

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., tornando 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 indi-

vidualização 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 gê-

nio 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 aplica-

ção de sanções idênticas ou análogas as destinadas aos delinquentes 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.

Nossos Princípios Básicos de Direito Penal, Saraiva, 5ª ed., p. 14._ Três Temas de Direito Penal, Estudos MP 7, p. 59._ Publicada in Ensaios Jurídicos, IBAJ, v.2, p. 239 e ss._ Tratado, trad. Espanhola, 2º vol., p. 1194/5._ Comentários, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, 2º vol., p. 7.