

A Ideologia da Reforma Penal

Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestrado pela PUC. Doutorado pela UFRJ. Pós-doutorado pela Universitati des Saarlandes, US, Im Saarbrücken, Alemanha. Professor Adjunto da UFPR.

Quero começar saudando o Desembargador Paulo Baldez, que preside esta seção e, no seu nome, pedir permissão para saudar todos os meus amigos, professores, juízes, advogados presentes neste Seminário Crítico sobre a Reforma Penal.

Um grande amigo meu, amigo de muitos aqui, que infelizmente já se foi, e que figura entre os grandes filósofos do Século XX, sem dúvida o maior criminólogo do Século XX, que foi Alessandro Baratta, também grande amigo do Brasil – aqui veio muitas vezes –, costumava dizer: “devemos tratar as pessoas com muito carinho, com todo afeto, porque são pessoas.” Tenho vários amigos na Comissão de Juristas da Reforma Penal e, pessoalmente, continuo tratando-os com todo carinho, com todo respeito e com todo afeto, mas acrescentava Alessandro Baratta, com relação às suas ideias, que devemos ser implacáveis, porque elas produzem efeitos no mundo. Tratá-los bem, enquanto pessoas, mas nenhuma complacência com relação a suas ideias. E se trata aqui de trabalhar este tema, “A Ideologia da Reforma Penal”, que a comissão científica deste seminário, cujo diretor científico é o Prof. Dr. Juarez Tavares, me atribuiu.

Assim me vi pensando o conceito de Ideologia e encontrei na *Theorie des kommunikativen Handelns* de Habermas, a ideia de que a lei, na sociedade capitalista, serve para manter a estrutura de classes da sociedade, determinada pela relação fundamental capital/trabalho assalariado. Um outro grande jurista e filósofo, Michel Miaille, que esteve aqui no Rio de Janeiro há algum tempo – eu estava fazendo mestrado na PUC –, dizia em seu livro *Introduction critique au Droit*, que a ideologia na sociedade capitalista existe sob a forma do Direito. Então, falar da ideologia de um projeto de reforma, é falar das ideias centrais que conduzem esse projeto.

Se a ideologia, no capitalismo, existe na forma da lei, devemos buscar essa ideologia dentro do Projeto de reforma. E a forma mais adequada para definir a ideologia do Projeto de reforma, é examiná-lo a partir dos princípios fundamentais do Direito Penal, que dizem muito mais do que parece, à primeira vista. Examinar o Projeto a partir de princípios que permitam uma visão integral das propostas de mudanças da Parte Geral e na Parte Especial. Portanto, examiná-lo a partir dos princípios da legalidade, da culpabilidade, da lesividade, da proporcionalidade e da humanidade para verificar em que medida esses princípios são observados ou respeitados, em que medida são incorporados ou realizados no Projeto. É possível dizer o seguinte: na medida em que uma lei penal se deixa reger por esses princípios, tem-se uma lei democrática; caso contrário, se uma lei penal não se rege por esses princípios, ou desconsidera esses princípios, então temos uma lei penal autoritária.

Ao ler o Projeto pela primeira vez, quando um jornalista queria uma entrevista, fiquei tão chocado, que dei a entrevista, publicada com o seguinte título: “Somos o país que mais pune no mundo”. A nossa reação emocional diante do projeto é de decepção, em seguida, de perplexidade e, no final, ficamos indignados. A dificuldade quando temos que falar sobre o Projeto é superar essa indignação, para poder adequadamente exprimir o que pensamos.

Os princípios que orientam esta abordagem do projeto – e pelos quais pensamos que podemos indicar a ideologia que o orientou – mostram que estamos diante de um “monstrengo”. O projeto é todo disforme, uma espécie de projeto *Quasimodo* de “*O corcunda de Notre Dame*”. Mas, precisamos dizer alguma coisa além das expressões emocionais sobre o Projeto. Sendo assim, vamos trabalhar a partir desses princípios. Por exemplo, quando pensamos no princípio da legalidade, normalmente não atentamos para o fato de que na base da legalidade está o tipo de injusto. E o tipo penal é a realização técnica do princípio da legalidade. Este princípio tem a função de demonstrar a existência do tipo de injusto, excluído nas justificações; ao mesmo tempo, o tipo de injusto é importante porque é o tipo legal, o tipo penal no sentido mais estrito, que é objeto da consciência ou do conhecimento do injusto, excluído no erro de proibição inevitável.

Todos sabemos que o princípio da legalidade, com relação ao tipo de injusto, proíbe a retroatividade, exceto a benéfica; proíbe a analogia em desfavor do réu, proíbe o costume, desde que não beneficie o acusado.

E compreende uma dimensão da maior significação que quero explorar, aqui. É a última proibição: proíbe imprecisão na lei penal, proíbe leis penais imprecisas, obscuras. Um jurista conservador, mas absolutamente insuspeito, como WELZEL, dizia que o maior perigo para o princípio da legalidade são as leis indefinidas e obscuras, porque permitem interpretações judiciais idiossincráticas e não permitem realizar a função principal da lei penal, ou seja, o conhecimento do injusto penal. Como pode o sujeito – que é o destinatário da lei penal, não o juiz, mas o cidadão – enfim, como pode o cidadão conhecer o injusto, se a lei é obscura, se a lei é indefinida? Isto surge como um imperativo, como uma necessidade, no sentido de que não se pode negligenciar o princípio da legalidade.

E aqui temos, esta é a primeira constatação que nos deprime ao lermos o projeto, a sistemática, a ampla violação desse desdobramento do princípio da legalidade, que proíbe leis penais imprecisas, incertas, obscuras. E observamos isso no Projeto, por exemplo, nos crimes cibernéticos. Quanto a estes crimes – nunca vi isso –, artigos dão definições de conceitos de sistema informático, de dados informáticos, de provedor de serviço, de dados de tráfego são vários itens do projeto dando esses conceitos – e se nós, como advogados, não conseguimos entender essa linguagem técnica, então como o povo vai entender? O Projeto apresenta dois artigos, os chamados *acesso indevido* (a essas informações) e a *sabotagem informática*, como interferência indevida no sistema informático de comunicação de dados, produzindo grave entrave, impedimento, interrupção ou perturbação informática. Então, quem vai entender os limites do permitido e do proibido, aqui? Isso é apenas exemplificativo, pois seria cansativo enumerar os tipos penais cujo conteúdo não se entende.

Nos crimes contra a paz pública, vem a questão do terrorismo. O Prof. Juarez Tavares e eu participamos de um seminário no Ministério da Justiça, há alguns anos, que tratava dessa questão, e o Ministrou retirou o projeto de lei, mas agora o Projeto do CP volta para definir o terrorismo. Ora, o terrorismo é um problema político, que se resolve a partir de negociações, de tratados, de convenções internacionais, mas não através do Direito Penal, que não tem nenhuma função de controle sobre isso. O Direito Penal resolveria os problemas dos palestinos, por exemplo? Enfim, o problema desse conflito é dos árabes e dos israelitas, ou mesmo dos Estados Unidos, mas não é do Brasil. Os alemães, que definiram o crime de terrorismo, hoje se arrependem de terem feito isso, porque não con-

seguem se entender sobre seus limites. Então, o crime de terrorismo não deveria estar aqui, mas não vou me aprofundar nisso.

Sobre o crime de *tumulto em evento desportivo* – certamente, foi a lembrança daquela invasão da torcida do Coritiba, porque, a partir disso a mídia começou a falar que precisava coibir os tumultos em eventos esportivos. Observem uma coisa, se isso pegar, será impossível ingressar no espaço reservado aos competidores, porque constitui crime. É o fim da picada, imaginem um ringue, por exemplo.

Enfim, a questão da *perturbação do sossego*, que criminaliza perturbar o trabalho ou o sossego alheio, com gritaria ou algazarra, exercer profissões incômodas ou ruidosas, abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos, provocando ou não impedindo o barulho de animal sob guarda. Agora, o sujeito tem de ensinar o seu cachorro a latir baixo? Ou segurar o focinho do cachorro para não latir? Eu gosto pessoalmente de alguns membros da Comissão de Juristas, mas não de suas ideias, sinceramente, não deveriam perder tempo com essas coisas.

Por outro lado, se pegarmos, por exemplo, o sistema de contratações públicas, a questão da imprecisão penal é ainda pior, não se entende os tipos legais, porque a linguagem é excessivamente técnica. Assim também os crimes contra as finanças públicas, ou contra a ordem econômica e financeira. Aqui, nos crimes contra sistema financeiro, aparecem a *fraude na gestão*, também a *gestão fraudulenta* – que ninguém sabe o que é, cada juiz tem uma interpretação diferente – e a *gestão temerária*, tudo em relação aos bancos – e tudo mantendo ou introduzindo imprecisões. E a lavagem de capitais, na mesma linha das recentes reforma da lei, tudo virou lavagem de capital, no Projeto do CP.

E os crimes contra a ordem econômica, o chamado ajuste para eliminar a concorrência, a prática de cartel etc., mostram que eles estão realmente preocupados em fazer o capitalismo funcionar; esse é o propósito: fazer a lei penal funcionar para garantir um sistema social injusto, desumano, fundado na desigualdade. O pior é que existem pessoas que acreditam nisso e se põem a trabalhar para fazer o sistema funcionar. Vejam quanta coisa surge ligada ao princípio da legalidade, não é apenas a questão da retroatividade, mas o exame do ponto de vista da comunicação do conteúdo das proibições. E isso tem que ser claro: como pode o povo utilizar a proibição como fator de orientação da conduta, se ele não sabe qual é a conduta proibida?

Então vem o princípio da culpabilidade – e aqui tem muita coisa. Falamos de legalidade e de culpabilidade e se a legalidade é a base do tipo de injusto, temos a culpabilidade e o tipo de injusto. A culpabilidade tem um papel importantíssimo. Assim como no princípio da legalidade, nos crimes em geral, não há injusto sem lei, segundo o princípio da culpabilidade não há pena sem culpa. É interessante, já no artigo 1º o Projeto define o princípio da legalidade e coloca um parágrafo – não entendo por que colocaram esse parágrafo, pois ele não tem nenhuma função – que dispõe: não há pena sem culpabilidade. Mas isso é óbvio, porque se o crime é essa integração de injusto e culpabilidade, não há pena sem culpabilidade, ou seja, não há pena sem culpa. Se era para colocar um princípio (a culpabilidade), então por que não colocaram todos os princípios, no Projeto? Deveriam ter colocado no artigo 1º o princípio da legalidade, no artigo 2º o princípio da culpabilidade, no artigo 3º o princípio da lesividade, no artigo 4º o princípio da proporcionalidade – e assim não precisaria repetir em outras normas que não há crime sem ofensa real ou potencial a bem jurídico etc. Se aqui se assume o princípio da lesividade, isso estaria resolvido, sem precisar repetir em normas específicas. Na Espanha, segundo fui informado, a esquerda política elaborou um Projeto de Código Penal que apresenta exatamente essa proposta: o direito penal tem de ser regido por esses princípios, que vão informar toda a construção legislativa.

O princípio da culpabilidade apareceu neste ponto, porque existia ou existe em membros da Comissão uma noção equivocada da culpabilidade como pressuposto da pena. Isso veio do René Dotti, passou para o Damásio de Jesus e, depois, para parte da Escola Paulista. Para eles, só a culpabilidade é pressuposto da pena, quer dizer, a tipicidade, a antijuridicidade, não são condições objetivas de punibilidade etc., mas só a culpabilidade. Aliás, segundo essa noção, o conceito de crime é reduzido ao injusto, ou seja, tipicidade e antijuridicidade, não entram na culpabilidade.

Só eles pensam assim. No mundo inteiro se pensa diferente. Pode-se adotar a teoria bipartida, ou a teoria tripartida de crime, mas, em qualquer caso, parte-se dessas duas noções, do injusto e da culpabilidade. A teoria bipartida unifica tipicidade e antijuridicidade no âmbito do injusto, não havendo diferença conceitual entre ambas. E a teoria tripartida entende que são conceitos independentes e que cumprem funções político-criminais diferentes, como é a posição do Roxin. Assim também está no meu livro e no livro do Prof. Juarez Tavares.

Nenhuma concepção restringe o crime ao tipo de injusto, quer dizer, somente constituído por tipicidade e antijuridicidade, com a culpabilidade sendo somente um pressuposto da pena. Está é uma visão deformada porque não compreende que a culpabilidade, na sistemática do delito que adotamos, é um juízo de reprovação sobre um sujeito que, em primeiro lugar, deve ser capaz de saber e de controlar o que faz. É isso que chamamos de imputabilidade. Não é só a dimensão intelectual da capacidade de conhecimento do fato, inclui a dimensão emocional de capacidade de autocontrole do que faz, controle dos instintos, dos impulsos, dessas emoções que vêm do **id**, na concepção também tripartida da psique, composta do **id**, do **ego** (como um desenvolvimento do **id**) e do **superego**. São emoções – e aqui a Psicanálise nos mostra as grandes emoções que regem nossa vida: a agressividade e a sexualidade.

Controlar a agressividade e controlar a sexualidade, é algo que não se aprende tão fácil. Por isso, esses projetos que tentam reduzir a maioria penal são completamente equivocados: desconhecem o fato de que a imputabilidade não é mera capacidade de conhecimento do caráter proibido do fato, mas também a capacidade de controlar o comportamento conforme essa compreensão. Estamos nos referindo a algo que é do sujeito, e que, além de ser capaz de saber e de controlar o que faz, tem de saber, realmente, concretamente, o que faz. Isto é o que se chama conhecimento do injusto, que é excluído ou reduzido nas hipóteses de erro na proibição. E, por último, o sujeito deve ter o poder de não fazer o que faz, que se exprime nas situações de exculpação legais e supralegais, em que entram as emoções do sujeito, desde o instinto de sobrevivência até as paixões, o medo, o susto, a confusão. Estamos tratando da inexigibilidade de comportamento diverso. Assim se define a culpabilidade e é nesse sentido que é importante compreendê-la, o que nos permite dizer que o Projeto, quando fala de culpabilidade, faz apenas uma declaração de intenções, completamente vazias. O Projeto não se compromete com o princípio da culpabilidade. E é exatamente por isso que mantém os crimes hediondos.

No art. 56 do Projeto aparecem 15 modalidades de crimes hediondos. Estes crimes são uma criação brasileira e têm penas exacerbadas, violando o princípio da culpabilidade. O Projeto também mantém os crimes qualificados pelo resultado. Por exemplo, a lesão seguida de morte: um sujeito dá um soco na vítima, que cai e bate com a cabeça na calçada e

morre. Logo, temos uma lesão corporal dolosa com um resultado produzido por culpa (ou imprudência). Se os dois crimes fossem punidos separadamente, teríamos uma pena pequena, mas no caso de crime qualificado pelo resultado, a pena é absurdamente desproporcional: a pena mínima seria de quatro anos, segundo o Código, o que viola o princípio da culpabilidade. Se o Projeto adotou o princípio da culpabilidade, por que não extinguiu os crimes qualificados pelo resultado, que violam o princípio da culpabilidade?

E temos a questão da *actio libera in causa*, que é muito maltratada no Brasil, porque não existe uma disciplina legal adequada. A *actio libera in causa* existe em dois momentos: um momento inicial, de autoincapacitação temporária para cometer um crime determinado, e depois, no estado de incapacitação temporária, o cometimento desse crime determinado, por dolo ou imprudência. Isso é o que representa a *actio libera in causa* – e não a hipótese comum, do sujeito que chega a um bar, bebe demais e dá uma garrafada na cabeça do compadre, matando-o, definido depois como dolo direto, crime de homicídio qualificado. Para essas hipóteses, a lei penal alemã tem uma solução original, o crime chamado *Vollrausch* (embriaguez plena): se o sujeito comete um crime em estado de inimputabilidade por embriaguez voluntária ou culposa, recebe uma pena até 5 anos de privação de liberdade – e não como no Brasil, em que a pena é de 12 a 30 anos, por homicídio qualificado por motivo fútil. Então, naquelas hipóteses específicas não reguladas pela *actio libera in causa*, teríamos essa solução – o que seria uma coisa moderna.

E a questão da reincidência – alguém aqui falou da reincidência como uma espécie de “bruxa” –, venho criticando a reincidência há muito tempo, tanto a reincidência real quanto a reincidência ficta. Na verdade, a reincidência real exprime muito mais a falha do Estado no projeto técnico corretivo da prisão, como projeto de correção do condenado. Mas no Projeto de reforma, a reincidência infecta tudo. A reincidência afeta, porque prejudica ou atrasa a progressão de regime, ou seja, impede, exige mais tempo, dificulta a progressão entre os regimes, do regime fechado para o semiaberto e deste para o aberto. A consequência será o aumento desmesurado da população carcerária, pois as pessoas condenadas vão ficar muito mais tempo na prisão, por causa de uma bobagem, uma criação positivista que não significa nada, e que, na verdade, constitui um *bis in idem*, pois o sujeito está sendo punido duas vezes pelo mesmo

fato. Primeiro, foi punido pelo fato anterior; agora, a reincidência agrava a pena do fato posterior. No Projeto, a reincidência funciona como uma espécie de culpabilidade pela conduta da vida, não só agravando a pena, mas afetando todos os direitos, todos os privilégios ou benefícios que o condenado possa ter. Em conclusão, a reincidência infringe o princípio da culpabilidade – ou inversamente, o princípio da culpabilidade excluiria a reincidência. A reincidência ficta deve ser um indiferente penal.

E a questão do erro de proibição? O Prof. Juarez Tavares vai falar sobre isso, mas quero mencionar que abandonamos uma posição melhor, definida pela teoria limitada da culpabilidade, para adotarmos uma posição pior, da teoria extrema da culpabilidade. Agora, o erro de tipo permissivo é tratado como qualquer erro de proibição: se evitável, reduz; se inevitável, exclui a culpabilidade. E ficamos imersos nesse impossível juízo de evitabilidade, uma coisa inteiramente subjetiva, porque não temos um critério para medir a evitabilidade do erro. Na teoria limitada, existe uma vantagem: se o sujeito pratica um fato em situação de erro de tipo permissivo, não interessa se o erro é evitável ou inevitável, porque imediatamente exclui o dolo, restando a possibilidade de imputação por imprudência (ou culpa), se existir a forma legal respectiva – o que é algo completamente diferente. Eu considero isso muito simpático, porque reduz a repressão penal. São inconvincentes as razões para a alteração do critério da lei penal vigente, segundo a teoria limitada da culpabilidade.

E a questão da criminalização da pessoa jurídica? Toda a teoria internacional mostra ser impossível a responsabilidade penal da pessoa jurídica, isso porque a pessoa jurídica é incapaz de ação e incapaz de culpabilidade. Contudo, no Projeto, alguns juristas são adeptos da responsabilidade penal da pessoa jurídica – o que, me perdoem a expressão, é uma grande bobagem. Em primeiro lugar, a responsabilidade penal é fundada na psicologia individual, estou falando responsabilidade pessoal fundada em dolo ou culpa. Responsabilizar penalmente a pessoa jurídica é o mesmo que atribuir responsabilidade penal a coisas. Isso não é possível e também não é necessário. Afinal, para punir a pessoa jurídica é preciso que a infração seja cometida por decisão do representante legal ou de órgão colegiado. Nessas hipóteses, segundo a lei penal, seria possível punir a pessoa jurídica. Então, para que estabelecer um processo penal contra a pessoa jurídica, se o problema pode ser resolvido como simples efeito

da condenação? Ora, se o presidente, o administrador, o supervisor da pessoa jurídica forem condenados como pessoas físicas, pode se aplicar qualquer medida contra a pessoa jurídica, como efeito da condenação, desde a multa, a suspensão, até a interdição ou extinção. Assim, não haveria qualquer problema, mas um processo penal contra a pessoa jurídica, além de apresentar problemas insolúveis, é também desnecessário. Na linha do Projeto, temos que mudar o Direito Penal para adaptar à pessoa jurídica. E, segundo o Projeto, não são apenas os crimes ambientais, temos também os crimes contra a Administração Pública, contra a ordem econômica, contra o sistema financeiro – ou seja, o Projeto parece querer acabar com os princípios do Direito Penal do fato e da culpabilidade.

E agora, o princípio da lesividade – ou, como diz o Projeto, o princípio da ofensividade. Na verdade, eu já antecipei isso, o projeto fala, no artigo 14, que o fato criminoso exige ofensa potencial ou efetiva a determinado bem jurídico. Agora, vamos procurar na Parte Especial, esses fatos ofensivos a bens jurídicos, como ofensa efetiva ou potencial de bens jurídicos. E, de novo, a realidade é aquela imensa decepção. Vamos fazer apenas algumas indicações exemplificativas, a começar pela referência da Dra. Fernanda Tortima sobre o *cambismo*. Imaginem, o cambista não pode mais vender ingressos, porque está vendendo ingressos por valores que não correspondem ao valor impresso no bilhete. Mas, se o sujeito compra o bilhete do cambista e sabe que o preço do cambista é superior ao impresso, então consente no fato e o consentimento exclui o tipo ou justifica o fato, desfazendo o injusto. O consentimento do ofendido é uma cláusula de exclusão da tipicidade ou de justificação do fato. Sendo assim, nada explica o crime de cambismo no Projeto – ou onde está a ofensividade (ou lesividade) do fato?

E tem mais: o crime de *intimidação vexatória* – que é o famoso *bullying*. Agora, não se pode mais brincar com as pessoas, que já te olham atravessado e te imputam isto ou aquilo. A criminalização do *bullying* parece uma brincadeira de mau-gosto.

E os crimes de perigo abstrato – por que não foram extintos? O projeto está cheio de crimes de perigo abstrato. E crimes erigidos sobre bens jurídicos duvidosos – quem usou essa expressão foi o Luís Greco, aliás, numa crítica notável ao Projeto –, como os crimes contra a paz pública (onde aparece a punição excessiva da posse de arma de fogo), os crimes contra a saúde pública etc.

Ainda no âmbito do princípio da ofensividade, a esperança seria atribuir relevância penal explícita ao princípio da insignificância. É o princípio da lesividade que exige uma lesão relevante do bem jurídico para a tipicidade do fato, porque lesões insignificantes não são suficientes para a tipicidade. E o que fizeram? Criaram uma norma que não só é obscura, mas que também contém exigências excessivas: o artigo 28, §1º, dispõe que, para configurar a insignificância, é necessário uma mínima ofensividade da conduta do agente (por que não “pequena”?), um reduzidíssimo grau de reprovabilidade da conduta (por que não apenas “reduzido”?) e a inexpressividade da lesão jurídica provocada (por que não “pequena expressão”?). Acabaram com o princípio da insignificância.

Sabem o que falta no Projeto? É humanidade, amor ao próximo. É muito fácil fazer uma lei e colocar uma pena de 5 ou de 10 anos de prisão, porque é o outro, um estranho, que cumpre a pena e fica sofrendo, não é o Legislador.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, não temos norma específica que o institua: não está definido na Constituição, mas é deduzido de seus enunciados mais gerais. Talvez, o princípio da igualdade fundamente a proporcionalidade. Então, esse princípio, mediante os critérios da adequação, da necessidade e da avaliação (ou proporcionalidade concreta), proíbe excessos punitivos, o chamado *übermassverbot* – mas não inclui a proibição de insuficiência de punição, como pretendem alguns juristas brasileiros. Segundo ensina Robert Alexy, o princípio da proporcionalidade exerce a função de otimizar as possibilidades da realidade e do Direito. Se a Comissão de Juristas tivesse se detido no princípio da proporcionalidade – como diz ter feito, mas não fez –, descobriria, no plano da otimização da realidade, os princípios da adequação e da necessidade, integrantes daquele. O princípio da adequação pergunta o seguinte: a pena criminal é um meio adequado para proteção do bem jurídico? Se a resposta for sim, então temos um meio adequado, entre outros, por exemplo, do Direito Civil, ou do Direito Administrativo. E seguimos com o princípio da necessidade, novamente perguntando: essa pena, definida como meio adequado, é também um meio necessário para a proteção de bens jurídicos? E se a resposta é afirmativa, já temos a pena como um meio adequado e um meio necessário, mas não temos o terceiro elemento, o da otimização das possibilidades do direito, chamado princípio da avaliação ou da proporcionalidade concreta, que propõe a pergunta: se a pena cominada, conside-

rada adequada e necessária para proteção do bem jurídico, é igualmente proporcional à lesão do bem jurídico? Essa pergunta pode ocorrer tanto no nível legislativo (cominação), como no nível judicial (aplicação), para saber se a pena cominada ou aplicada é proporcional à lesão abstrata ou concreta do bem jurídico – ou seja, tanto do ponto de vista abstrato da lei, quanto no ponto de vista concreto da aplicação judicial. Assim, o princípio da proporcionalidade proíbe penas excessivas ou desproporcionais em face do desvalor da ação (dolo ou imprudência) e do desvalor do resultado (lesão do bem jurídico). Mas, conforme indicado, não pode ser usado em sentido contrário, como proibição de insuficiência, ou de criminalização mínima, como pretendem certos teóricos do Direito. Idêntico erro cometem os que usam o princípio da legalidade para impedir aplicação da pena abaixo do mínimo legal, no caso de circunstâncias atenuantes obrigatórias. O princípio da legalidade é estabelecido em favor do acusado, proíbe pena acima do máximo, mas não abaixo do mínimo.

Fazer leis é muito diferente de aplicar leis, mas quero dizer o seguinte. Em relação à proibição de penas excessivas, verificamos que o Projeto se caracteriza por um punitivismo desvairado, desmedido, absurdo e irresponsável. Medir o tamanho das penas parece uma coisa simples, abstrata, mas cumprir uma pena de 5 ou de 10 anos, por exemplo, contando os dias e as horas, com a família lá fora, as filhas se prostituindo para sobreviver, é um sofrimento infinito. E voltamos, novamente, para as penas excessivas dos crimes hediondos e de todos os crimes da parte especial do Projeto. E o excesso de rigor imposto pela reincidência, que restringe ou exclui a progressão do regime. E ainda a questão da reunificação de penas: o sujeito, depois de condenado por vários crimes, perfazendo um total superior a 30 anos, a pena é unificada em 30 anos. Então, se o condenado pratica novo crime após o início do cumprimento da pena, faz-se a reunificação em 30 anos, desprezando-se o tempo de pena já cumprido. No Projeto, sabem o que fizeram? Aumentaram o limite máximo para 40 anos, no caso de reunificação das penas. Agora, além de desprezar o tempo de pena cumprido no limite de 30 anos – que já é um absurdo, em termos internacionais –, aumentaram esse limite para 40 anos, no caso de reunificação por novo crime após início de execução da pena. E o pior, é que os autores do Projeto acreditam na pena como instrumento de correção de problemas sociais, ou como forma racional de enfrentamento de problemas sociais.

Por último, o princípio da humanidade. O princípio da humanidade está na Constituição, ligado ao princípio da *dignidade da pessoa humana*, inscrito no artigo 1º, inciso III. O princípio da humanidade proíbe a cominação, a aplicação ou a execução de penas cruéis. Por exemplo, pena de morte, perpétua, trabalhos forçados, banimento, castração, mutilação etc. Mas podemos perguntar: existe pena mais cruel do que a reunificação das penas, que eleva o máximo para 40 anos, quando se pratica um novo crime após o início de execução? Isso é cruel, como cruel também é o RDD.

E as medidas de segurança? O prazo mínimo é igual à pena cominada ao fato praticado pelo inimputável. Isso é um avanço, porque o Código Penal vigente não prevê essa limitação. O Projeto incorpora uma proposta inspirada em alguns autores, como Miguel Reale Jr. e outros, no sentido de que a duração da medida de segurança deve ser igual à duração da pena cominada ao fato. Mas por que não seguir a orientação da 5ª Câmara Criminal do TJ gaúcho, que propõe um critério melhor: o prazo da medida de segurança deve ser igual ao da pena que seria aplicada, em concreto, se o sujeito fosse imputável. Faz-se um cálculo da pena aplicável, se o autor fosse imputável, e a medida de segurança não pode ser superior a essa pena. Isso parece justo, então por que não adotar? O que propõe o Projeto viola o princípio da humanidade, pois diz assim: nos crimes com violência ou grave ameaça, a duração da medida de segurança é de 30 anos, se persistir a periculosidade. E se o fato praticado for uma simples lesão corporal, o inimputável deve permanecer internado durante 30 anos?

Ainda sobre o Projeto, as referências são exemplificativas, não exaustivas – afinal, onde abrirmos o Projeto, encontraremos motivos para crítica. O Projeto violou todos os princípios do Direito Penal, não seguiu nenhum dos princípios do Direito Penal. É absolutamente autoritário, repressivo, punitivo. As críticas não são algo pontual, isolado ou casual, os problemas acontecem em massa, de forma sistemática, aos montões, de cambulhada, de enxurrada, por toda a parte.

Agora, retomando o princípio da proporcionalidade, poderíamos talvez perguntar: essa reforma do Código Penal, é adequada? Evidentemente, não. É absolutamente inadequada a reforma proposta, por razões políticas, científicas, ideológicas. Para ser breve: seria muito melhor deixar tudo como está. Vamos completar a pergunta: essa reforma é necessária? Quanto à Parte Geral do Código Penal, posso responder, com toda

sinceridade, que não é necessária. Não precisamos de uma reforma da Parte Geral, precisávamos somente de pequenos ajustes, por exemplo, na questão do erro de proibição, nas penas restritivas de direito (maior clareza e ampliação de hipóteses), enfim, pequenas coisas que poderiam ser resolvidas com facilidade.

Agora, quanto à Parte Especial, a reforma seria necessária? Neste ponto, temos de concordar: ela é necessária. A incorporação da legislação extravagante, conforme o princípio da codificação, para que todos os aplicadores e os destinatários do Direito Penal saibam onde estão as normas penais, isso é importante. Mas essa comissão de juristas perdeu a oportunidade de fazer uma verdadeira reforma da Parte Especial: uma incorporação seletiva da legislação esparsa no Código Penal. Mas o que fizeram foi pegar toda a legislação penal extravagante, inclusive lei penais da época da ditadura militar, permeadas de tipos penais mal escritos, com penas absurdas e jogar tudo isso, embutir tudo isso, no Projeto. Foi isso o que fizeram, sem nenhuma seleção, sem nenhum critério crítico, sem uma verdadeira descriminalização ou despenalização, por exemplo, dos crimes de bagatela, dos crimes de detenção ou de ação penal privada e outros que precisam ser banidos do Código Penal. Ao contrário, em vez de reduzir, ampliaram o Direito Penal, elevando contravenções à categoria de crimes. Mas para fazer uma descriminalização radical é preciso coragem – além de compreender que o Direito Penal não pode resolver problemas sociais. Na verdade, como mostra a Criminologia, o sistema criminal é criminogênico, reproduz e amplia a criminalidade. Precisamos encontrar outras respostas, seguindo a ideia de Radbruch, sempre citada por Sandro Baratta, segundo a qual não precisamos de um Direito Penal melhor, mas de qualquer coisa melhor do que o Direito Penal.

E não só descriminalização, mas também despenalização, porque a vítima não está interessada na punição, mas na reparação do dano ou na restituição da coisa. E também desinstitucionalização, no sentido de desinstitucionalizar a execução das penas e das medidas de segurança detentivas. Hoje, a Itália tem a lei Basaglia, que aboliu os manicômios judiciais. Basaglia, como todos sabem, foi um psiquiatra, também um criminólogo, que assumiu a direção de um hospital psiquiátrico, um manicômio, na Itália, e chegou à conclusão de que as doenças mentais, como a esquizofrenia, são problemas vinculados à falta de amor. Chamou os parentes responsáveis pelos doentes e disse-lhes que o problema dos do-

entes era a falta de amor. E que se tratados com carinho, seriam pessoas normais. E pediu que levassem seus doentes para casa, onde a imensa maioria se restabeleceu e nunca mais voltou para o manicômio. Essa experiência originou a lei Basaglia, que extinguiu os manicômios judiciais, na Itália. No Brasil, também todos sabemos, o chamado Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico é um “inferno”, não existe imagem e cheiro pior. Então, por que não acabar com isso, aqui também? Mas, no projeto, pelo contrário, criaram ainda mais problemas, inclusive com aumento de tempo de internação.

E por falar de desinstitucionalização, o Projeto acabou com a suspensão condicional da pena e com o livramento constitucional. Por quê? Esses institutos poderiam ser revitalizados e otimizados. No mundo inteiro, aplica-se o livramento condicional (ou *parole*), aplica-se o *sursis* (ou *probation*), mas o Projeto pretende acabar com esses institutos, no Brasil. Onde estão com a cabeça? Onde entra a criminologia? E a política criminal?

Então, finalmente, vocês podem perguntar: mas o Projeto não tem méritos? E eu respondo: sim, o Projeto tem alguns méritos. Ninguém pode negar que a descriminalização da droga foi um ato de coragem. Aplauda a descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal e de plantas para preparar drogas para consumo pessoal. Também merece aplauso a descriminalização do aborto, nas hipóteses de risco para a vida ou saúde da mãe, de gravidez lesiva da dignidade ou por métodos não consentidos, de feto anencefálico ou com anomalias graves e, especialmente, por vontade da gestante sem condições psicológicas para a maternidade, até a 12ª. semana de gestação. Claro, aqui existe a oposição religiosa, trata-se de questão carregada de emoções, mas não é possível continuar o genocídio que a proibição do aborto produz. São milhões de mães que morrem ou sofrem lesões muito sérias porque não podem fazer o aborto no SUS. No caso de aborto por vontade da gestante, nós nos aproximamos da lei alemã, que é ainda mais simples: até a décima segunda semana de gestação, se a gestante manifestar a vontade de abortar, após passar por um procedimento prévio de aconselhamento, recebe um atestado e pratica o aborto em qualquer hospital. Neste ponto, o Projeto representa um avanço.

Por último, a questão da eutanásia também merece palmas: a permissão da ajuda passiva à morte de pacientes terminais que querem

morrer, com o prévio consentimento deles – aliás, o que já ocorre em hospitais, com a suspensão de métodos paliativos em pacientes terminais, precedido de consentimento. O Código Penal deve disciplinar essa questão, atualmente regulada pelo Código Civil, que fundamenta a intervenção cirúrgica e o tratamento médico, em geral, no consentimento do paciente. Não obstante, todas essas mudanças meritórias poderiam ser introduzidas por uma simples lei penal – sem necessidade de um novo Código Penal.

Os defeitos do Projeto são muito maiores do que seus méritos. O Projeto de reforma do Código Penal, não é somente um esforço inútil. É mais do que isso: representa um menoscabo à inteligência jurídica brasileira. É uma agressão contra os direitos humanos do cidadão. É um momento deplorável na história do Direito Penal brasileiro, que nos expôs à chacota e ao ridículo universal. Ou, nas palavras, de Luís Greco, nos expôs à gargalhada do mundo. Em conclusão – e sinceramente: espero que esse projeto não se transforme em lei. Seria uma desgraça nacional. Muito obrigado! ❖