja determinada ou indeterminada, de forma absoluta ou relativa, traz ínsita a idéia de castigo, de punição, de retribuição. Mesmo atualmente, quando o objetivo da prevenção especial destacou-se de modo preponderante entre as finalidades da pena, não desapareceu o sentido de expiação que marca, indelevelmente, a sanção penal.

Ora, a indeterminação, nascida e fortalecida nos humanos anseios de ajuda ao delinquentes, externados pelos adeptos das idéias correcionalistas, colocava a pena como um bem, como um direito do infrator reclamar o tratamento devido,

direito que encontrava seu correspondente no dever do Estado e dos demais indivíduos de propiciar-lhe o necessário para que voltasse a ser útil a si próprio e à comunidade.

Assim, a pena indeterminada, como foi concebida, tinha a essência da moderna medida de segurança. E até hoje, nos países onde é aplicada, conserva esse sentido, exigindo o exame criminológico do acusado, impondo o tratamento mais adequado às suas reais condições e necessidades, realizando esse tratamento em instituições especiais e por meio de pessoal especializado, como ocorre nos Estados Unidos e na Inglaterra.

Na França, como mais um exemplo, foi estabelecida a “*tutelle pénale des multirécidivistes*”, por Lei de 17 de Julho de 1970. Embora considerada pela doutrina francesa como uma condenação complementar, no sentido de que se insere à condenação principal, deve ser ditada ao mesmo tempo, afirmando-se que o caráter indeterminado da pena foi suprimido, na verdade pode ser considerada como uma pena relativamente indeterminada, cuja duração é até de 10 anos a contar do término da pena principal, que, neste caso, funcionaria como mínimo.

A tutela penal, entretanto, pode ser posta em execução já no curso da própria pena principal. Foi concebida e se acha organizada como um tratamento. Seu ponto essencial é a reeducação do condenado. Não pode ser aplicada sem a pesquisa global da personalidade do infrator. E deve ser cumprida conforme as circunstâncias de cada caso, em estabelecimento fechado, aberto ou em regime de liberdade vigiada. De qualquer maneira, os institutos devem ser especializados, a fim de que o tratamento seja realmente o mais indicado. Funciona, assim, como medida de segurança ⁶.

6. SCHLEMCK, Robert. *Una nueva experiencia en el tratamiento de los multi-reincidentes: la tutela penal*. *Revista de Estudios Penitenciarios, Madrid*, jul/set. 1971, n.º 194, p. 1579 e segs.

Dessa forma, se a preocupação que informa a pena indeterminada foi e continua sendo o delinqüente, e não o delito, propondo sempre o seu tratamento, correção e emenda, de modo o mais individualizado possível, parece-nos que, frente à doutrina penal mais moderna, não se justifica a denominação “pena”, sendo mais correto falar-se em medida de segurança”.

V Pena Indeterminada na Legislação Brasileira.

a) O anteprojeto de Código Penal, de VIRGILIO DE SÁ PEREIRA, instituía a relegação, cabível toda vez que se impusesse a pena de prisão por mais de cinco anos, e da natureza do crime, condições em que fora praticado e da personalidade do delinqüente resultasse manifesta a sua temibilidade. Seria imposta, ainda, ao criminoso reincidente ou habitual, embora este não fosse especialmente considerado. Essa pena era relativamente indeterminada, não podendo exceder à metade do máximo genérico da pena de prisão aplicável. Deveria ser cumprida em colônias penais, com trabalho e instrução obrigatórios ou, sendo impossível esta fórmula, convertida na mesma pena que o condenado devesse cumprir (arts. 85, 88 e 90).

Embora constasse do artigo 62 como pena principal, na prática funcionaria como complementar ou medida de segurança.

Na revisão do projeto surgiram, entretanto, as categorias dos profissionais incorrigíveis e dos criminosos por índole, que eram assim definidos: profissional, quando *habitualmente* vivesse dos proventos do crime, ou deles fizesse fonte ordinária de renda; incorrigível quando, pela terceira vez, cometesse crime; e criminoso por índole quando, sobre as circunstâncias exteriores, decisivamente preponderasse a *tendência* a delinqüir, já verificada por ocasião de crime anterior (art. 41).

A esses delinqüentes, classificados atualmente como habituais e por tendência, impunha o projeto pena e medida de

segurança, cumprida esta em colônia agrícola, casa de trabalho ou reformatório judiciário. Mas tal medida não poderia exceder de três anos, o que deu motivo a inúmeras críticas pois, pela sua própria essência, deveria ser indeterminada.

Aliás, a preocupação com a reincidência já vinha sendo manifestada durante a vigência do Código Criminal de 1830, afirmando TOMAZ ALVES JÚNIOR que a reincidência no delito demonstra o hábito, profissão e costume, hábito que o delinqüente não perdeu com a punição sofrida, numa demonstração de que a pena foi ineficaz, insistindo em que se deveria variar de pena, ou aplicá-la sem determinação, até que o condenado desse provas de haver mudado de sentimento e inclinações.⁷

b) O projeto de Código Criminal de ALCÂNTARA MACHADO, em sua nova redação, impunha pena de reclusão aos criminosos reincidentes, habituais ou por tendência (art. 29,II) e, presumindo-os perigosos, também a medida de segurança, consistente em internação em instituto de trabalho (arts. 77, IV, e 91, I, II e III), a qual não seria revogada enquanto não se verificasse, mediante exame das condições do agente, a cessação da sua periculosidade (art. 83).

c) O Código Penal de 1940 não falou em criminosos habituais ou por tendência, nem fez referência à pena indeterminada. Mas trouxe disposições punindo o reincidente com maior severidade: aplicando-lhe pena mais grave em quantidade e qualidade (art. 47); não lhe deferindo o benefício da suspensão condicional (art. 57, I); impondo-lhe o cumprimento de tres quartos da pena antes que possa requerer o livramento condicional (art. 60, I); além de presumi-lo perigoso pelo retorno ao crime doloso, cabendo, então, a medida de segurança, consistente em internação em colônia agrícola, instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional (arts. 78, IV e 93, I).

7. *Anotações teóricas e práticas ao Código Criminal*, 1870, t. 1, p. 304/305.

Na verdade, a simples aplicação de pena mais severa, ou em maior quantidade, não resolveu e não resolverá, entre nós, o problema da reincidência se, concomitantemente, o sistema penitenciário não estiver devidamente aparelhado, por meio de instituições próprias e pessoal capacitado e em número suficiente, a proporcionar aos internos o tratamento médico, instrução e profissionalização necessários. À falta desses meios, principalmente dos institutos para cumprimento das medidas de segurança, tanto a pena, como a medida, vêm sendo cumpridas no Brasil em todo o longo período de vigência daquele Código, como puro castigo, consubstanciado no simples afastamento do infrator do meio social.

Com essa política, os poderes públicos têm despendido enormes recursos sem obtenção dos resultados que a sociedade espera e precisa obter, para evitar os receios e sobressaltos sofridos dia a dia, considerando o aumento incrível da criminalidade e as práticas cada vez mais audaciosas empregadas pelos delinquentes.

A situação chegou a tal ponto que, em março de 1975, o número dos mandados de prisão a cumprir elevava-se a cerca de 73.000, e a expectativa é que atinjam os 80.000 no fim de 1975.⁸ Milhares desses mandados referem-se, sem dúvida, a delinquentes reincidentes.

d) O anteprojeto do novo Código Penal, elaborado por NELSON HUNGRIA e publicado em 1973, incluiu em suas disposições as categorias dos criminosos habituais e por tendência, considerando a habitualidade: presumida, na reincidência de crime doloso mesma natureza, pela segunda vez, punível com pena privativa de liberdade; reconhecível pelo juiz quando o agente, embora sem condenação anterior, cometesse, sucessivamente, em período de tempo não superior a cinco anos, quatro ou mais crimes da mesma natureza, puníveis com

8. Entrevista do Prof. MANOEL PEDRO PIMENTEL, Secretário de Justiça do Estado de S. Paulo, pub. na Folha de S. Paulo, em 21 de abril de 1975.

pena privativa de liberdade, além de demonstrar, pelas suas condições de vida e circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, acentuada inclinação para tais crimes. É criminoso por tendência, aquele que praticasse homicídio, tentativa de homicídio ou lesão corporal grave, revelando, pelos motivos determinantes e meios ou modo de execução, extraordinária torpeza, perversão ou malvadez (art. 60)

Nestes casos, a pena poderia ser aumentada até o dobro, não se lhes aplicando medida de segurança. O livramento condicional só seria deferido com o cumprimento de tres quartos da pena, reparação do dano na medida do possível, boa conduta, adaptação ao trabalho e apreciação de outras circunstâncias que permitissem supor não voltaria ao delito (art. 71). E o prazo mínimo para reabilitação foi fixado em dez anos após a execução da pena (art. 116, § 1.º).

Este esquema sofreu acerbas críticas: além de outras, pela colocação dos delinquentes habituais e por tendência como indivíduos normais, que adquiriram o hábito de delinquir em razão de influências ambientais, não necessitando de especial tratamento curativo; no tocante aos habituais, por acentuar a *inclinação* para o crime; pelo reconhecimento da tendência na prática de alguns delitos contra a vida e integridade física, sem mencionar os delitos contra os costumes, nos quais os atentados quase sempre se repetem, revelando o agente maus instintos e marcada periculosidade; por ressaltar os *motivos* determinantes, quando o artigo 50, especificando os elementos que o juiz devia considerar para fixação da pena, não os mencionara; e por acentuar a prática de crime “punível com pena privativa de liberdade”.

e) O Código Penal de 1969, com as modificações introduzidas pela Lei 6.016, de 1973, sem referir-se ao delinquente profissional, manteve as categorias dos criminosos habituais e por tendência, impondo-lhes a pena indeterminada. Na realidade, *pena relativamente indeterminada*, pois segundo o artigo 64, foi previsto um mínimo representado pelo

“quantum” de pena correspondente ao crime cometido, e um máximo não excedente a dez anos após o cumprimento da pena fixada na sentença.

Foram considerados como portadores de acentuada periculosidade, declarada expressamente pelo juiz na forma do parágrafo 1.º do artigo 52. A requerimento do Ministério Público, poderão ser submetidos a exame criminológico, se aprovado o artigo 392 do anteprojeto revisto do Código de Processo Penal. Mas não lhes foi deferida a medida de segurança, apesar de que a prática de crime e a apuração da periculosidade sempre constituíram fatores que, obrigatoriamente, impõem essa medida.

Por outro lado, ainda em razão da sua periculosidade, não cabe, nesses casos, a aplicação da suspensão condicional, nem mesmo sob o regime de prova; e o livramento condicional somente poderá ser concedido após cumprimento do mínimo da pena indeterminada, da reparação do dano causado pelo crime, salvo impossibilidade, e da apuração da boa conduta, adaptação ao trabalho, e das circunstâncias atinentes à sua personalidade, meio social e vida pregressa, tudo permitindo supor que o condenado não voltará ao delito.

A citada Lei 6.016, procurando corrigir as falhas mais ostensivas da primeira redação do Código de 1969, com relação aos habituais, extirpou a clausula “punível com pena privativa de liberdade” e trocou para “acentuada inclinação para o crime” a “acentuada inclinação para tais crimes”, dando, assim, maior largueza de apreciação ao juiz.

Dessa forma, a lei presume como habitual aquele que reincide pela segunda vez na prática de crime doloso da mesma natureza, em período de tempo não superior a cinco anos, descontado o que se refere ao cumprimento da pena; e poderá a habitualidade ser reconhecida pelo juiz quando, embora sem condenação anterior, o agente cometa, sucessivamente, em período de tempo não superior a cinco anos, quatro ou mais

crimes da mesma natureza e demonstre, pelas suas condições de vida e circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, acentuada inclinação para o crime (artigo 64, § 2.º, “a” e “b”). Com relação ao criminoso por tendência, o seu reconhecimento deixou de estar subordinado à prática de determinados crimes. O que importa agora é a sua periculosidade, motivos determinantes e meios ou modo de execução do crime, que revelem extraordinária torpeza, perversão ou malvadez (artigo 64, § 3.º)

BENJAMIN MORAES, referindo-se à inclusão do vocábulo “periculosidade” na atual redação, afirma que, havendo o código brasileiro adotado a tese de que não haverá medida de segurança para imputáveis, não se poderá dizer que a pena indeterminada assuma, no caso, a natureza daquela medida, para o combate à periculosidade do agente, o que encerraria uma contradição com o princípio geral acolhido pelo novo diploma⁹

Sem dúvida, o legislador foi coerente. Discutível é o acerto da inovação, a tentativa que se faz de classificar criminosos e a imposição da pena relativamente indeterminada.

MANOEL PEDRO PIMENTEL classificou-a de “perigosa inovação frente à realidade brasileira”, mostrando “a ausência de meios habilitadores da infância desprotegida, o abandono moral de muitos jovens e o analfabetismo, que conduzem o homem a um estado de vida típico, que não lhe pode ser imputado, inteiramente, mas também à própria sociedade”¹⁰.

JAIR L. LOPES afirmou que a adoção de tipos legais criminológicos subverteu a individualização da pena, pois, embora possa ser ministrado um tratamento mais severo aos crimino-

9. *A aplicação da pena indeterminada no novo Código Penal Brasileiro*. Comunicação apresentada ao V Congresso de Direito Penal e Ciências Afins, São Paulo, fev. de 1975.

10. *A Reforma Penal*. In: *Estudos e pareceres de Direito Penal*. São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1973, p. 79.

sos de maior periculosidade, o princípio da individualização deve ser preservado. Ora, segundo LOPEZ REY Y ARRÓJO, SILVIO RANIERI, GIACOMO CANEPÀ e tantos outros, as pessoas são diferentes, não sendo possível obter tipos generalizadores das mesmas; o crime é revelação de uma individualidade que deve ser conhecida, a fim de que possa ser submetida a um tratamento repressivo e preventivo eficaz; e as modernas orientações tendem a excluir o problema da classificação dos delinquentes, porque a ação criminosa deve ser valorada com referência à complexa variedade dos fenômenos psicológicos que a prepararam e desencadearam, sendo, por isso, única, irrepetível, não sujeita a classificações¹¹

Mas, ainda que o legislador estivesse certo ao fazer a citada classificação, outro aspecto deve ser analisado: embora alguns penalistas, como FERRI, CUELLO CALÓN e BELLEZA DOS SANTOS identifiquem o criminoso por tendência como o habitual, a doutrina moderna os separa, afirmando que os habituais são os reincidentes ou multi-reincidentes que, todavia, não trazem em si a vocação ou tendência para o crime.

MANZINI não acha suficiente que o criminoso por tendência haja cometido um ou mais delitos, sendo necessário que estes e as circunstâncias revelem uma especial inclinação para o crime, destacada como disposição psíquica, congênita ou adquirida. E é expresso ao dizer que o efeito principal e característico da declaração da tendência a delinquir consiste na aplicação da medida de segurança. E BATTAGLINI declara que, sob o aspecto psicológico-naturalístico, são também inclinados ao delito o reincidente, o habitual e o profissional; mas, para o Direito, o conceito de inclinação ao delito funciona apenas no caso do delincente por tendência.

Por outro lado, o tipo do delincente por hábito não deixa de ser, antes de tudo, um tipo social, como ensina PRINS, o qual pode permanecer honesto ou não, consoante

11. JAIR LEONARDO LOPES, *Conferência pronunciada na Faculdade de Direito da USP, em Fevereiro de 1975.*

o meio em que vive; ao passo que a tendência a delinquir é, no dizer de Maggiore, uma figura distinta: a habitualidade seria o costume de delinquir, e a reiteração no delito, que se reflete na personalidade do réu, faz com que pareça mais culpado; a profissionalidade surgiria como uma forma especial, uma espécie ou exasperação da habitualidade, marcada pelo fato do delinquente viver habitualmente, ainda que em parte, dos proventos do crime. Mas, entre os delinquentes, existem alguns que, por falta de desenvolvimento ou por atrofia do senso moral, mostram uma personalidade criminosa mais perigosa e temível que a dos reincidentes, ainda que sejam habituais ou profissionais. Também nestes pode faltar o senso moral. Mas no habitual, esta falta provém quase sempre de causas externas, ambientais e sociais, enquanto no delinquente por tendência, deriva principalmente de coeficientes endógenos.

ALLEGRA manifestou-se no mesmo sentido, considerando que a habitualidade é adquirida, é fruto dos atos humanos, e se traduz externamente, em um conceito de atividade constante, ao passo que a tendência a delinquir consiste na inclinação ao delito, cuja razão se acha na índole particularmente malvada do agente, exprimindo um conceito de subjetividade, exclusivamente psicológico¹²

Nessas condições, embora correta a distinção feita pelo legislador de 1969, entre criminoso habitual e por tendência, não se justifica que, ainda no texto modificado pela Lei

12. MANZINI, V. *Trattato di Diritto Penale Italiano*. Ed. Torinese, 1948, v. 3, p. 264-268.

BATTAGLINI, G. *Diritto Penale*. Padova. A. Milani, 1940, p. 510.

PRINS, A. *Ciência Penal e Direito Positivo*. Lisboa, Classica Ed., 1915, p. 296.

MAGGIORE, G. *Diritto Penale*. 5.^a ed. Bologna, Nicola Zanichelli Ed. 1955, v. 1, t. 2, p. 645-649.

ALLEGRA, G. Giuliano. *Dell'abitudine criminosa*. Milano, Ed. Francesco Vallardi, 1923, parte especial, p. 164-165.

Vd. também a respeito do assunto, DIRCEU DE MELLO, Criminoso habitual e criminoso por tendência, *Revista Justitia*, São Paulo, n.º 82:47 e ss., 1973.

6.016, continui a falar em “acentuada inclinação para o crime”, referindo-se aos habituais.

Também não se justifica a imposição de pena indeterminada, mesmo relativamente. É verdade que a idéia de agravção da pena, relacionada à freqüência da atividade criminosa e à necessidade de reação ao hábito de delinquir, existe desde há muito e em todos os sistemas criminais, como acentua EDUARDO CORREIA¹³ Mas é certo, também, que a doutrina mais moderna é praticamente unânime ao expressar seu repúdio pela pena privativa de liberdade, seja de curta ou longa duração, como meio ressocializador e impeditivo da reincidência. As estatísticas vêm mostrando, continuamente, o aumento dos índices da criminalidade, e as legislações, de mudança a mudança, buscam novos meios para refrear ou reduzir esse aumento, que não pode ser impedido pela simples retirada do delinqüente do meio social, por tempo mais ou menos longo.

Entre nós é notória a falência desse sistema. Parece-nos que muito mais do que impor penas severas, ou indeterminadas, deveríamos nos preocupar em tratar e recuperar os nossos delinqüentes. Provado está que não é o período maior de isolamento social que fará o infrator respeitar a lei dali por diante, mas aquilo que puder ser mudado ou retificado em sua personalidade durante o afastamento, que deve ser aproveitado para o tratamento médico, para o ensino e profissionalização e para a inoculação de princípios morais e religiosos.

Ainda assim, se o legislador queria manter a categoria do criminoso habitual, com base na reincidência ou na freqüência em delinquir, melhor seria que o sujeitasse, obrigatoriamente, a exame criminológico, e pudesse o juiz, com base no laudo respectivo, nos antecedentes criminais e demais circunstâncias, individualizar a pena, considerando o *quantum*

13. *Direito criminal*, Coimbra, 1968, v. II, p. 143/144.

imposto ao crime praticado e as demais causas de aumento ou diminuição, ditando o tratamento mais adequado, médico ou corretivo, a ser desenvolvido em institutos próprios, clínicas ou casas de recuperação.

Quanto ao criminoso por tendência, considerando os citados ensinamentos doutrinários, melhor seria que fosse incluído especialmente no capítulo das medidas de segurança, como inimputável, ou semi-imputável, por se tratar de caso que necessita de tratamento, e não de pena. Sujeito ao exame e levantamento médico-psico-social, seria internado em instituto que atendesse ao seu estado, sendo-lhe deferido tratamento retificador e tonificador, procurando-se, também, afeiçoá-lo a um regime educativo ou de trabalho. A medida, relativamente indeterminada, seria revista pela realização periódica dos exames.

Correlatamente, seria indispensável uma preocupação cada vez mais acentuada dirigida à construção e instalação de institutos ou clínicas criminológicas, além da preparação de pessoal técnico, que pudesse bem atender a esses casos evidentemente anormais, que nunca poderão retornar ao meio social em melhores condições, por cumprir longa pena, em presídio fechado, de máxima segurança, conforme determina o parágrafo 1.º do artigo 38 do Código de 1969.

O exemplo dos países que adotam a indeterminação, e que têm obtido bons resultados com sua execução, mostra que: tem sido aplicada uma “medida relativamente indeterminada”, com a essência da medida de segurança, embora sem esta designação; esta medida consiste em um tratamento o mais adequado possível a cada paciente, sujeito a todos os exames que proporcionam aos aplicadores elementos indispensáveis a uma correta individualização; e o tratamento indicado é realizado em instituições especiais, quer se trate dos multireincidentes, quer se refira aos que apresentam qualquer anormalidade.

Entre nós, mantendo-se as disposições comentadas, apenas estaremos isolando da comunidade, por um período mais longo, os delinquentes considerados habituais ou por tendência, isolamento que poderá se prolongar até dez anos após o cumprimento da pena fixada na sentença. De qualquer modo, cumprida toda a pena, ou obtido antes o livramento condicional, estarão de volta à sociedade, na qual não terão qualquer possibilidade de reintegração, por falta de tratamento adequado, pelo longo isolamento sob a influência corruptora do ambiente carcerário e pela ausência de assistência quando liberados.