

IDÉIAS PARA UM NOVO DIREITO PENAL

FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO
Ministro Aposentado do STJ; 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 inculcadas 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 incumbem 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 influiu 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 a 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 intranquilizado 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