

FUNDAMENTOS DA REFORMA PENAL

Ricardo Antunes Andreucci*

1 — Explicação Inicial; 2 — Pressuposto Político; 3 — Dimensão Humana; 4 — Liberdade e Culpa; 5 — Pena Retributiva; 6 — Conclusões.

1 - A reforma penal brasileira veio sendo gradualmente maturada, como bem atestam os esforços dispendidos com o Código de 1.969 e o advento da Lei nº 6.416, de 1.977.

A consciência de todos, não apenas dos juristas, continha a premência da mudança. Os penalistas, especificamente, sazonavam soluções visto que o dilema penal não mais suportava retardamentos.

O Anteprojeto de 1.981 decorreu desta tendência nascida não de reclamos teóricos, mas da criminalidade crescente e da contundente realidade carcerária. A reformulação, porém, não pode ser creditada a missão isolada de alterar os padrões atuais, já que a parcela não se confunde com o conjunto.

Nesta comunicação busquei reunir o que havia meditado antes da elaboração do Anteprojeto, dando unidade sistemática ao que estava disperso, de molde a organizar o que considero as bases doutrinárias da mudança estatutária, notadamente daquelas que se relacionam com as penas.

Tal orientação visa não só o registro histórico como também a melhor compreensão, a partir de suas premissas das alterações sugeridas. Um novo estudo, agora, talvez viesse a ser a manifestação de uma defesa in-

* Professor Livre-Docente da Universidade de São Paulo

consciente do Anteprojeto, o que não seria desejável numa discussão científica.

O texto legal aventado, demais e antes de mais nada, é uma proposta inicial, um rascunho preliminar, razão pela qual a sua depuração e aperfeiçoamento, no todo ou em parte, está na dependência do debate jurídico e das conclusões que daí advierem.

Fica também consignado, assumindo a responsabilidade pelos defeitos que contiver, que o sistema de penas derivou de projeto inicial de Reale Júnior e meu, conjugado posteriormente com outro de René Dotti. A Comissão, em sua composição integral a qual viera, de fato, Sérgio Pitombo, incumbiu-se de desbastá-lo e melhorá-lo.

2 - A reforma de 1.981, abrangente da legislação penal, processual penal e de execução penal, trouxe consigo um sistema ideológico que se infiltra nos três esboços de ordenações jurídicas.

Um Código, para refletir o prospecto cultural de um dado momento, deve ser organizado de modo a compor um pensamento ordenado desde os seus pressupostos.

O primeiro, e mais relevante destes, diz com a opção política imprescindível: "repetindo Bettioli, o Direito Penal é uma política.

A sua exegese só pode ser realizada a partir de e para a política, ficando o tecnicismo jurídico como método, e não como filosofia, capaz de desvendar a logicidade do ordenamento jurídico.

A política opera sobre tais elementos, colorindo-os com o axiologismo próprio da hermenêutica. A não ser assim seria difícil pensar o Direito ou pensá-lo autenticamente, visto que as ciências, até mesmo as exatas não ficam imunes, como pondera Reale, ao contingente humano do cientista.

Tal opção, para mim, conduz a uma resposta marcadamente liberal, libertária se quiserem.

Opção pelo liberalismo como valor político condicionante do Direito Penal.

Opção, em consequência, anti-autoritária, qualquer que seja a vestimenta que o autoritarismo possa usar, acarretando esta escolha o impedimento do seu ingresso no Direito Penal" (1).

1 — "Violência Institucional. Repressão e Direitos Humanos". In: Seminário sobre a Criminalidade Violenta. Ordem dos Advogados do Brasil - Conselho Federal, 1980, p. 120. Sentindo a reunião ideológica — liberalismo e Estado e Direito — assentada como premissa do anteprojeto, Zaffaroni: "de mantenerse la relación y aunque más no fuese como cabala-el reciente proyecto de código penal anunciaría una nueva etapa política, estaría queriendo anunciar una etapa de profundo respecto por el hombre, que procura la seguridad jurídica por un camino realista y que demuestra acabadamente que la técnica no debe confundirse con la "tecnocracia", puesto que la última es una patología de la primeira. La técnica es un medio al servicio del hombre, en tanto que la "tecnocracia" es una absolutización de la técnica, su indebida elevación de medio a fin, en que se pierde de vista al hombre, aplastado por un *art pour l'art* sin timon ni ancla". (Reflexiones acerca del anteproyecto de ley sobre la parte general de Código Penal del Brasil", inédito)

3 - O liberalismo exige a construção de uma imagem de homem correlata, fundamental para que o Código surja como "lucidus ordo". A sua carência estigmatizou o nosso Código de 1.969, levando-o a soluções conflitantes e desarmônicas (2).

"A figura humana não pode ficar obscurecida ou toldada para que sejam dadas soluções aos problemas emergentes. Não deve ficar *neutralizada*, dissolvendo-se o seu sentido por aporético, visto que a consequência será a *neutralização* do próprio Direito Penal" (3).

O homem deve ser colocado "no âmago das indagações, com a dignidade de ser humano livre e responsável, marcado para decidir e agir, apesar da finitude de suas possibilidades, tentando atingir o seu "eu originário". Pouco interesse aqui, portato, a inconveniência proclamada do emprego de expressões genéricas como *existencialismo*, sob a observação de que diversas, e não uniformes são as posições dos filósofos indicados. Basta que o tema seja sempre a compreensão da existência, do eu limitado, mas constrangido a ser livre, arremessado no mundo.

Complementares, na medida em que se entrosam, o historicismo axiológico e a filosofia existencial, destacando-se sempre a pessoa humana como fonte de valores, nascidos estes da liberdade.

Esta imagem do homem, que parece verdadeira, é premente num momento em que se assiste aos Estados inflando mais e mais com a autoridade e o poder. Resta como a única forma de guarnecer o indivíduo contra os ataques que possa receber e que recebe. Os Estados, comprimindo-o, demarcam a sua esfera de atividades com fronteiras cada vez mais estreitas, ecoando intensamente estas medidas no interior do Direito Penal, que corre o risco de terminar servindo aos sistemas e não às pessoas" (4).

4 - Resulta que "as duas posições tradicionais, livre-arbítrio de um lado, e determinismo do outro, tiveram o seu radicalismo peiado. Consolidou-se a idéia de que o homem é em parte limitado e em parte livre, como uma senda que arremete entre dois extremos, vivendo com o que se chamou de "determinismo mole".

2 — "O concurso de crimes no novo Código Penal". In: *Ciência Penal*, 1975, ano II, nº 1, p. 85.

3 — "Dimensão Humana e Direito Penal". In: *Ciência Penal*, 1974, nº 2, p. 199.

4 — "Dimensão Humana", cit., p. 202, 208. Zaffaroni creê no anteprojeto, claramente, "una imagen del hombre. Queda totalmente superada la ambivalencia del código vigente en el que el neo-idealismo de Giovanni Gentile, llegado al derecho penal con la obra legislativa de Rocco reúne lo peor del positivismo ferriano con lo peor del idealismo penal. En el proyecto se arrumba definitivamente el "embuste de las etiquetas" de Kohlräusch y se encara la realidad de un hombre responsable que, siempre dentro de una circunstancia — como que jamás puede ser de otra manera — es capaz de una lección que funda su culpabilidad penal. De esta manera se desplaza la dramática ficción del pensamiento idealista actual concretada en el *doppio binario*". (*Reflexiones acerca del anteproyecto de ley sobre la parte general del Código Penal del Brasil*", cit.)

O determinista fático e fatídico ficou excluído. A liberdade anárquica como potencialidade infinda também. Restou a existência, que suporta os entraves do mundo, inclusive do mundo social" (5).

O Direito Penal da Culpa teria que aderir à sequência. "A porta para o mundo, para a vida e para a existência está na culpabilidade" que "se abre através da não exigibilidade de conduta diversa, fundamentando a re-provação ínsita na concepção normativa da culpabilidade, mesmo e apesar de profundas divergências entre os adeptos desta teoria".

Bettioli "coloca o homem no centro do sistema, tornando-o anti-sistema na medida em que é analisado atuando na vida e no mundo, sentindo o imperativo que pode ser seguido ou transgredido, como decorre da filosofia existencialista. Justifica-se, assim, o juízo de censura e intensifica-se o sentido ético do Direito Penal" (6).

"A censurabilidade, decorrente da exigibilidade de conduta diversa, como juízo, somente pode ser formulada corretamente a partir do conhecimento daquele sobre o qual incide, das condições existenciais em que projetou seu ato. Análise, conseqüentemente, não ao nível da Criminologia tradicional, que reduzia tudo ao mecanicismo da natureza, devendo-se falar, como faz Pelaéz, em uma criminologia pluridimensional em razão das múltiplas técnicas de investigação, porque a realidade do crime e, pois, do homem, é particularmente complexa e rebelde. Uma criminologia que estude o homem integral, tal como proposto por sua imagem, para que este possa assumir a sua dimensão no Direito Penal; do homem que é enquanto deve ser, realizando a cultura e fazendo-se na história com a liberdade e com a sua insuprimível singularidade, inventando-se a cada momento, existindo nas circunstâncias, biologia, psicologia, sociologia, culturalismo, fenomenologia, axiologismo, análise existencial, enfim, uma teoria multifatorial como única forma da compreensão global" (7).

5 - Da dimensão humana e da culpabilidade surge a pena retributiva, porque revogada hoje a euforia do positivismo e da defesa social.

"A idéia da reeducação, levada ao seu extremo lógico, terminar por sujeitar o condenado ao Estado por tempo indeterminado e, portanto, ao arbítrio, motivo pelo qual os totalitarismos sempre optaram pela defesa so-

5 — "Diagnóstico da Pena". In: Revista dos Tribunais, 1979, vol. 523, p. 316.

6 — "Dimensão Humana", cit., p. 211 212 e 215.

7 — "Dimensão Humana", cit., p. 215 216. Conclui Zaffaroni que "detalles y no tan detalles, tales como la impunidad de la tentativa inidonea sea a título de pena o de medida, ya consagrada en el Código Republicano, la vuelta al sistema del día-multa, que con derecho puede llamarse "sistema brasileño" en lugar de "nórdico", por su antecedente imperial, o la eliminación de cualquier referencia a la desafortunada "habitualidad" y la "medida" que suele seguirla, nos revelan que nos hallamos con una concepción de la política criminal firmemente asentada en el culpabilidad, lo que configura una nueva línea latinoamericana de la legislación, que continúa y mejora considerablemente la línea ya anunciada en el Código de Colombia del año pasado". (Reflexiones acerca del anteproyecto de ley sobre la parte general del Código Penal del Brasil", cit.)

cial e não pela retribuição. Poderá o Estado, como adverte Bettiol, influir no setor pedagógico, atuando sobre a formação mental e espiritual do preso, inculcando os valores que preferir. Mesmo que isso não ocorra, perguntar-se-á até que ponto a sociedade pode interferir na consciência individual do condenado, inculcando-lhe o modelo médio e conveniente a ser seguido, ou, em outros termos, se pode forçar a aceitação de um tipo de homem, violando a liberdade interior da consciência, atuando como instrumento opressivo, sabendo-se que a ninguém pode ser imposta a virtude". Quanto a emenda, ela "poderá suceder ou não, posta como livre opção do homem diante dos valores, pelo que se propiciará ensino normal, trabalho, assistência médica, ambiente carcerário isento de fatores criminógenos". (8).

"Pena, entretanto, não é apenas a resultante destes aspectos, já que, como o crime, é entidade cultural, integrando a tríplice perspectiva de fato, valor e norma. E se é produto dessa conjugação, somente pode ser vista dentro do processo histórico, como um produto cultural condicionado também no tempo e no espaço.

A pena não é sozinha. Pouco adianta o penalista meditar tão somente ao derredor de seus clássicos fins, porque necessita compreender o que ela significa em dado instante, como componente do processo político-econômico-social".

"A montagem tecnocrática do Estado leva-o a uma racionalidade suprema e, ao mesmo tempo, a uma neutralidade valorativa. O que resulta é a vida social programada como obra de engenharia extensiva, atingindo os âmbitos político, social, familiar, do trabalho, da emotividade e do lazer.

Dentro desta imensa programação tecnocrática, tem seu lugar a pena, vista sociologicamente como instrumento de controle social. Torna, com eficácia, pacífica a área de dominação e permite a absorção da contestação criminal representativa de uma negação".

A pena "ficou operacional, neutra, ampla, exigindo que se postule, para reintegrá-la no seu campo adequado, não apenas a liberdade política, mas uma política de liberdade" (9).

As bases até aqui expostas conduzem diretamente ao sistema de penas do anteprojeto, que nelas se assenta, denotando a aceitação de uma concepção clássica.

O engano, porém, "é pensar que a retribuição se identifica com as penas privativas de liberdade e com a destruição da pessoa. O castigo não equivale a destruição, mas sim a punição. A sua redução à supressão da liberdade significa confundir tudo com a falta de imaginação do legislador, já que outras sanções menos lesivas e mais proporcionais podem ser postas

8 — "Dimensão Humana", cit., p. 220/221 e 222.

9 — "Diagnóstico da Pena", cit., p. 318/319.

em uso. A proporção é algo que se visualiza no tempo e no espaço, o que leva hoje a um abrandamento obrigatório, mas não à eliminação da retribuição em si. Não se nega assim, por exemplo, que as penas curtas de prisão devam ser substituídas pela multa, ou por outras, como a suspensão condicional ou as penas acessórias erigidas em principais. A corrupção do cárcere superaria o castigo justo" (10).

"O juiz quando realiza a dosagem não tem em mente, e nem poderia ter, a violência da prisão como instituição global (Elleberger, 1974; Goffman, 1974; Thompson, 1976), e não cogita, também, das deficiências particulares como a superpopulação, os atentados sexuais, a falta de ensino e de profissionalização e a carência de funcionários especializados.

Todas essas circunstâncias autênticas compõem sofrimentos que se adicionam àqueles inerentes à sanção. No seu sentido diário, ela é muito mais dolorosa do que a privação de um bem jurídico, como a definem os penalistas teoricamente, porque acumula uma carga de dor muito superior à prevista em lei.

Sobrepassando tudo está a convicção de que o encarceramento, a não ser para os denominados presos residuais, é uma injustiça constante, principalmente porque entre eles não se incluem os agentes da criminalidade não convencional. Inútil alongamento sobre o tema. O anátema sobre a prisão está ancorado há longo tempo na falta de imaginação que vem caracterizando as soluções repressivas.

"As respostas à Criminalidade devem ser revistas pela ciência, mas devem surgir da base, da história e do povo". (Beristain, 1977). A reformulação do sistema de penas impõe-se como obrigatória. A pena é castigo, mas castigo é apenas a prisão. Fala-se em penas alternativas à prisão, mais do que isso, é preciso que esta se converta em alternativa para as outras e não ao contrário. Que sejam penas principais o ressarcimento do dano, a multa, as interdições de direito, a prestação de serviços à comunidade, em relação às quais a prisão representará a exceção e não a regra, "inserida no derradeiro lugar do rol das sanções, como último recurso, *ultima ratio* do sistema que deve ser reservado exclusivamente aos casos em que não haja outra solução" (Fragoso, 1979; Cons. Borts, 1980).

As represálias, maleáveis então, sem ferir o princípio da reserva legal, terão condição de operatividade justa. Não se estará convalidando a idéia de que a história da pena é a da sua constante abolição porque a sua história é a da humanidade que antes superou as penas ditas cruéis e infamantes e agora supera o de prisão. À consciência cultural, na maioria dos casos basta sentir a reprimenda que se corporifica nas penas alternativas" (11).

10 — "Dimensão Humana", cit., p. 220, nota 47.

11 — "O Direito Penal como Justo". In: Revista da Associação dos Magistrados do Paraná, 1980, ano 5, p. 22-24.

6 - Por derradeiro, a elaboração de um Código "suscita sempre a pergunta sobre a legitimidade dos institutos que alberga, até sobre aqueles que são mantidos sem qualquer renovação, persistindo como antigos modelos legais nos seus elementos e relações.

Uma lei nova, por si só, não permite que se afirme que a melhoria venha implícita, quase como uma decorrência lógica, impondo, ao contrário, uma verificação porque a manutenção de um instituto inadequado será involução e regresso".

"O momento é o da mais aguda crise no mundo jurídico, refletindo o que se desenvolve, em geral, no mundo humano. As normas deixaram de representar o existente no âmbito social, denotando uma profunda fratura, além do que os valores tradicionais vêm sendo postos em dúvida, sugerindo a necessidade de outros mais capazes de servir como critérios de orientação de conduta.

Dentre as várias alternativas propostas para equacionar corretamente o Direito, vem, para alguns, como lembra Nuvolone, a reforma da legislação. Tal artifício poderia restaurar, segundo pensam, o ponto de equilíbrio alterado e que se tornou instável pela ruptura deflagrada entre as normas e a realidade. A corrente reformista, para atingir a sua finalidade, contudo, não pode se descuidar do conteúdo das novas regras e dos objetivos a que se propõe. A amplitude do estudo — reforma de um Código — muitas vezes torna ainda mais inviável o seu desiderato, a não ser que seja precedido de larga e ponderada meditação da qual participam, em conjunto, os reformadores, os juristas e os interessados em geral, estes últimos colaborando com sugestões e críticas" (12).

O prazo para sugestões, os congressos, os seminários e os ciclos de debates representam à evidência, o início do período durante o qual o Anteprojeto será revisado por todos, numa reflexão conjunta que precederá aos trabalhos da Comissão Revisora e ao futuro processo legislativo.

Ainda um longo caminho.

2 — "O concurso de crimes", cit., p. 84/85.