

# ***IDÉIAS PARA UM NOVO DIREITO PENAL***

---

**FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO\***

*Ministro Aposentado do Superior Tribunal de Justiça e Advogado*

## **I – Considerações Preliminares**

**1** – Conforme temos salientado em outras ocasiões, forçoso é reconhecer que, no Brasil de nossos dias, com ventos que sopram principalmente no Rio de Janeiro, São Paulo e de outros grandes centros urbanos, o ar que respiramos não é favorável a grandes inovações na área do Direito Penal. O que se nota é a existência de condições propícias ao ressurgimento de idéias retrógradas, tais como: o endurecimento das penas, a revogação dos benefícios concedidos aos condenados, a reedição de penas cruéis do passado, o rebaixamento da idade limite da responsabilidade penal, etc.

Essas idéias incutidas na opinião pública, que equivocadamente tem sido conduzida a ver no Direito Penal solução para todos os males, encontram eco em poderosa mídia, a qual, por sua vez, se incumbe de reforçá-las e difundi-las, através de campanhas persistentes, repetidas, promovidas principalmente pelo rádio e pela televisão.

Essa monótona e aparente unanimidade de opiniões (aparente porque não se sabe até que ponto a mídia influenciou na opinião pública e vice-versa) conquista a adesão de políticos em busca de votos e de apoio popular. O resultado é o aparecimento das inicialmente referidas condições favoráveis ao retrocesso da legislação penal, não ao seu avanço para a adoção de idéias novas e criativas.

**2** – Remando contra a correnteza, penalistas e doutrinadores, salvo raras exceções, propugnam por um novo e moderno Direito Penal, com objetivos bem definidos e área de aplicação mais reduzida, situado ao lado de outras disciplinas jurídicas com as quais deverá formar um conjunto harmônico, este sim – o conjunto, não as suas partes – com a missão de solucionar os conflitos da sociedade contemporânea. Dentro dessa visão, o Direito Penal seria a ultima ratio, ou seja, atuaria subsidiariamente onde falhassem ou se revelassem insuficientes à proteção de bens jurídicos os outros ramos do direito. Nessa linha, poder-se-á admitir até o surgimento de um novo direito, com maior capacidade de intervenção, ao lado do atual Direito Penal, desde que sem a pena criminal como sanção.

A propósito, veja-se esta profecia de HASSEMER:

Há muitas razões para supor que os problemas 'modernos' de nossa sociedade causarão o surgimento e desenvolvimento de um Direito interventivo correspondentemente 'moderno' na zona fronteira entre o Direito Administrativo, o Direito Penal e a responsabilidade civil por atos ilícitos. Certamente terá em conta as leis do mercado e as possibilidades de um sutil controle estatal, sem problemas de imputação, sem pressupostos da culpabilidade, sem um processo meticuloso -, mas, então, também, sem a imposição de penas criminais. (Grifamos)\_Ainda segundo o mesmo autor, o Direito Penal tradicional permanecerá para ocupar-se com certas espécies de crimes, como roubo, corrupção, estupro, etc. 3 – Dentro desse panorama de confronto, não é preciso muito esforço para perceber a luta desigual empreendida pelos penalistas que hoje se dedicam à elaboração de propostas de renovação da legislação penal brasileira. Ao lado das naturais e inevitáveis divergências de idéias e de escolas, esses penalistas defrontam-se com uma dificuldade nova: a de necessitar romper a barreira da mídia e da opinião pública, que têm o apoio de jornalistas influentes e de alguns políticos, para poderem propor soluções não ortodoxas, baseadas em conhecimentos especializados, não acessíveis ao leigo, nem sempre de fácil e pronta compreensão.

Mas como evitar esse processo dialético, se desejamos uma legislação democraticamente editada e que tenha, afinal, vigência e eficácia?

Eis o dilema.

**3** – Parece-me que é chegada a hora de sairmos do confinamento universitário e do isolamento dos gabinetes para, usando linguagem menos técnica e hermética, mais comunicativa, buscarmos alguma forma de influência sobre a opinião pública, preparando-a para a aceitação de novas soluções para o fenômeno complexo do crime que, presentemente, nos desafia e deteriora a qualidade de vida dos habitantes das grandes concentrações urbanas.

## **II – Progressos Recentes da Legislação Penal Brasileira**

**4** – Apesar das dificuldades anteriormente apontadas e da edição de leis defeituosas, com aspectos retrógrados, de que é exemplo à denominada "lei de crimes hediondos", forçoso é reconhecer que algum avanço tem sido obtido na legislação penal brasileira.

A nova Parte Geral do Código Penal, com a redação que lhe deu a Lei 7.209, de 11/7/84, contém inovações importantes. Adotou novos institutos, reformulou o sistema de penas, extinguiu a medida de segurança para os imputáveis. Introduziu a progressividade na execução da pena, permitindo que o condenado, pelo seu próprio esforço e mérito, caminhe pelos vários regimes, do mais severo para o mais brando, em direção à liberdade. Instituiu, embora ainda timidamente, elenco de penas restritivas de direito, substitutivas das penas privativas da liberdade, etc.

Mais recentemente, a Lei 9.099, de 26/9/95, que criou os juizados especiais, deu novo avanço, simplificando procedimentos,

adotando o instituto da transação no processo penal, ampliando as hipóteses de ação penal condicionada à representação e adotando a suspensão do processo, com período de prova.

A Lei 9.268, de 19/4/96, modificou a natureza da multa penal, extinguindo a possibilidade de sua conversão em prisão.

A lei 9.455, de 7/4/97, definiu os crimes de tortura, e com isso certamente forçará a renovação dos métodos de investigação policial.

**5.** Levantamentos feitos pelo Ministério da Justiça apontam dados preocupantes, reveladores de total inviabilidade, no Brasil, de uma política criminal centrada sobre a pena de prisão: os espaços existentes nos estabelecimentos penais estão ocupados pelo dobro do número de presos em relação ao número de vagas; o número de mandados de prisão expedidos pela Justiça e não cumpridos aproxima-se dos 300.000.

**6.** Como se vê, o enigma da esfinge aí está: decifra-me ou te devoro. Mas, para decifrá-lo teremos que mudar a postura e rever profundamente nossas convicções tradicionais a respeito da infalibilidade da pena de prisão como resposta única do Estado a toda e qualquer espécie de crime.

### **III – A Modernização da Legislação Penal**

**7** – A proposta que temos apresentado ao debate, em conferências e em escritos vários, parte de uma construção bastante simples, ou seja, a inicial classificação dos crimes em duas categorias básicas: crimes de ação violenta (a criminalidade violenta) e crimes de ação astuciosa (a criminalidade astuciosa).

Na categoria da criminalidade violenta estão incluídos delitos que se cometem através de violência física ou grave ameaça à pessoa, tais como: homicídio, roubo, estupro, atentado violento ao pudor, extorsão mediante seqüestro, latrocínio e outros.

Na segunda categoria – a da criminalidade astuciosa – estão incluídos os demais delitos, geralmente praticados através de fraudes, esperteza, engodo, agilidade, etc., sem agressão física ou grave ameaça à pessoa.

Alguns poucos delitos não abrangidos por essas duas categorias, por constituírem exceção, não formariam categoria à parte merecedora de atenção especial.

**8** – Essa classificação não é meramente teórica. Tem efeitos práticos, já que agrupa, para facilitar e permitir medidas especiais de prevenção, os delitos violentos que são os que precisamente têm intranqüilizado os habitantes dos centros urbanos, deteriorando a qualidade de vida em nossas cidades. Com isso, será possível concentrar e mobilizar providências contra esses delitos. Será possível, por exemplo, construir ou destacar estabelecimentos penais preparados para receber delinqüentes violentos, perigosos; criar, adestrar e mobilizar efetivos policiais voltados para a prevenção e repressão de tais delitos; destacar promotores e juízes para o mesmo fim; editar normas penais mais rigorosas e processuais mais adequadas a essa forma de criminalidade para a qual, sem dúvida, a pena de prisão em regime fechado continuará sendo a regra.

Observe-se que o censo penitenciário de 1994 revela que o roubo (33%), o homicídio (17%) e os atentados sexuais (5%) respondem por mais da metade dos crimes cometidos pelos que formam a população carcerária do país. Esse dado leva a crer que a mobilização de recursos e de autoridades para intensa prevenção do roubo, atentados sexuais e do homicídio – se os trabalhos forem conduzidos com recursos suficientes e

com seriedade – só isso poderá devolver expressiva parcela de tranqüilidade perdida pela população das cidades brasileiras.

Por outro lado, esse mesmo dado revela que a outra metade dos presos poderia ser significativamente reduzida, se ampliada as hipóteses de penas alternativas ou substitutivas.

**9** – Em relação à criminalidade astuciosa, as medidas de prevenção e repressão devem ser diversificadas, com predominância do confisco do produto e dos proventos do crime, das penas alternativas e substitutivas, etc.

Nesta categoria de delitos, a pena de prisão – que, diga-se de passagem, não pode ser totalmente descartada – deve ser reservada para os infratores que revelem incompatibilidade com outras modalidades de sanção, caso dos multi-reincidentes ou dos agentes de golpes causadores de grandes prejuízos ou de várias vítimas, para citar duas hipóteses a título de exemplo.

Nessa direção deve orientar-se, segundo penso, uma reforma penal que se quer moderna.

Mas, para tanto, é preciso, como ponto de partida, afastar a solução simplista que preconiza "cadeia" para tudo e para todos.

**10** – O advogado, isto é, o profissional que se dedica à advocacia criminal, visualiza de perto o drama do crime e seus desdobramentos. Chega a conhecer detalhes pouco ou nada acessíveis aos que têm notícia do crime apenas pelos seus aspectos externos nem sempre os mais importantes.

Sabe das eventuais deficiências da investigação e da prova existente no inquérito. Vê culpados sendo absolvidos e, por vezes, punições injustas ou exageradas. Luta, às vezes, contra pressões da mídia

que influi sobre testemunhas, jurados etc., tomando o resultado do julgamento, no mínimo, duvidoso.

**11** – Por dever de ofício, ou por convicção, o advogado que se especializa em causas criminais é um eterno inconformado com o status quo e, ao manifestar esse inconformismo, através dos recursos e do habeas corpus, contribui para modificar a jurisprudência tornando-a mais adequada à realidade cambiante do meio social. Essa é uma contribuição importante para a evolução do Direito Penal aplicado, ou seja, aquele que se pratica nos juízos e tribunais.

**12** – A presença do profissional da advocacia nas várias comissões de reforma penal demonstra a importância que se dá ao advogado como um dos artífices da modernização do Direito Penal.

**13** – O papel do juiz, entretanto, merece destaque especial. Por isso a ele dedicaremos maior espaço. É que o magistrado criminal tanto pode impedir, travar, como favorecer significativamente a evolução do direito vigente.

**14** – Com efeito, em conferência proferida na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, salientamos que, na legislação penal, o legislador estabelece as sanções possíveis de serem aplicadas aos agentes de infrações penais e institui parâmetros para a aplicação da pena pelo juiz. Contudo, dentro desses limites extremos, goza o juiz de liberdade bastante ampla, cabendo-lhe selecionar os princípios e os critérios de que irá se valer para a determinação das conseqüências jurídico-penais aplicáveis ao caso concreto.

**15** – No desempenho dessa importante tarefa, o juiz, de duas uma: assume, como intérprete, a função de partícipe da criação do direito, em certa medida; ou, pelo contrário, aceita o imobilismo antiquado de mero repetidor das palavras da lei, sem considerar a

dinâmica das relações sociais que o cercam, apesar de estas últimas já não serem as mesmas da época da edição da lei que lhe cumpre aplicar.

Penso que a segunda hipótese – a do imobilismo – não é a mais acertada. Para ilustrar essa conclusão, raciocinemos com o exemplo da individualização da pena na sentença criminal, por nós utilizado na conferência anteriormente citada.

**16** – O Código Penal, nos arts. 59 e seguintes, institui os critérios para a fixação da pena. Não obstante, o juiz, além das regras, expressamente estabelecidas, não pode deixar de recorrer, nesse momento culminante da prestação jurisdicional, a certos princípios que o auxiliam e orientam na concretização da pena criminal.

O primeiro é o princípio da igualdade de todos perante a lei. Assim, a condição de estrangeiro, preto ou branco, rico ou pobre, posição social, etc., não deve influir na dosimetria ou na agravação da pena.

O segundo princípio tem em vista o caráter retributivo da pena, impondo ao juiz a estrita observância do grau da culpa, de modo que cada um receba a punição de seu crime, na medida de sua culpabilidade, não da culpa de outrem.

O terceiro princípio tem a ver com caráter preventivo da pena. Na lição de JESCHECK, a fixação judicial da pena deve ajustar-se à sua função retributiva, para que sirva de uma justa retribuição do injusto e da culpabilidade, mas deve também, a um só tempo, ajustar-se ao fim de prevenção especial, contribuindo para a reinserção social do delinqüente e procurando não agravar a situação social além do estritamente necessário.\_18 – O princípio da igualdade consta do art. 5º caput da Constituição Federal. Por ele o tratamento desigual não é permitido "senão em consonância com os critérios albergados ou ao menos não vedados pelo ordenamento constitucional." Em razão disso, não se deve admitir que considerações de ordem pessoal do juiz a respeito da fortuna,



da pobreza, da posição social do réu, com opor vezes ocorre, influa na dosimetria da pena, na concessão ou negativa de benefícios ao condenado. O juiz criminal não é o herói vingador da justiça, de filmes americanos, sem limites legais ou éticos para aplicar o talião aos infratores submetidos à sua jurisdição.

**18** – O princípio da culpabilidade, expresso no art. 59 do Código (...“atendendo à culpabilidade”...), recomenda ao juiz a observância da função limitadora da culpabilidade, de modo que o tamanho da pena corresponda ao tamanho do injusto. Isso quer dizer que a censurabilidade da conduta criminosa está estreitamente vinculada à gravidade do crime. E, se não é difícil perceber que uma lesão corporal é menos grave do que um homicídio, isto é, não são do mesmo tamanho, também será fácil perceber que a censurabilidade do agente na primeira hipótese é bem menos do que na segunda. E assim por diante.

**19** – O terceiro princípio é o da pena necessária, posto à luz pelo gênio de VON LISZT. O Código Penal vigente no art. 59 caput contém esta recomendação: "...conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime...". Vejo aí o princípio da pena necessária. A pena insuficiente e desnecessária, desajustada ao agente do fato, não é, portanto, a pena correta, a pena justa. Assim, criticáveis são as sentenças que, ao individualizar a pena do acusado, ficam aquém ou vão além do suficiente e necessário para a retribuição e prevenção do crime cometido. Nessa linha de idéias, merece correção tanto a sentença que impõe pena insuficiente, deixando, por mera benevolência, de afastar perigoso delinqüente do convívio social, como a que, por mão pesada, aplica pena excessiva ou nega benefícios a que faz jus o condenado.

**20** – Do que foi dito, conclui-se que a reforma penal de 1984 ampliou consideravelmente os poderes do juiz criminal permitindo-lhes, até, em certos casos, escolher a pena dentre as cominadas, substituí-las por pena alternativa, bem como fixar o regime inicial de cumprimento.

Não obstante a experiência brasileira tem revelado que os juízes criminais pouco ou quase nada têm se valido dessa faculdade. Preferem, salvo honrosas exceções, permanecer no automatismo de preceitos revogados do velho Código de 1940, consistente em: crime tal, pena tal e ponto final. As alternativas são raramente utilizadas, a pena de prisão e o sursis são a tônica. Tem-se a impressão de que, em certas áreas do Poder Judiciário e do Poder Executivo, ainda não se tomou consciência da importância de dados estatísticos recentes revelando um déficit de vagas nos estabelecimentos penais da ordem de 70.000, ao lado de cerca de 300.000 mandados de prisão não cumpridos, o que quintuplica esse déficit.

**21** – Tenho dito – e aqui vou repetir – que a verdadeira reforma penal está presentemente em boa parte nas mãos da magistratura. Enquanto esta permanecer aferrada às idéias de um retributivismo desajustado à sociedade contemporânea, as leis inovadoras terão vigência mas não eficácia e o esforço do legislador e dos juristas cairá no vazio, servindo apenas para exposição nas vitrines das Universidades.

Já afirmei – e aqui repito – ser necessário termos sempre presente, na aplicação da lei penal, a noção simples de que o Direito Penal não é, como parece ao leigo, ao grande público e à parcela significativa da mídia, um pequeno território habitado somente por bandidos, objeto de nossa repulsa.

A experiência, vivida pelos advogados, promotores e pelos juízes, revela ser o Direito Penal um vasto território onde existem realmente delinqüentes perigosos, mas, ao lado destes, um grande número de infratores ocasionais, primários, passionais, menores abandonados, etc., que de nenhum modo podem ser equiparados aos primeiros para o fim de receber a aplicação de sanções idênticas ou análogas as destinadas aos delinqüentes perigosos.

Nesta faixa cinzenta deste território maior, precisamente aqui, os profissionais especializados são chamados a desempenhar papel importante de reformadores da legislação vigente ou de impulsionadores da evolução do Direito Penal.

Mas, para que isso se faça, há necessidade de que se verifiquem condições favoráveis. E estas – as condições favoráveis – dependem, a meu ver, de uma mudança importante no modo predominante de ver e de pensar ou de procurar solucionar o problema da criminalidade de nossos dias. E esta é, sem dúvida, uma tarefa complexa para a qual as Universidades, os estudantes e os jovens, mais permeáveis à idéias inovadoras, estão chamados a desempenhar a missão de arautos da evolução do direito vigente, inclusive e principalmente do Direito Penal que, tal como o herdamos de nossos antepassados, se revela nos dias de hoje ineficaz e, a meu ver, inviável.