

A REFORMA PENAL NO CÓDIGO DA REPÚBLICA FEDERAL ALEMÃ

Nelson Pizzotti Mendes
Promotor Público em São Paulo
Prof. Dir. Penal em São Paulo*

I. História da reforma.

O Código Penal em vigor na República Federal Alemã, com muitas reformas parciais (texto de 2 de janeiro de 1975),¹ origina-se do de 15 de maio de 1971. Porém é baseado no Código Penal Prussiano de 1851, pelo que, em seus fundamentos, supera largamente os 100 anos de vida.

Seus 358 parágrafos estão divididos em uma parte geral (§§ 1 a 79 b.), e uma parte especial (§§ 80 a 358). Estas partes continuam a ser explicadas nas Universidades em lições independentes. Naquilo que nos interessa ver de perto, a Parte Geral disciplina as penas e as medidas de segurança e contém os preceitos comuns sobre os pressupostos da punibilidade, comuns a todos os delitos; ali são tratadas a legítima defesa e o erro, a tentativa, a participação, a capacidade de culpabilidade, etc.

A parte especial contém a descrição dos distintos fatos puníveis (homicídio, lesões corporais, aborto, furto, estelionato, etc.) e especifica as escalas penais previstas para eles; o preceito sobre o homicídio reza, por exemplo: "Quem mata um ser humano, sem ser assassino, será apenado como homicida, com pena privativa de liberdade não inferior a cinco anos".

A base teórico-penal do Código alemão foi originariamente a teoria da retribuição. Não continha ele nenhuma medida de recuperação ou segurança e, segundo a gravidade objetiva do fato, diferenciava entre as distintas classes de penas privativas de liberdade: presídio, prisão, detenção em fortaleza, arresto. Para os delitos mais graves, (como o assassinato) estava prevista a pena de morte e para os leves, quase sempre, a pena de multa.

Tal concepção demonstrou necessitar, nos fins do Século passado, de uma reforma, sobrelevando em sua influência a Escola sociológica do Direito Penal de FRANZ VON LISZT.

Disto resultou ser publicado no ano de 1909 o Primeiro Projeto Oficial para um novo Código Penal depois de grandes trabalhos preliminares.

*Professor de Direito Penal nas Faculdades Metropolitanas Unidas e Faculdade de Direito de Guarulhos, de São Paulo.

Desde então têm aparecido continuamente numerosos projetos de Reforma (1911, 1919, 1922, 1925, 1927, 1930); depois da guerra, os Projetos de 1958, 1959, 1960 e 1962, dos quais não resultou nenhuma lei. Seu fracasso fundamentou-se principalmente nos antagonismos políticos e ideológicos que obstaculizaram permanentemente a realização de uma nova concepção total.

Ao contrário, com o correr das décadas, o Código Penal foi modificado, reiteradamente, através de aproximadamente 100 leis de reforma parcial; as mais importantes novidades dos tempos antigos foram a introdução das medidas de segurança e recuperação, no ano de 1933, a abolição da pena de morte, com a Lei Fundamental (Constituição da República Federal Alemã), de 1949, e a introdução da suspensão da prova da pena (*liberdade condicional*), no ano de 1953. Porém, uma obra de legislação coerente e moderna que sirva como instrumento contra a luta efetiva contra o crime garantindo, da mesma forma, a liberdade do cidadão, não pode surgir de tais modificações e detalhes.

Recentemente, nos últimos três lustros, produziu-se uma mudança de rumo. O *Projeto Oficial* de 1962, apresentou um novo Código Penal, conservador em essência, que mantinha a situação jurídica: nele é sustentado, como princípio básico, o da legitimidade, a concepção do indivíduo baseada sobre a liberdade de querer e sobre a responsabilidade pessoal; a concepção do Direito Penal é humanitária².

Em matéria de penas mantém as diferentes formas de privação da liberdade, seguindo o sistema escandinavo no que se refere às penas pecuniárias, ou seja, o de dias-multa.

Afasta a pena de morte e a de castração de delinquentes sexuais perigosos, bem como a pena colateral de privação de direitos civis, limitando-se, nos casos de reclusão, à perda automática da capacidade de exercer um cargo público ou determinadas profissões. E, na parte especial, pode destacar-se o capítulo destinado à violação da esfera pessoal da vida e do segredo, mediante o qual se presta atenção a um novo bem jurídico até agora pouco considerado, constituído pela dignidade humana e pela liberdade do âmbito privado do indivíduo, ameaçados pelo aumento de difusão dos meios de comunicação social; a fecundação artificial e o desenvolvimento da cirurgia, que permitem profundas transformações na personalidade, são observados.

Este projeto reflete o predomínio do Direito Natural que começou na Alemanha depois da Segunda Guerra Mundial. Tal posição não interessava à nova geração que pretende um Direito Penal mais racional que não marcaria com delitos tudo que contrariasse a ética e a moral. Tais fatos, não poderiam ser punidos, segundo esta concepção, porque os meios que o Direito Penal possui não poderiam mudar a concepção individual do fato. Da mesma forma, e na mesma linha de pensamento, o Direito Penal não pode invadir a esfera dos direitos constitucionais do indivíduo para punir condutas como homossexualismo, a infração, ou o não cumprimento dos contratos militares, fatos que se consideram pertencer ao direito privado.

Em suma, trata-se de limitar a intervenção do Direito Penal, procurando a sua maior eficácia, subtraindo-lhe os fatos que possam ser resolvidos no âmbito do Direito Administrativo ou Civil. Este é o denominado princípio da *descriminalização* pelo qual se eliminam os fatos de pequena importância, retirando-se a sua ilicitude ou trasladando-os para o campo contravencional³.

Este foi o critério que imperou na Comissão de 14 professores (depois 16, pela incorporação de ARMIN KAUFMAN e GERALD GRUNWALD, de Bonn, e logo depois 18 professores), comissão de natureza privada, respaldada por uma Fundação, e que, se

reunia cada dois ou três meses em distintas cidades da Alemanha e Suíça (Berna e Zurich, por contar em seu meio com dois suíços, entre os membros, HANS SCHULZ e PETER NOLL) o que produziu, em 1966, o denominado PROJETO ALTERNATIVO, introduzido no Parlamento pelo Partido Liberal, após a sua publicação em 1967, ano em que se aprovou a novela ou título correspondente aos delitos políticos.

A Comissão dos 14, depois 18 professores foi muito consultada por organismos oficiais e políticos, por partidos do Parlamento, sendo que o Partido Liberal, que integrava o governo de coalizão com o Partido Socialista, tornou seus os trabalhos da Comissão e os apresentou ao *Bundestag*. A Comissão deste último, encarregada de estudar o Projeto, é integrada, na sua maioria, por advogados.

Esta comissão de 18 professores contou entre seus membros com gente de todos os partidos, o que permitiu influenciar no progresso legislativo da reforma, mantendo continuamente informada a opinião pública, através da imprensa, a qual, em geral e de bom grado, aceitou as reformas aprovadas, sem dúvida alguma das mais importantes em todo este longo processo.

O Projeto Alternativo publicou as novelas correspondentes aos delitos sexuais (1968), contra o Estado, a família, a moral, o estado civil, e, posteriormente, a novela dos delitos contra a pessoa e outras novelas (contra a esfera de intimidade, propriedade, etc.). É evidente que aquele tratou de destruir o Projeto da Grande Comissão, se bem que, por exceção, sustentou alguns de seus princípios, em vigência com o velho Código, como o de manter a distinção entre crimes, delitos e contravenções, e também é certo que em grande parte conseguiu concretizar a sua intenção, ainda que, as duas reformas introduzidas ao Código Penal, e sancionadas em 9 de maio de 1969, são o resultado de uma transação.

A primeira dessas reformas, em 106 artigos, que contempla alguns aspectos da Parte Geral e outros da Parte Especial, entrou em vigor, parte em 1.º de setembro de 1969, e parte em 1.º de abril do ano seguinte, enquanto que a segunda dessas reformas, também sancionada em 9 de maio de 1969, que reestrutura, totalmente, a Parte Geral em 79 artigos, e refaz alguns da Parte Especial, devia entrar em vigor em 1973, mas sua vigência se efetivou, em 1.º de janeiro de 1975. (Somente se postergou até 1.º de janeiro de 1978 a aplicação das medidas de internação em estabelecimentos sócio-terapêuticos, §§ 61, n. 3 e 65, porque os Estados Federados não puderam criar antes desta data as instalações necessárias). Segundo nos explica o Prof. JESCHECK⁴, faltaria ainda projetar os métodos de tratamento aplicáveis e que seriam destinados aos reincidentes perigosos, com transtornos graves de personalidade, aos delinquentes sexuais perigosos, aos delinquentes por tendência, menores de 27 anos e aos incapazes internados em hospitais psiquiátricos.

Desde o dia 1.º de janeiro de 1975, está em vigor na República Federal Alemã um Código Penal composto por uma *nova parte geral* (surgida como consequência da 2a. Lei de Reforma Penal de 4 de julho de 1969) e uma parte especial, cuja base provém do ano de 1871. O plano original que consistia em reformar até 1975, também a parte especial, integralmente, foi por enquanto abandonado. A parte especial deve ser reformada pouco a pouco, através de uma série de leis individuais; algumas delas (o novo direito de proteção ao Estado, a limitação dos denominados delitos de petição pública e a reforma do direito penal sexual) já entraram em vigência nos últimos anos; outras como a nova regulamentação do aborto⁵ devem ser votadas neste período legislativo.

O final da reforma penal, todavia, não pode ser divisado. Neste período legislativo deve entrar também em vigência a Lei Unitária de Execução Penal Federal, cujo projeto

foi enviado pelo Governo Federal ao *Bundestag* (Câmara de Deputados) no início de 1973, para deliberação e votação. As reformas até agora levadas a cabo e planificadas representam uma louvável intenção de tornar as idéias de ressociação o fundamento do novo Direito Penal, em medida bem maior do que a observada até agora⁶.

Esta posição mais liberal, humanitária e benigna frente ao delinqüente, em linhas gerais, observaremos a seguir.

II – Itens mais importantes da reforma penal

1. Os fins da pena.

Desde a Lei de Reforma Penal (primeira), o Código Penal Alemão vigente contém em seu § 46 a seguinte regra sobre individualização da pena: “A culpabilidade do autor é o fundamento para a quantificação da pena. As conseqüências que se devem esperar da pena, para a vida futura do autor, serão tomadas em conta.”

A pena é limitada em seu máximo pela medida da culpabilidade (o que permite entender a verificação das cominações estabelecidas na Parte Especial), porém, nunca em seus mínimos.

Busca-se na “proteção dos bens jurídicos” a meta finalística da pena: a *prevenção geral*. Procura-se, ao mesmo tempo a *reincorporação* ou ressociação do autor.

A teoria dos fins da pena do Projeto Alternativo corresponde à concepção de que esta deve servir para a ressociação na medida do possível, para que não se enfraqueça a prevenção geral, sendo limitada em seu máximo (não em seu mínimo) pela medida da culpabilidade do autor. Esta teoria incorpora-se na vigente legislação penal alemã.

Esta concepção foi defendida pelo ilustre mestre da Universidade de Munique, o Prof. CLAUS ROXIN, que explicou durante sua participação no Congresso Internacional sobre a “Reforma Penal en los países en Desarrollo”, realizado na Cidade do México, nos meses de março e abril de 1977, na Unidad Acatlán da Universidad Nacional Autónoma de México, que “la ley no se ha determinado de esta manera sino que ha querido complacer por compromiso a los representantes de todas las teorías de la pena. Esto ha debido ser pagado con la renúncia a una clara afirmación de política criminal”.

Poderíamos lembrar aqui que MEZGER em seu *Derecho Penal*, v.2, p.374, já informava que a pena deve “atuar social-pedagogicamente sobre a coletividade”, que correspondia a uma finalidade de prevenção geral e “proteger a coletividade ante o condenado e corrigir a este”, o que indicava uma clara atitude de prevenção especial.

Da mesma forma, a atual lei alemã entende que a pena deve servir para a ressociação. Se possível, exerce a sua função de prevenção geral, mas a culpabilidade do autor determinará o *quantum* máximo da retribuição de carga penal.

2. A pena unificada.

Até o ano de 1970 a lei penal alemã conhecia quatro distintas privações de liberdade, conforme a gravidade que representavam: presídio, prisão, encerramento e arresto. O projeto de 1962 manteve as formas de presídio e prisão, acrescentando-lhes o denominado arresto penal, como uma terceira classe de pena privativa de liberdade.

Em contraposição, o Projeto Alternativo, prescindiu da diferenciação das distintas classes de penas privativas de liberdade e o legislador, finalmente, após longas vacilações, acabou por unir-se a ele. Desde a 1.^a Lei da Reforma Penal não existe mais o presídio ou a prisão, mas apenas uma única “pena privativa de liberdade” (também denominada “pena unificada”), a qual, segundo o parágrafo 38, pode ser imposta, ou como pena privativa de liberdade temporal, desde um mês até quinze anos de duração, ou como pena privativa de liberdade perpétua.

A abolição da pena de presídio é seguramente uma das mais importantes reformas até o presente, e significa um triunfo para o movimento ressocializador. O presídio, que era imposto para os delitos mais graves, podia distinguir-se da prisão (já que o arresto era bem mais leve), somente através de uma execução mais dura e das conseqüências que redundava para a honra pessoal do apenado, (tal como a privação dos direitos políticos e cívicos). Ambos os efeitos foram, sem dúvida, formas de irrogar males no sentido mais puro de uma teoria retributiva plena e do ponto de vista de um direito penal intimidativo, porém, causavam no sujeito passivo destas penas, rancor e despeito, obstaculizando totalmente a sua ressocialização.

A isto se acrescentava o efeito social estigmatizador da pena de presídio, que por si só, impedia ao liberado retomar qualquer lugar na sociedade. Quem daria emprego a um presidiário? Desta forma, a pena de presídio conduzia, na maior parte das vezes, aqueles que necessitavam urgentemente de tratamento ressocializador, a transformarem-se definitivamente em anti-sociais.

A necessidade prevalecente da prevenção geral não pode ter êxito; sabemos que a intimidação parte muito mais da intensidade da persecução penal do que da gravidade da pena ameaçada; a circunstância de que a pena de morte nem sequer intimida tem contribuído de maneira fundamental para a sua abolição.

Assim, a introdução de uma pena privativa de liberdade única é um passo importante no caminho de um moderno direito penal ressocializador.

3. O evitar a pena privativa de liberdade inferior a seis meses.

Tem-se reconhecido, de há muito, que as penas privativas de liberdade de curta duração (entre as quais evidentemente, se enquadram as penas menores a seis meses) são em muitos casos mais prejudiciais do que vantajosas.

O curto tempo de aprisionamento não conduz à realização de uma execução penal orientada à ressocialização com promessas de êxito. Tal período, porém, é suficiente para colocar definitivamente aquele que é apenado pela primeira vez, a penas inferiores a seis meses, em contacto com criminosos perigosos que suportam um longo tempo de prisão.

Também a separação forçada do trabalho e da família, vinculada ao cumprimento da pena, significando ambos, a múdo, o único sustentáculo do apenado, produzem efeitos prejudiciais. Quando o apenado perde o emprego e sua esposa se divorcia, porque ele está privado de sua liberdade em um estabelecimento penal, as chances de que ele se mantenha sem delinquir, depois do cumprimento da pena, são menores; a mácula social de “haver estado em um estabelecimento penal”, tornam mais difícil a vida em sociedade. Disto se infere que não constitui exagero a afirmativa no sentido de que a pena privativa de liberdade de curta duração fomenta a comissão de novos delitos em lugar de preveni-los.

Por estas razões o Projeto Alternativo, propôs, pela primeira vez na história do movimento reformista alemão, abolir a pena privativa de liberdade de curta duração como

pena primária e substituí-la mediante a aplicação de penas pecuniárias (multa) sensíveis; para os autores que não possam ou não querem pagá-la, o Projeto Alternativo prevê a compensação da pena mediante trabalho útil ao bem-comum (em especial, em hospitais, estabelecimentos educacionais, lares de anciãos ou estabelecimentos similares). Porém, quando o autor se recusar tanto a pagar a multa, como a prestar serviços úteis ao bem comum, deve — mas por sua própria decisão e culpa — cumprir uma “pena privativa de liberdade substitutiva” de curta duração; tais casos, naturalmente, surgirão muito raramente. Nos delitos de tráfico, que conduziam quase sempre as penas de curta duração, o Projeto Alternativo introduziu, também, a pena consistente em proibição de conduzir.

Enquanto o Projeto de 1962 conserva em toda sua extensão a pena privativa de liberdade de curta duração, o legislador da reforma do ano de 1969 não fez ouvidos moucos aos argumentos, que falavam contra este tipo de condenação. Porém, tão pouco, se atreveu a aboli-la, senão que tentou encontrar uma solução de compromisso que se traduziu na regra do parágrafo 47, I do Código Penal vigente: “Uma pena privativa de liberdade menor de 6 meses somente a impõe o Tribunal quando circunstâncias especiais, que se apresentam no fato ou na personalidade do autor, tornam indispensável a imposição de uma pena privativa de liberdade, para que tenha influência sobre o autor ou para defender a ordem jurídica”.

A Lei indica ao Juiz que deve fazer uso da pena privativa de liberdade de curta duração somente em casos excepcionais (como *ultima ratio*); No caso de necessidade de *influência sobre o autor* deve-se designar a hipótese de que a ação de choque de um curto encerramento tenha efeitos preventivos especiais e possa separar o delinqüente da comissão de novos delitos. A *defesa da ordem jurídica*, pelo contrário, representa uma reserva de prevenção geral; a pena privativa de liberdade de curta duração, que deve ser evitada em princípio, será imposta, não obstante, nos casos particulares em que a renúncia a ela não seria compreendida pela população e por conseguinte, conduzir a um enfraquecimento da consciência jurídica em geral. Está claro que a efetividade do novo parágrafo 47, I, depende fundamentalmente da resposta a uma pergunta: Quando os Tribunais entenderão, como necessária, a imposição de uma pena “para a defesa de ordem jurídica”? Se se faz uso muito freqüente desta possibilidade, poderia ser frustrado o fim do legislador, de desestimular a pena privativa de liberdade de curta duração.

Até agora, a jurisprudência tem concebido a imposição da pena privativa de liberdade de curta duração unicamente em casos de excepcional entendimento e muito raramente.

Esta sanção é, em si mesma, duvidosa e também sua imposição freqüente e excessiva, como aconteceu antes da 1.^a Lei de Reforma Penal, levou à sobrecarga dos estabelecimentos penais, tornando quase impossíveis, por motivos técnico-administrativos, os esforços sérios, no sentido do tratamento dos criminosos culpados de delitos mais graves, e que sofriam longas condenações.

4. A substituição da pena de privação de liberdade por outros meios.

As desvantagens descritas sobre a privação da liberdade fazem intuir como desejável que, independentemente do limite de seis meses, a execução seja realizada através de reclusão, apenas onde não se encontre outro meio de proteger a sociedade e instruir ao autor do fato punível para uma vida futura livre de condenações. A 1.^a Lei de Reforma Penal previu, exatamente em razão desta posição, distintas possibilidades de evitar a execução de uma pena privativa de liberdade em si realizável: a) o prescindir da pena; b) a

advertência com reserva de pena; c) a transformação da pena privativa de liberdade em multa; e d) a suspensão mediante prova (*condicional*) da pena.

a) *O prescindir da pena.*

No parágrafo 60 está afirmado: "O Tribunal prescinde da pena se as conseqüências do fato que alcançam o autor são tão graves que a imposição de uma pena seria manifestamente errônea. Isto não vigora quando o autor se torna merecedor, pelo fato, de uma pena privativa de liberdade superior a um ano."

Neste lugar pensa-se no caso em que o autor fica "suficientemente apenado" mediante as repercussões do fato. O condutor de um automóvel que tem a culpa pelo acidente e suporta, por ele mesmo, lesões que colocam em perigo sua própria vida; a mãe que causa um incêndio, culposamente, e perde o único filho entre as chamas; etc. Em tais situações se justifica a renúncia à imposição da pena; porque está ausente o perigo de reincidência, não são necessários os efeitos preventivos especiais e, do mesmo modo, tão pouco resulta necessária a intimidação dirigida em geral, por causa das horríveis conseqüências assinaladas.

O legislador foi demasiadamente tímido; a regra do Projeto Alternativo que admite que se prescinda das penas privativas de liberdade até dois anos "se o autor aparece violentamente apenado pelas conseqüências do fato ou se este se origina de uma grave situação conflitiva de caráter excepcional" (parágrafo 58, I, do Projeto Alternativo), poderia conseguir efeitos preventivos gerais mais desfavoráveis apesar de sua mais ampla possibilidade de renúncia.

b) *A advertência com reserva de pena.*

Se o autor foi merecedor de uma pena de multa, cujo máximo reflita mediana gravidade, o Tribunal pode limitar-se, segundo os parágrafos 59/59-c do Código Penal, ao declará-lo culpável, a adverti-lo, determinar a pena e reservar a condenação dessa pena. Pressuposto para tanto é, que o autor, ainda sem condenações, provavelmente não cometerá mais fatos puníveis e que existam a seu favor circunstâncias especiais para abonar-lhe a conduta. A advertência, então, dirige a possibilidade (similar a tratada no parágrafo anterior) de uma renúncia à pena. Será esta revogada se o autor não se comportar bem durante o "período de prova" (*Bewährungszeit*).

c) *A transformação da pena privativa de liberdade em multa.*

O legislador alemão utiliza a pena de multa como substitutivo para a privação de liberdade, não somente quando se impusesse ao fato, uma pena privativa de liberdade inferior, no seu máximo, a seis meses (§ 47, 2, do Código Penal); ordena ele, no parágrafo 49,2, que quando entram em considerações preceitos, conforme os quais está permitido ao Tribunal atenuar a pena segundo sua livre apreciação, pode condenar-se, no feito em lugar da pena privativa de liberdade a uma pena de multa. Por certo tal cláusula de livre apreciação é encontrada somente em relativamente poucos preceitos. O Projeto Alternativo, ainda neste particular, caminhou mais adiante, expressando em seu parágrafo 50, I, que em lugar de uma pena privativa de liberdade no preceito particular, pode *impor-se uma pena de multa se também, mediante esta pena, puder ser alcançada a não-reincidência do autor.*

Os esforços da 1.^a Lei de Reforma Penal, para lograr uma sanção com fins preventivos são, também neste caso, em verdade, comparativamente tímidos.

d) A suspensão mediante prova (condicional) da pena.

Desde o ano de 1959 admitiu-se suspender mediante prova, as penas privativas de liberdade cujo máximo não ultrapassasse nove meses se o autor gozasse de “um prognóstico favorável”, isto é, se se pudesse esperar que ele retornasse ao caminho da legalidade mediante medidas de ajuda e vigilância, ainda que sem o cumprimento da pena; se o condenado se mantivesse, sem delinquir, cinco anos, a pena era considerada extinta, posteriormente. Esta instituição muito efetiva do ponto de vista preventivo especial foi diminuída substancialmente em seu significado prático, mediante a condição que não permitia suspender a pena se as necessidades de retribuição da culpabilidade ou de interesse público exigissem a execução. O novo instituto jurídico não contribuiu muito para a atenuação das penas privativas de liberdade de curta duração, porque os Tribunais, frequentemente, negavam ao autor a suspensão de pena com fundamento na justa retribuição ou na prevenção geral.

Apesar disto o Projeto de 1962 quis, em essência, conservar a situação anterior. Recentemente, o Projeto Alternativo, no ano de 1966, propôs uma nova regra de visão mais ampla. Segundo este Projeto (concordando com progressistas ordens jurídicas estrangeiras) deveria ser possível uma suspensão de penas privativas de liberdade até dois anos (em lugar das penas privativas de liberdade cujo máximo não ultrapassasse os nove meses). A suspensão deveria depender somente do prognóstico favorável; de tal maneira, pois, não poderia ser negada em razão da culpabilidade do autor ou em razão da intimidação geral. A suspensão condicional deveria conduzir à anulação do antecedente penal, de tal sorte que ao autor seria oferecido enorme estímulo para a vida futura sem delinquir.

A 1.^a Lei de Reforma Penal transformou como na maioria dos casos — as proposições do Projeto de 1962 em um compromisso que conduziu, neste particular, a uma complicada regulamentação de matizes.

O novo texto do parágrafo 56 do Código Penal Alemão prevê a suspensão da execução das penas privativas de liberdade não superiores a um ano: “pode-se esperar que o condenado receba a condenação como uma advertência e no futuro não cometerá mais fatos puníveis, ainda sem a influência da execução penal”. Porém, ainda quando estes pressupostos sejam cumpridos, não deve ser suspensa a execução de uma pena privativa de liberdade de seis meses, como mínimo, se a “defesa da ordem pública e jurídica” exigir o cumprimento da pena; aqui é introduzida uma *reserva de prevenção geral* nas penas privativas de liberdade entre seis e doze meses.

Por outro lado, a lei prevê uma suspensão em penas privativas de liberdade cujo máximo não supera aos dois anos, “se ocorrer no fato ou na personalidade do autor circunstâncias especiais”; neste particular são considerados casos raros como aquele do autor que mata um enfermo incurável a seu pedido e é condenado, pelo crime, a uma pena privativa de liberdade de um a dois anos (parágrafo 216 do Código Penal Alemão). Na suspensão da pena é determinado o tempo de prova entre dois e cinco anos (parágrafo 56a). O Tribunal pode impor ao condenado o *encargo* de reparar, segundo as suas possibilidades, o dano causado, pagar uma importância em dinheiro a favor de uma Instituição de bem-estar público, ou à Caixa do Estado, ou de outra maneira, prestar serviços de caráter público (como seria por exemplo, ajudar em um hospital), conforme o parágrafo 56, b, do Código Penal.

De maneira acessória pode impor-se ao condenado *instruções* para pautar sua vida; referem-se estas, em sua maioria, à ordem de relações econômicas do condenado, suas relações com pessoas que podem oferecer-lhe estímulos para cometer novos delitos, a

obrigações de apresentar-se ante a autoridade e a uma razoável regulamentação de seu trabalho, formação e tempo livre (parágrafo 56, c, do C. Penal).

Além do que, o condenado é subordinado, durante o período de prova a um assistente (*Bewehrungshelfer*) quando este é indicado para afastá-lo da comissão de fatos puníveis. O assistente deve colocar-se ao lado do condenado “ajudando-o” e “aconselhando-o”. Vigia este, de acordo com o Tribunal, o cumprimento de suas cargas e instruções. Informa sobre o comportamento do acusado (parágrafo 56, d).

O experimento que representa toda suspensão condicional da pena pode fracassar ou obter êxito. Se o condenado comete, durante a prova, um novo fato punível, contraria frontalmente as regras e encargos impostos ou se subtrai à vigilância do assistente, a suspensão da pena pode ser revogada (parágrafo 56, f); deve então cumprir toda a pena. Se, em troca, o condenado se mantém sem cometer delitos e não dá nenhum motivo para a revogação da suspensão, o Tribunal determina a remissão da pena, transcorrido o tempo relacionado com o período de prova (parágrafo 56, g).

Um caso especial de suspensão mediante prova é a suspensão do restante da pena, segundo o parágrafo 57 do Código Penal, denominado por este de “liberação condicional”, também. Segundo este preceito, desde que o condenado consinta, se suspende mediante prova, o remanescente de uma pena privativa de liberdade, cumprida já em dois terços de seu total, desde que se possa provar que o condenado fora da execução da pena não cometerá delitos; excepcionalmente pode obter-se uma suspensão depois de cumprida metade da pena imposta.

A liberdade condicional está ligada, como a suspensão condicional, obtida desde o seu início, à possibilidade de imposição de encargos e instruções, como a subordinação a um assistente; pode ela ser revogada com os mesmos pressupostos. O Projeto Alternativo foi também neste caso mais adiante do que a Lei de Reforma Penal, a qual apenas aderiu àquele parcialmente: segundo sua proposição a pena deveria ser suspensa em todos os casos (isto é, independentemente das possibilidades de prova do autor) quando se cumprissem dois terços da pena; em casos de prognóstico favorável à liberação condicional devia ser observada após o transcurso de metade do tempo da pena (parágrafo 48 do Projeto Alternativo). Este regulamento fundava-se, não em uma exagerada indulgência, senão em uma sensata razão de que o resultado da ressocialização corre sempre perigo quando o apenado é deixado em liberdade sem proteção que o ajude, e deve superar por si mesmo, abandonado em sua sorte, as dificuldades que apresenta a reincorporação social.

Ele necessita, por esta causa, encargos, instruções e um assistente por lapso de tempo transitório, justamente quando o perigo de reincidência é maior e, por conseguinte, o prognóstico é menos favorável. Deste modo, importantes argumentos estão a favor do Projeto Alternativo, no sentido da proposição em torno do que deve regressar. Estes argumentos marcam um fim de ressocialização.

5. A reforma da execução penal

A execução penal (*Strafvollzug*) disciplina o cumprimento das penas e medidas de segurança privativas de liberdade. Não se refere, então, a pena de multa, para cuja realização usa-se o “*Strafvollstreckung*” (execução penal), nem tão pouco dos debatidos casos nos quais a pena privativa de liberdade é substituída por outras sanções ou suspensa mediante prova.

Depois de desestimular as penas privativas de liberdade de curta duração e, parcialmente, também as de média duração, somente ingressarão, no futuro, em estabelecimentos penais, aqueles autores que tiverem cometido delitos graves e não podem ser dirigidos novamente ao comportamento fiel à lei sem privação de liberdade. Se e até onde pode alcançar-se, na verdade, esta meta, depende decisivamente de como se realize a execução penal. Já na discussão das diversas teorias penais observa-se que as teorias da retribuição e da prevenção geral influenciaram desfavoravelmente o desenvolvimento da execução penal alemã. Pois, segundo estas concepções, o encarceramento do autor é sem dúvida necessário para uma justa compensação da culpabilidade e para a intimidação geral, entretanto, não oferecem elas nenhum princípio para as medidas de execução que permitam corrigir a equívoca atitude do autor. Daí que aumenta o perigo no sentido de que o condenado abandone o estabelecimento penal mais incapaz de conduzir sua vida do que quando ingressou no mesmo.

Por estas razões impôs-se, nos últimos anos, a idéia de ressocialização no âmbito da execução penal. Depois que o Projeto de 1962 calou ante as medidas de execução penal, no Projeto Alternativo é encontrada a frase programática: "A meta da execução penal é procurar a reincorporação do condenado na comunidade jurídica" (parágrafo 37, 1).

Por certo, não é simples alcançar esta meta. Pois, a tarefa de ensinar a correta vida em liberdade, precisamente mediante a privação da liberdade, nos parece um paradoxo difícil de remediar, tanto que a ciência internacional tem-se voltado a um crescente ceticismo frente a este tipo de pena.

O Projeto Alternativo, por isso mesmo, incluiu em sua proposição legal algumas normas concretas para a conformação de uma moderna execução penal ressocializadora.

Segundo estas, deve-se fomentar as relações dos presos com o mundo exterior, tanto quanto sejam úteis à meta da execução; a execução deve ser distendida o quanto possível, aproximando-se da vida em liberdade, com certos limites; deve esta organizar-se segundo os diversos grupos de autores, os quais responderão às respectivas condições de ressocialização.

Sobretudo, o preso deve ocupar-se de trabalhos que correspondam à sua capacidade e que o coloquem em situação de procurar seu sustento na liberdade. Por esse trabalho deve ele ser remunerado com as mesmas tarifas de um homem livre, conforme seu rendimento (abatidos os gastos com seu alojamento e alimentação).

Esta exigência que causou sensação em seu próprio princípio é muito importante para o êxito da ressocialização. É justamente nos casos de reincidência que se nota a presença de pessoas não inclinadas ao trabalho ou que não tenham aprendido uma profissão. Se são forçados a um trabalho qualquer, odiado por eles, e se são remunerados de maneira ínfima, sentem-se explorados, o trabalho lhes resultará sumamente antipático e, em liberdade, regressarão às formas lucrativas de ganhar dinheiro sem esforço, com nítida vinculação criminógena.

Mas, se em troca, se lhes paga, decorosamente, por trabalhos que correspondam a suas capacidades e inclinações, não somente, crescerá a consciência de seu próprio valor e espírito de trabalho; como o preso aprenderá, também, a viver na sociedade legalmente; poderá ele reparar os danos causados pelo crime, com a ajuda do salário, apoiar sua família (em lugar de enviá-la a assistência social) e economizar um capital inicial para o dia da liberação, de forma que lhe seja facilitada a sedimentação de sua existência do mundo livre.

Quando se deve transformar em realidade tal programa de ressocialização — que apenas pode ser bosquejado em algumas linhas fundamentais — por certo não se sabe. O Governo Federal apresentou, em 23 de julho de 1973, baseado nos trabalhos de uma comissão de peritos, o Projeto integral de uma lei de execução penal, ao qual seguiu-se um Projeto Alternativo de uma Lei de execução penal, redigido este por professores de Direito Penal, no mesmo ano. Segundo ambos os Projetos, a execução penal serve ao objetivo da ressocialização; não obstante o Projeto Alternativo regula também as particularidades da terapia do tratamento proposta por ele enquanto o Projeto Oficial silencia sobre este fato.

O pagamento de uma adequada remuneração, pelo trabalho previsto também, originariamente, no Projeto Oficial, não se tornou realidade no processo legislativo posterior. Atualmente a previsão é a de pagar aos presos um salário mensal de aproximadamente setenta marcos.

Outro dos aspectos, a nosso modo de ver fundamental, que devemos destacar no campo penitenciário, é o do *juiz de execução penal ou vigilância*.

Na Alemanha, desde o ano de 1970, nos estabelecimentos penais para jovens delinqüentes (18 a 21 anos) já atuava este tipo de magistrado, controlando-os, inclusive, quando passavam para estabelecimentos para maiores, seja por problemas de condutas, seja por outras razões.

Estes Juizes de vigilância para menores, foram impostos por um regulamento, aceito por todos os *Lander*, em dezembro de 1961, e vigiam o tratamento, tanto dos processados, como dos presos, tendo as suas instalações de despacho dentro do estabelecimento penitenciário, às quais ocorrem diariamente, sem prejuízo de suas funções judiciais no Tribunal.

O Juiz de execução é quem decide os castigos, aplica punições nas faltas graves internas e pode até reformar a sentença condenatória do tribunal competente, simplesmente, sem expediente, decretando, inclusive, a imediata liberdade do menor, quando considere que isto é mais conveniente para sua readaptação, ou entende que o recluso já está reeducado, não sendo necessário o cumprimento da totalidade da pena imposta.

Em uma palavra, resolve definitivamente os problemas, sem entrar em conflito com o pessoal administrativo, que depende dele, dissipando os problemas que possam surgir com a implantação de pessoal judicial e administrativo em um mesmo estabelecimento penal.

A reforma penal alemã estende agora, ao campo dos maiores, a atuação do juiz de execução, prevendo-se a sua participação em matéria de liberdade condicional e em outros casos, na consonância com os parágrafos 57, 67, e outros, do Código Penal. Esta previsão não contorna a dificuldade encontrada pelos *Lander* de montar esta aparelhagem, eleger os seus juizes e sustentar os seus salários, o que tornará mais lenta a implantação.

6. A reforma da pena de multa.

O significado da pena de multa tem crescido fundamentalmente desde a 1.^a Lei de Reforma Penal, pois, ela é imposta hoje, não somente no caso de ameaça legal expressa, mas também como medida substitutiva da pena privativa de liberdade de curta duração. A falha principal da pena de multa, reside, segundo a regulamentação até o presente em vigor, na sua injustiça social. Ela afeta ao pobre mais duramente do que ao rico. Sem dúvida, é tomada em conta a situação patrimonial do autor para determinar a sua quanti-

dade, mas a lei não prevê este fato expressamente, e assim tudo se realiza caso por caso, e, em geral, deficientemente.

A reforma quer remediar esta falha mediante o denominado "sistema do dia-multa", introduzido na Escandinávia há muito tempo, contido no Projeto de 1962 e direito vigente na República Federal Alemã desde o dia 1.º de outubro de 1975 (parágrafo 40 e seguintes do Código Penal). Segundo este sistema a pena é imposta em "dias-multa" que devem ser determinados considerando-se as relações pessoais e econômicas do autor entre dois marcos, como mínimo, e dez mil marcos, como máximo. Estes *dias-multa* representam a soma que o condenado perde de seus ganhos por dia. A pena de multa, em geral atinge a cinco dias-multa como mínimo e trezentos e sessenta dias-multa como máximo.

Por exemplo, se imaginamos o caso de duas pessoas que causem culposamente, em conjunto, um acidente, de trânsito e por ele são condenados da mesma maneira a uma pena de dez dias-multa, a soma total a pagar pode, atingir para um, se ele é extremamente pobre, somente vinte marcos, e para o outro, que, em troca, é extremamente rico, até 100.000 marcos. Mediante esta graduação segundo os ganhos do autor, será possível, no futuro, impor a todos os apenados multas bem sensíveis. Isto não é somente importante porque facilita a renúncia à pena privativa de liberdade de curta duração, senão também porque os meios econômicos que ingressam no caudal do Estado podem contribuir para o financiamento das medidas de ressocialização para os criminosos que cometerem delitos graves.

7. O Estabelecimento social-terapêutico.

Quando observamos as *medidas de melhoria e segurança*, mencionamos o estabelecimento social-terapêutico.

Devemos regressar a ele porque se trata da mais importante novidade no âmbito destas medidas, de uma novidade que na verdade deve entrar em vigor proximoamente, em 1.º de janeiro de 1978.

Quando nos referimos ao estabelecimento social-terapêutico indicamos o estabelecimento que o legislador tomou do Projeto Alternativo. Seu modelo foi o famoso estabelecimento dirigido pelo Dr. STURUP, em Herstedvester, perto de Copenhague, no qual os delinquentes que não podiam ser corrigidos por um processo moderno de execução penal, ressocializador, eram submetidos a uma terapia individual e de grupo, mediante métodos psiquiátricos-sociais especiais. Tais indivíduos, que, até o presente, eram tidos como "incuráveis", são hoje em dia, colocados entre os estabelecimentos alemães, por causa de sua periculosidade permanente, em internamento de segurança, acessoriamente ao cumprimento da pena de segurança pura. O internamento de segurança é uma reclusão de forma absoluta e por tempo indeterminado; não está limitado em sua duração em razão do princípio da culpabilidade, porque não se trata de uma pena, senão de uma medida de segurança (parágrafo 61 e 66 do Código Penal).

Ser colocado em internamento de segurança significa, praticamente, como regra, que o autor é excluído definitivamente da sociedade: passa longos anos privado da sua liberdade (algumas vezes o resto de sua vida), sem que se procure fazer nada a fim de obter a sua volta à sociedade. Em contraposição a este fato, a idéia fundamental do Projeto Alternativo foi a de que não pode ser justificado o isolamento permanente da sociedade até que sejam esgotados todos os meios psiquiátricos e médicos que estão a nossa disposição, segundo o último estágio da ciência, para fazer, ainda, desse homem um membro idôneo da sociedade.

Segundo o Projeto Alternativo, a medida determinada para este “último intento de cura” deve ser executada no estabelecimento social-terapêutico. A ele são enviados os autores — debaixo dos pressupostos enunciados mais detalhadamente no parágrafo 69 do referido Projeto — cujo fato punível tenha conexão com uma enfermidade psíquica ou com uma profunda perturbação da personalidade ou que tenham demonstrado, mediante reincidência múltipla que não podem ser ressocializados por meio de execução comum.

Não se prescindirá, no futuro, da ajuda psiquiátrica, psicológica e pedagógica. Neste tratamento será convocada a colaboração ativa do interno. Os estabelecimentos estarão debaixo de direção médica. “O tratamento dura a primeira vez, dois anos, como mínimo, e quatro anos, como máximo; em caso de repetição, oito anos como máximo”. Deve preceder obrigatoriamente ao internamento de segurança.

Segundo o parágrafo 70 do Projeto Alternativo somente será permitido enviar ao internamento de segurança o autor multireincidente e perigoso socialmente, em considerável medida, quando este esteve, no mínimo, quatro anos em um estabelecimento social-terapêutico.

A 2.^a Lei de Reforma Penal introduziu, finalmente, o estabelecimento social-terapêutico, não previsto originariamente, no catálogo das medidas de segurança e cura, segundo o modelo do Projeto Alternativo, reduzindo, entretanto, consideravelmente, o âmbito de aplicação. Segundo o parágrafo 65 do Código Penal é ele previsto para delinquentes com graves perturbações da personalidade, para delinquentes por impulso sexual perigosos e para possíveis autores por tendência, menores de vinte e sete anos de idade. Mas a reincidência permanente, por si só, (isto é, a falta de ressocialização em estabelecimento penal), não conduz, segundo o Código Penal, à internação em um estabelecimento social-terapêutico; com tal omissão, este internamento não deverá preceder mais, necessariamente, o internamento de segurança.

Lamentável esta ausência de declaração porque sempre existirão pessoas que irão, sem esperanças, ao encontro de seu fim no internamento de segurança, pessoas que poderiam ser curadas mediante tratamento social-terapêutico, pelas quais a sociedade não fez, na verdade, tudo que estava a seu alcance para a salvação.

A razão objetiva para a reserva do legislador reside na experiência que representa o estabelecimento social-terapêutico, que em grande medida, exige uma enorme inversão de capital. Não apenas deverão ficar prontos tais estabelecimentos em 1978, como também devem estar formados os psiquiatras, os médicos, os psicólogos e os pedagogos, para que o intento não fracasse de antemão.

Ante tal circunstância, o legislador prefere um início mais modesto. Não obstante, se o estabelecimento social-terapêutico der bons resultados, no futuro âmbito de sua aplicação poderão ser observados os princípios marcados no Projeto Alternativo. Desta forma chegaríamos ao organismo pioneiro no sistema de sanções do futuro, ideal sempre desejado em Criminologia.

NOTAS

¹ Para este trabalho foi utilizado o texto original traduzido para o castelhano pelo Professor EUGENIO RAUL ZAFFARONI, com a assessoria do Professor ERNST JURGEN RIEGER.

² JESCHECK, Hans-Heinrich. El Proyecto del nuevo Código Penal alemán. Trad. de Domingos Taniel Carralero. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, 1962. p.253 e seguintes.

³ MANZANERA, Luiz Rodriguez & MENDES, Nelson Pizzotti. O Enfoque criminológico da descriminalização. *Justitia*. São Paulo, v.95, 1976, p.163-73.

⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich. Orígenes, métodos y resultados de la reforma del Derecho Penal alemán. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, 1976.

⁵ Vide a este respeito a Conferência do Prof. JURGEN BAUMAN, da Universidade de Tübingen, trad. de Leopoldo Schiffrin, publicada em multicópia pela Unidad Académica, UNAM, em 1977.

⁶ Sobre os princípios do novo Código Penal alemão:

GALLINO YANZI, Carlos V. Los Principios fundamentales del Código Penal alemán en vigencia desde 10 de enero de 1975. *Temis*. 11 set. 1975.

— — — La Reforma penal argentina y la legislación comparada. *Temis*. 7 ago. 1976.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Reforma del Derecho Penal en Alemania*: parte general. Trad. de Conrado Finzi. Buenos Aires, 1976.

TERAN LOMAS, Roberto A.M. La Parte general del Código de la República Federal alemana, comparada con el Código Penal argentino y sus proyectos de reforma. *Jurisprudencia Argentina*, 25 ago. 1975.

Sobre o processo da reforma:

BERISTAIN, Antonio. La Reforma del Código Penal alemán. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, 1969.

ZAFFARONI, Raúl E. Parte general de la reforma penal de la República Federal Alemana. In: *Biblioteca Mexicana de Prevención y Readaptación Social*, 1975. (Série Legisl. Estran.)