

## A REFORMA DA LEGISLAÇÃO PENAL (\*)

Helena C. Fragoso

1. Somos todos reconhecidos aos nossos excelentes colegas de Minas Gerais que se lançaram à tarefa excepcional de realização deste congresso. É este um congresso que não tem dono. Não há entidade encarregada de promovê-lo e de organizá-lo. Por isso mesmo, ele não tem data certa para realizar-se. É um congresso que se celebra de vez em quando, sempre que um grupo valoroso de companheiros decide levar adiante a difícil tarefa.

2. Desta vez é de justiça destacar os nomes dos professores LOURIVAL VILELA VIANA e JAIR LEONARDO LOPES, bem como os dos professores MARCOS AFONSO DE SOUZA, JOSÉ CIRILO DE VARGAS e SIDNEY SAFE DA SILVEIRA, aos quais rendemos nossas homenagens, que se estendem também aos órgãos que tornaram possível a realização do conclave. Pessoalmente agradeço aos responsáveis pelo Congresso por me terem convocado para falar na cerimônia com que se abrem nossos trabalhos, pedindo desculpas pelo desalinho de minha contribuição. Ela teve de ser preparada a partir da convocação recebida na última sexta-feira.

3. Realiza-se este sexto congresso no momento em que vai adiantada a reforma de nossa legislação penal. Dela vamos nos ocupar, notadamente do que se refere à Parte Especial do CP e dos projetos de Código de Processo Penal e de Lei de Execuções Penais. Os penalistas são convocados para o estudo dos critérios de criminalização e do exame das figuras de delito que devem ser introduzidas ou retiradas do sistema.

4. Convém lembrar, no momento em que se empreende uma tarefa dessa natureza, algumas conclusões a que nos leva a ciência penal de nosso tempo. Tem-se dito, nos últimos tempos, que o sistema repressivo do Estado está em crise, pela falência dos princípios que o justificam, ou seja, pela funda divergência entre as aparências, que correspondem à função ideológica do sistema, e suas terríveis realidades.

5. O sistema se funda na prevenção. A incriminação de certos comportamentos pretende evitá-los. Pretende-se, através da ameaça penal, influenciar o comportamento humano, para que não se realizem certas ações ou omissões que constituem ou provocam dano ou perigo de dano a certos valores da vida social.

6. A gravidade da ameaça, ou seja, a quantidade de pena com que será punido quem transgredir a norma penal está em função da gravidade da ofensa, mas aqui não existem critérios objetivos. Tudo fica entregue, mais ou menos, à sensibilidade do legislador. Não são estranhas, aqui, também razões que se fundam no propósito de afastar os possíveis transgressores da ação delituosa, ameaçando a sua realização de mal particularmente grave. É sempre inerente ao sistema um certo terrorismo penal.

7. Indaguei, certa feita, de NELSON HUNGRIA, qual o critério para a cominação das penas no código vigente. E ele me respondeu que não houve critério algum, nem se fez qualquer estudo comparativo. As penas foram fixadas de forma inteiramente arbitrária, dando lugar a manifestas incongruências.

8. No momento em que ocorre a transgressão, a pena também se justifica pela prevenção. Punimos os transgressores para mostrar a seriedade da ameaça, ou seja, para que todos vejam o que acontece com os transgressores. E também para que o transgressor, sendo punido, trate de não repetir a ação delituosa. Na condenação, pretende-se a recuperação social do delinqüente, promovendo, através da execução penal, a sua volta à sociedade em condições de não mais praticar crimes.

9. A experiência veio mostrar que o sistema se funda em ficções. Não está demonstrado o efeito preventivo da ameaça penal, que representa, para os juristas, como dizia MARC ANCEL, uma espécie de crença. Parece claro que o crime é um fenômeno sócio-político que se deve principalmente a condições estruturais da formação social, que não são afetadas pela ameaça penal. Não é com o direito penal que se controla o fenômeno da criminalidade. As Nações Unidas têm insistido na necessidade de compreender que a tarefa essencial é a que se relaciona com a qualidade da vida, devendo a prevenção da criminalidade constar dos planos de desenvolvimento social.

10. Para explicar, entre nós, o aumento da criminalidade, indiferente à severidade do sistema repressivo, basta considerar a marginalização crescente de extensas faixas da população, através de uma ordem sócio-econômica que se caracteriza pela profunda desigualdade e pelo empobrecimento constante dos que vivem de salário. A economia em recessão produz desempregados em ritmo crescente. Temos 6,5 milhões de "bóias-frias", que constituem a maioria de nossa força de trabalho no campo. Basta, também, para explicar o crescimento da criminalidade considerar a situação terrível dos menores carentes nos grandes centros urbanos. Constituem, esses menores, o exército de reserva da criminalidade. Estatísticas recentemente publicadas vieram mostrar que os menores praticaram mais ações definidas como crime em 1983 do que em 1982, sendo o aumento de 30%. Fatos que constituem infrações contra o patrimônio aumentaram em 63 %.

11. Devemos saber, pobres juristas que somos, que nenhum poder temos para atuar sobre os fatores que influem sobre a criminalidade. Quando ameaçarmos com penas determinadas ações, vamos apenas propiciar o exercício de um poder medíocre, o poder de mandar para a cadeia os pobres e desfavorecidos que constituem a clientela do sistema.

12. Por outro lado, já ninguém discute a falência completa da pena privativa da liberdade. A filosofia correcional que tem inspirado a pena privativa da liberdade está em completo descrédito. O confinamento produz efeitos devastadores sobre o espírito humano, conduzindo a instituição total à deformação da personalidade, que se

ajusta aos padrões anormais do mundo carcerário. A prisão é uma realidade violenta, que apresenta contradição insolúvel entre os fins de custódia e tratamento. Como se dizia no V Congresso da ONU, realizado em Genebra, em 1975, o problema da prisão é a prisão. É significativa a falência da prisão em países influentes do primeiro mundo, que investiram somas fantásticas em seus sistemas carcerários. É o caso, por exemplo, dos Estados Unidos e da Suécia, países que adotaram amplamente o ideal de reabilitação através da pena e que abandonam hoje esse ideal. A pena indeterminada, adotada pela legislação americana, como uma espécie de remédio, que deveria cessar com a cura do enfermo, caiu em completo descrédito. Verificou-se, depois de larga experiência negativa, que a pena indeterminada é instrumento de arbítrio das juntas de livramento condicional, constituindo elemento de perseguição de negros e pobres. Reclama-se, hoje, a volta ao sistema de penas fixas (*flat sentencing*). Na Suécia, o Conselho Sueco de Prevenção do Crime recentemente recomendou a revisão completa do vigente sistema correcional, em face das altas taxas de reincidência. Aos problemas gerais de todas as prisões, acrescentamos os que são comuns nas nossas: a superpopulação, a promiscuidade e a ociosidade. No Rio de Janeiro há hoje 3.000 pessoas presas em xadrezes policiais por falta de vaga no sistema prisional, que abriga cerca de 9.500 presos.

13. Sabemos hoje, com segurança, que a probabilidade de reincidência é maior se mandarmos o condenado para a prisão, do que se não o mandarmos. Sabemos também que a probabilidade de reincidência será tanto maior quanto mais longa for a pena imposta. Sabemos, portanto, que o sistema de direito penal funciona com o sinal trocado. Esse sistema é para prevenir a criminalidade e não para favorecê-la.

14. A elaboração das leis penais em nosso tempo não pode desconhecer as conclusões a que nos leva a experiência. Recomenda-se parcimônia no emprego do instrumental punitivo, pelos altos custos sociais que envolve. É necessário adotar o princípio da subsidiariedade e minimização da sanção penal, que deve ser a *ultima ratio* de um sistema de controle social.

15. Os critérios da criminalização são critérios práticos, que devem orientar-se de conformidade com os custos e benefícios da sanção penal. Não se admite o emprego da lei penal a condutas que efetivamente não representem dano social. Não pode a lei penal ser usada para a observância de idéias morais, religiosas ou filosóficas. Numa sociedade democrática e pluralista, não podem as incriminações corresponder apenas às concepções e valores do grupo que tem o poder de fazer as leis, devendo antes encontrar amplo respaldo no entendimento geral. É o caso, por exemplo, da incriminação do aborto, realizado nas primeiras doze semanas. A punição do aborto nestas circunstâncias constitui perfeito exemplo de esquizofrenia legal, produzindo grave dano e sofrimento a mulheres pobres, que fazem abortos em condições perigosas. Provavelmente, no Brasil inteiro, não existe uma só pessoa presa por ter cometido aborto. Sabemos bem que não conseguiremos impedir que o aborto continue a realizar-se extensamente, punindo-o com penas mais ou menos severas. O sistema penal simplesmente não é adequado ao controle social que se pretende. Esse controle tem de ser feito por outros meios. Há, é claro, na matéria

importantes e respeitáveis pontos de vista religiosos que, todavia, não podem influir na elaboração da lei penal.

16. O abandono da filosofia correccional que inspirou, desde o seu surgimento, a pena privativa da liberdade, bem como o aumento constante da criminalidade, sobretudo da criminalidade violenta, têm explicado o movimento *law and order*, que defende a imposição de penas severas, com o endurecimento do sistema, fundado em critérios puramente retributivos. São idéias insustentáveis que representam grave retrocesso, constituindo uma saída fácil para uma ordem político-social desigual e injusta. É muito fácil para os governantes, incapazes de atuar validamente para reduzir os fatores que influem na criminalidade, mostrar que estão fazendo alguma coisa, endurecendo o sistema. Isso não vai resolver nada, pois o sistema repressivo exacerbado, como se sabe, produz cada vez mais crime. Parece-me essencial partir do princípio geral de que as penas devem ser mitigadas. Não dispomos de estabelecimentos penitenciários para levar a efeito uma inútil política de exacerbação repressiva. Nossas prisões estão superlotadas e não temos dinheiro para construir novos estabelecimentos. O problema da superpopulação carcerária não se resolve com a construção de novas prisões, mas sim com a criação de canais de saída, através dos quais possam deixar as prisões condenados não perigosos, que possam cumprir o restante da pena em liberdade.

17. Infelizmente, os juízes e promotores, em regra, continuam a acreditar demasiadamente na pena, apesar de toda a evidência em contrário. Recentemente, no Rio de Janeiro, queixava-se o diretor do sistema penitenciário, de que o Juiz das Execuções não concede, como seria desejável, livramento condicional a presos que o haviam requerido. Disse-me ele que 1.500 presos poderiam já estar em liberdade. Imagine-se o que isso significa num lugar onde há 3.000 presos em xadrezes policiais. A mentalidade demasiadamente repressiva e conservadora, que domina o corpo judiciário e que se reflete, inclusive, em juízes do Supremo Tribunal Federal, pode ser bem ilustrada com a jurisprudência que considera qualificado o roubo cometido com arma de brinquedo. É óbvio que arma de brinquedo é instrumento idôneo para intimidar, e, pois, para a prática de roubo, mas não serve para qualificar o crime, pois a qualificação se funda no emprego de meio perigoso. Onde a lei fala em arma, não pode o intérprete contentar-se com um brinquedo. Os juízes e tribunais que adotam a jurisprudência a que estamos aludindo, entendem que não basta, para o roubo, a pena mínima gravíssima de quatro anos de reclusão. Essa pena deve ser de cinco anos e quatro meses...

18. Tarefa importante da reforma penal será não só a de tornar o sistema vigente menos repressivo, como também a de cobrir evidentes lacunas. Essas lacunas aparecem notadamente em relação aos crimes de colarinho branco. Parece que o sistema penal está deliberadamente concebido para punir os pobres e desfavorecidos. Em boa medida porque estes não se defendem com eficácia, mas também porque a própria lei penal não contempla, ou contempla com benevolência, infrações penais dos homens de negócios. Não se entende por que a fraude no pagamento de tributos é tão brandamente punida. Por que motivo não se pune o fato de manter conta bancária e investimentos no

exterior, sem notificação ao imposto de renda ? É indispensável prever um tipo de ação delituosa fraudulenta fora do esquema do estelionato. Esse esquema não se aplica às fraudes que se praticam no funcionamento do mercado financeiro. O estelionato requer a obtenção de vantagem que deve estar causalmente ligada ao erro provocado pela fraude. É comum, no mundo das finanças, a obtenção fraudulenta de vantagem sem o engano do lesado. A fraude praticada contra o BNCC (Banco Nacional de Crédito Cooperativo), recentemente, não é um estelionato. Será indispensável prever figura de delito com a latitude da infidelidade (*Untreue*) do CP alemão (§ 266). É necessário também punir a fraude no emprego de subvenções, principalmente num país como o nosso, onde as subvenções são tantas e tão variadas e dão lugar a enriquecimento fácil, em prejuízo da coletividade. Devem ser expressamente punidas as fraudes praticadas nos computadores, que raramente se enquadram na figura do estelionato. A falsidade dos registros dos computadores não é falsidade documental. Há hoje extensa e significativa literatura na matéria, que não podemos deixar de aproveitar. E por que não punir com severidade o subfaturamento que fazem os exportadores? Impõe-se aqui o exercício da imaginação criadora dos juristas, aproveitando nossa vasta experiência em matéria de fraudes financeiras, para o direcionamento do sistema repressivo, no sentido dos que ocupam na sociedade posições privilegiadas.

19. Um outro setor que requer completa revisão é o que se refere aos crimes contra os costumes, em face da revolução sexual desses últimos 15 ou 20 anos, conseqüência de uma nova posição que a mulher vem adquirindo na sociedade e de uma nova visão da sexualidade na vida das pessoas. É necessário abandonar o tabu da virgindade, como base para a configuração ou agravamento de crimes. É necessário também rever o sistema de presunção de violência, que não corresponde a critério justo e razoável e que está em desacordo com a realidade social de nossos dias. Crimes sexuais praticados por pessoas muito jovens devem ter tratamento especial.

20. Creio seja fundamental rever integralmente o sistema de crimes que envolvem relações de trabalho, e notadamente a greve. Não pode o legislador penal praticar a velhacaria intelectual que representa deixar a matéria para consideração das leis extravagantes, elaboradas ao sabor das conveniências dos patrões. O CP vigente foi elaborado numa época em que vigorava no país uma ditadura fascista, o chamado "Estado Novo". Apesar disso e apesar da profunda influência do direito penal italiano, pode-se dizer que o CP brasileiro é um Código liberal, que adota os princípios fundamentais de um sistema punitivo democrático. A única passagem de nosso código que revela a marca fascista do sistema político dominante na época em que foi elaborado, é a que se refere aos crimes contra a organização do trabalho. Na redação original de nosso Código, greve era a paralisação do trabalho realizada por três pessoas (art. 200, parágrafo único). É muito duvidosa a previsão específica de crimes contra a liberdade de trabalho, que já se enquadram nos crimes contra a liberdade individual. A vigente lei de greve, que se tem chamado de lei *antigreve*, torna virtualmente impossível a realização da greve legal, e pune como crime a realização da greve ilegal. Historicamente essas leis destinam-se a perseguir os trabalhadores, sempre em posição de desigualdade em face dos patrões, na

reivindicação de melhores condições para a realização do contrato de trabalho. A lei penal aqui tem posto a serviço dos patrões o formidável aparato repressivo do Estado, quando deveria ser exatamente o contrário. A perseguição criminal dos metalúrgicos de São Paulo, pela greve realizada em 1980, e seu enquadramento na lei de segurança nacional constitui um verdadeiro escândalo. Nessa matéria exige-se do legislador, particularmente, fidelidade aos ideais democráticos e amor à liberdade.

21. Quero dizer, concluindo, uma palavra de confiança nos que estão encarregados de trabalhar na reforma penal. Creio que este Congresso trará a contribuição valiosa da ciência penal brasileira, que aqui aparece através das figuras mais representativas. Nada ficamos a dever, nesta matéria, ao que de melhor se realiza em outras partes do mundo. Devemos ser ciosos de nossa própria experiência e de nossas realidades, sem preocupação de importar soluções que não se ajustam à nossa situação de país do Terceiro Mundo, onde o crime aparece ligado a uma estrutura social opressiva e injusta.

22. A visão moderna do jurista diante do ordenamento jurídico e da administração da justiça é uma visão crítica. Temos consciência de que trabalhamos com um instrumental precário. Os juristas foram durante largo tempo servidores do sistema, sem questionar os privilégios que estabelece. Temos hoje os olhos abertos à realidade social e os pés firmemente plantados no chão. Devemos ser, por isso, instrumento de renovação e de permanente busca de alternativas, para a construção, como queria Radbruch, não só de um direito penal melhor mas, sim, de algo melhor que o direito penal.

---

(\*) Conferência realizada em 19 de março de 1984, na abertura do VI Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, em Belo Horizonte; publicada na *Revista de Direito Penal e Criminologia*, n.º 35, ed. Forense, Rio de Janeiro, jan-jun. 1983, p. 09-15.