

## CIÊNCIA E EXPERIÊNCIA DO DIREITO PENAL (\*)

**Heleno Cláudio Fragoso**

1. O desaparecimento de Alfonso Quiroz Cuarón constitui grave perda para a ciência criminológica, que ele elevou, no quadro da América Latina, a níveis excepcionais, pela seriedade e alta categoria de seu trabalho. Em homenagem ao amigo e antigo companheiro de tantas jornadas, parece oportuno analisar a crise com que hoje se defronta o direito penal de nosso tempo, assinalando as suas discrepâncias, incongruências e problemas atuais. Trata-se de examinar como se formula, no plano teórico, o sistema punitivo e de verificar como ele efetivamente opera na realidade, para destacar, desta forma, as inquietações e perplexidades a que somos levados, pois a realidade está em desacordo com os princípios da teoria com a qual se cumpre a função ideológica do sistema

2. É paradoxal que a crise do sistema ocorra no momento em que a evolução técnica do direito penal atingiu níveis de perfeição realmente notáveis. A evolução nesse sentido processou-se desde o começo do século, alcançado, com a teoria finalista da ação, grande correção técnica e a elaboração de um sistema normativo que deveria servir à aplicação mais justa e igualitária da lei penal.

3. Velhos problemas, que conduziram a largos debates, se não foram de todo resolvidos, alcançaram formulações de inegável superioridade técnica. Poderíamos mencionar a título de exemplo, a teoria da ação e a problemática da omissão, particularmente a dos crimes comissivos por omissão. Assim também a teoria do erro, distinguindo-se o erro de tipo, como aquele que versa sobre os elementos, factuais ou jurídicos, que integram o modelo legal do fato punível, do erro de proibição, que versa sobre a ilicitude. Poderíamos também mencionar a reformulação, pode-se dizer completa, da teoria do crime culposos. Entende-se hoje que os crimes dolosos e os crimes culposos constituem categorias distintas do fato punível. No crime

---

\* Trabalho escrito para o livro homenagem a Alfonso Quiroz Cuarón.

culposo a lei proíbe causar através de negligência, imprudência ou imperícia certo resultado, com ação que se dirige a fins geralmente lícitos, irrelevantes para a configuração da conduta típica. O tipo dos crimes culposos é **aberto** e a conduta típica depende da violação do cuidado objetivo exigível nas circunstâncias. O crime culposo não é mais apenas uma forma de culpabilidade, como imaginava a teoria tradicional. Esta supunha que a previsibilidade do evento constituía a essência do crime culposo e que este se consubstanciava num **desvalor do resultado**. A doutrina moderna reformulou a estrutura do crime culposo, partindo da verificação de que a antijuridicidade de tais crimes depende da violação do cuidado exigível na vida de relação e que nele o elemento decisivo está num **desvalor de ação**. Vejam-se, por igual, os conceitos de autoria e participação, cujo estudo, a rigor, não se pode fazer, partindo da solução simplista do CP brasileiro. A participação é necessária acessória e se distingue da autoria no plano lógico e na própria natureza das coisas. Em suma, pode-se dizer que, em relação aos problemas da teoria do delito, com os quais ocuparam-se largamente os juristas, a doutrina apresenta hoje uma sistemática de grande exatidão técnica, levada às últimas conseqüências.

4. O sentido geral dessa evolução técnica teve por base a substituição de conceitos naturalísticos e puramente descritivos por conceitos normativos e de valor, com os quais se enriqueceu extraordinariamente a teoria do direito penal. Isso se ilustra claramente com o conceito de culpa, que a doutrina clássica entendia ser mera relação psicológica entre o agente e o resultado, como se pode ver bem nas primeiras edições do Tratado de Von Liszt. A evolução posterior (que conduziu às concepções puramente normativas da doutrina moderna) foi no sentido de caracterizar a culpa como vontade reprovável e não mais como mera relação psicológica. Entendia-se por culpa não a simples vontade, mas sim a vontade que não deveria ser, transformando-se um conceito naturalístico num conceito de valor. Introduzia-se, assim, como se percebe claramente, na idéia de culpa uma reformulação completa, pois o merecimento de pena passava a estar em função da censurabilidade do comportamento, essa evolução penetrou, pode-se dizer, toda a moderna teoria do delito.

5. Deve-se dizer que essa evolução deixou um pouco na sombra toda a parte relativa às conseqüências jurídicas do delito, e, sobretudo, o que se refere à execução

das penas. Essas questões foram relegadas pelos juristas a um segundo plano, pois eles entendiam que esta parte do sistema não oferecia os grandes atrativos das questões elegantes da teoria do delito. Partia-se aqui, em geral, de uma concepção retributiva da pena, completada e complementada pelas medidas de segurança. A partir das formulações originais do projeto suíço, de **Stooss**, e, depois, do CP italiano, de 1920 penetrou nas legislações o chamado sistema do duplo binário, segundo o qual, ao lado da pena, fundada e medida na culpabilidade, aparece a medida de segurança, que tem por base a periculosidade do agente. Com isso constituiu-se, aqui também, um sistema de grande simetria lógica e perfeição teórica. A experiência desses últimos 25 anos, no entanto, veio mostrar que esse sistema não funciona e que, na realidade revela grandes e insuperáveis incongruências. O trabalho formidável dos juristas no campo da teoria do direito penal está posto em xeque pelas realidades do funcionamento do sistema repressivo do Estado.

6. Por que estamos, então, em situação de crise, se a elaboração técnica dos juristas conseguiu, com vícios, conduzir a formulação doutrinária do direito penal a um grau de grande perfeição técnica? O conjunto de normas que constitui o direito e o processo penal e a doutrina que sobre ele se realiza, cumprem também uma função ideológica, segundo a qual se apresenta a realidade do sistema punitivo de forma ilusória. O direito penal de nosso tempo sofreu o impacto criminológico devastador da criminologia da reação social, que submeteu a análise o próprio sistema da justiça punitiva. A criminologia clássica buscava uma explicação causal do delito, tarefa na qual não logrou resultados. Tinha seu objeto determinado pelo direito penal, que deveria indicar o que se entende por crime. Com base nisso, tentava-se realizar a análise causal explicativa do crime. Em nosso tempo as coisas mudaram muito, porque o próprio sistema punitivo é submetido à análise crítica. Indaga-se que função desempenha verdadeiramente o direito punitivo, como técnica de controle social e, em que medida serve aos interesses e preconceitos dos que têm o poder de fazer as normas. E indaga-se, sobretudo, como funciona realmente o sistema repressivo do Estado. Pergunta-se até que ponto o direito penal corresponde à defesa de valores de validade geral, numa sociedade pluralística e democrática: até que ponto o próprio direito penal aparece como rotulador de condutas delituosas, cumprindo assim uma função ideológica, e até

que ponto a formulação ideal corresponde à realidade do aparato policial-judiciário repressivo.

7. A encruzilhada em que se encontra o sistema punitivo revela-se pelas discrepâncias entre suas aparências e suas realidades. Começemos pelas formulações mais gerais. Parece que a função fundamental do direito penal é a de defesa social. Ela se realiza através daquilo que os juristas costumam chamar de tutela jurídica: mecanismo com o qual se ameaça com uma sanção jurídica (no caso, a pena criminal) a transgressão de um preceito, formulado para, supostamente, evitar dano a um valor da vida social (bem jurídico). Procura-se assim uma defesa que operaria através da ameaça penal a todos os destinatários da norma, bem como pela efetiva aplicação da pena ao transgressor, *ad exemplum*, para que todos vejam o que acontece aos transgressores. Esse mecanismo de tutela jurídica ou se justifica através da prevenção ou se justifica através da aplicação do justo castigo, numa perspectiva puramente retributiva.

8. Se contemplamos a evolução processada na teoria da pena, verificaremos que os juristas, desde há muito, têm-se ocupado com a determinação do sentido e do fim da pena. Essa problemática está hoje ao centro da crise do sistema punitivo. Parece claro que a justificação da pena se encontra na própria função do Estado, com o tutor e mantenedor da ordem jurídica, destinada à consecução e à preservação do bem comum. Isso se faz através da proteção de certos estados valiosos, que são os bens jurídicos, que o Estado busca preservar através da ameaça penal.

9. A idéia de prevenção geral levou o legislador, e continua a levá-lo, a certa exacerbação punitiva, na ingênua suposição de que o aumento das penas tem o efeito de diminuir a criminalidade. Isso conduz, por vezes, a autêntico direito penal terrorista, de inspiração medieval. Era essa a concepção de nossas Ordenações do Reino que, como diz a passagem clássica de Coelho da Rocha, procuravam deter os homens através do terror e do sangue, impondo abundantemente a pena de morte. A anterior lei de segurança nacional brasileira, imposta pela ditadura militar, em 1969, é outro belo exemplo dessa mentalidade. Os militares que fizeram a lei, inspirados na doutrina da segurança nacional, imaginaram que através de penas muito elevadas se impediria a

prática dos delitos. Surgiram dessa forma crimes de manifestação do pensamento punidos com a pena mínima de 10 anos de reclusão, bem como inúmeros crimes em que a pena mínima era de 12 anos de reclusão. Reintroduziram-se em nosso direito as penas de morte e de prisão perpétua, numa inútil demonstração de violência punitiva, que realmente não tem qualquer efeito.

10. Não está demonstrado o efeito preventivo da ameaça penal. Ele parece mesmo não existir. Positivamente não existe nos crimes políticos. Como já se disse, a prevenção geral é uma espécie de crença. Pesquisas realizadas nos Estados Unidos (notadamente relativas à pena de morte), e na Suécia, parecem mostrar que a ameaça penal não tem efeito algum<sup>1</sup>. Assinala-se o otimismo dos criminosos comuns. Pode se mencionar, por bem expressivo, o aumento da pena para o crime de embriaguez ao volante, na Alemanha, que não teve efeito em relação à marcha da criminalidade. E também a nossa anterior lei de drogas, que previa penas severíssimas, com as quais o legislador supunha coarctar o tráfico e o consumo de drogas, entre nós, uma lei que não teve qualquer consequência nesse sentido. As penas demasiadamente severas, que ofendem a consciência do magistrado, não se aplicam. No Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, realizamos pesquisa para apurar como se aplicava a anterior lei de drogas, examinando os processos que tramitaram no foro do Rio de Janeiro no ano de 1974<sup>2</sup>. O que se verificou é que os juízes simplesmente não aplicavam a lei severíssima. Relaxavam ilegalmente prisões em flagrante, descartavam com oinúteis os depoimentos de policiais e aceitavam qualquer prova razoável para absolver o jovem primário, de bons antecedentes, portador de pequenas quantidades. A aplicação da lei caracterizava-se, assim, pela incongruência e pela inconsistência. A mesma experiência tivemos em nosso Superior Tribunal Militar, com a aplicação da infame lei de segurança nacional.

11. Verifica-se, então, que o legislador se equivoca quando imagina que, ameaçando com pena determinada ação, conseguirá prevenir alguma coisa. Esse equívoco põe em causa a própria finalidade do sistema punitivo. Engana-se também o legislador quando supõe que os juízes aplicarão as penas exacerbadas de seu direito

---

<sup>1</sup> Cf. **The Death penalty in America**. HUGO A. BEDAU (ed.), Garden City, Nova York, Anchor Books, 1964.

<sup>2</sup> YOLANDA CATÃO — HELENO C. FRAGOSO, **Abuso de drogas, na legislação penal brasileira**, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1976.

penal terrorista. A idéia de prevenção geral como fundamento da pena enfrenta, no entanto, outros obstáculos. Como justificar que um indivíduo seja punido em função da conveniência da pena relativamente a terceiros? Corre-se aqui o risco de uma instrumentalização do magistério punitivo, misturando-se o homem, como já observava **Kant**, com o direito das coisas.

12. Parece claro que a criminologia de nosso tempo revelou com bastante nitidez que o crime é fenômeno sócio político, que se deve a um conjunto de fatores sociais, em relação aos quais o direito penal tem muito pouca influência. Não se resolve o problema da criminalidade com o direito penal. É inútil tentar evitar certas ações tornando-as delituosas.

13. Sobra, no entanto, ainda, outra possibilidade para justificar o sistema: o da justa retribuição. Já agora se trata de aplicar o justo castigo, em nome da justiça. Trata-se de contrapor um mal ao malefício praticado, como justa punição. Nessa perspectiva a idéia de defesa social através da incriminação e da pena torna-se duvidosa. Teria de surgir como reafirmação de valores através da justa punição. Aparecem aqui, no entanto, complicados problemas. A retribuição teria que se fundar na culpa, ou seja, na realização de uma conduta reprovável. Postula-se, então, como pressuposto fundamental da idéia de culpa a liberdade da vontade, que constitui proposição indemonstrável, tornando a imaginada justa retribuição um autêntico ato de fé. E parece difícil construir o sistema punitivo do Estado sobre um ato de fé. Por outro lado, como se tem observado, a concepção retributiva deixa em aberto a questão de saber sob que pressupostos está o Estado autorizado a punir o comportamento culpável, porque não se pretende que toda conduta culpável mereça punição (**Schmidhäuser**)<sup>3</sup>.

14. Em verdade, o sistema nunca pôde ser fiel a uma justificação retributiva. Diz-se que se trata de uma retribuição ético-jurídica, que se esgota na própria natureza da pena. A pena é, dizem os juristas, a perda de um bem imposta ao delinqüente em virtude do malefício praticado, e nisso se esgota a sua relação retributiva. Seria hoje inadmissível pensar na pena como escarmento, ou seja, imposta para fazer alguém

---

<sup>3</sup> CLAUD ROXIN. **Sinn und Grenzen staatlicher Strafe**, no volume **Strafrechtliche Grundlagenprobleme**, Berlim, Nova York, Gruyter, 1973, 5.

sofrer. Os juristas têm explicado, com uma certa dificuldade, que a pena é uma espécie de *mixtum com positum*, sendo retributiva por sua própria natureza, mas devendo tender, na sua execução, à recuperação social do delinqüente. Esse caráter complexo da pena está bem exposto na obra fundamental de Arturo Rocco<sup>4</sup>. Essa suposta recuperação social é muito pobremente avaliada em termos de não-reincidência.

15. Entramos aqui nas grandes contradições com as quais se debate o direito penal moderno. A lógica do sistema clássico, como vimos, previa, ao lado da pena, a medida de segurança, e com isso assegurava a sua própria simetria: a pena em função da culpa e a medida de segurança, em função da periculosidade. Nesse sistema do duplo binário, a pena e a medida de segurança, por assim dizer, se complementariam, porque se, de um lado, se pune, de outro, se promove a recuperação social. Esse sistema de penas e medidas de segurança penetrou nas legislações no período entre as duas grandes guerras, e trouxe a paz às correntes doutrinárias que, no início do século, se contrapunham. Engenhosamente elaborado, esse sistema foi levado às últimas conseqüências, como se pode ver no tratamento prevista para os semi-imputáveis. Pelo *quantum* de imputabilidade (e de culpa) que apresentam, deve eles receber uma pena (posto que atenuada). E, depois de cumprir a pena, devem ser submetidos a medida de segurança curativa, pelo *quantum* de inimputabilidade (e de periculosidade) que também apresentam. Esse critério, que representa o desespero da perfeição técnica, está no CP brasileiro (art. 22, parágrafo único).

16. O sistema do duplo binário não funcionou jamais, nem no Brasil nem no exterior. No Brasil, costuma-se dizer que isso se deve ao fato de não terem sido construídos os estabelecimentos previstos no código, para execução das medidas de segurança detentivas para imputáveis. Em outros países esse sistema também não funcionou por ser intrinsecamente contraditório. A pena deve ser cumprida para a recuperação social do delinqüente, ou seja: a pena deve ser cumprida como a medida de segurança. A medida de segurança, por seu turno, não se distingue da pena: ela também representa perda de bens jurídicos e pode ser, inclusive, mais aflitiva do que a pena, por se imposta por tempo indeterminado. Toda medida coercitiva imposta pelo

---

<sup>4</sup> ARTURO ROCCO. *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*. Roma, Soc. Ed. Del Foro Italiano, 1932, 448.

Estado, em função do delito e em nome do sistema de controle social, é pena, seja qual for o nome ou a etiqueta com que se apresenta. **Mezger** falava de uma crise do duplo binário, pois a aplicação da medida de segurança detentiva ao condenado fazia-se transferindo-o da ala direita para a ala esquerda do mesmo estabelecimento. E **Kohirausch**, a propósito se referia à “burla das etiquetas”.

17. O abandono do sistema do duplo binário, em favor de uma solução monista, não se fará sem dificuldades. Se partirmos para a unificação das sanções penais detentivas para imputáveis, ficará em aberto a questão de saber qual será o fundamento da **pena de segurança**, correspondente ao **plus** que excede à culpabilidade e que se deve à condição pessoal do condenado. Deve-se dizer, no entanto, que o sistema penal clássico nunca pôde ser inteiramente fiel ao princípio da retribuição como fundamento da pena. Diz-se que a culpabilidade tem cumprido no direito penal a função de justificar o sentido retributivo da pena e a de limitar a pena, mas a **aplicação** da pena, dentro dos parâmetros legais, está dominada pela personalidade do acusado e por seus antecedentes, que passam, então, ao primeiro plano. Os códigos prevêm a agravamento da pena pela reincidência e pela habitualidade, o que significa a elevação da pena pela condição pessoal do delinqüente, que também compromete a lógica do sistema clássico. As teorias formuladas para justificar, nesses casos, o aumento da pena, com base no princípio da culpa, eram, evidentemente artificiais.

18. Pretende-se que o princípio da retribuição esteja proscrito no direito moderno, no que tange à execução. A execução se justifica para reintroduzir o transgressor na sociedade, partindo-se da idéia de que a pena se fundamenta na defesa de valores da vida social, através da qual se procura assegurar a vida em comum. Surgem, aqui, porém, as incongruências: as longas penas privativas da liberdade e a pena de morte só podem ser razoavelmente explicadas pelo princípio da retribuição. A experiência com a pena indeterminada, por outro lado, foi lamentável, sobretudo nos Estados Unidos. Com a pena indeterminada procurou-se subordinar a duração da pena à efetiva recuperação social do delinqüente, como se a pena fosse uma espécie de remédio, que deveria ser suspenso com a recuperação da saúde. Os abusos da administração penitenciária fizeram com que as comunidades de presos passassem a



reclamar a pena em *quantum* determinado<sup>5</sup>. A experiência negativa da pena indeterminada, por si só, comprometeria a idéia da pena com instrumento de recuperação social.

19. Os juristas afirmam que a pena deve ser executada de modo a proporcionar a recuperação social do condenado, e nesse sentido há textos nos códigos penais, e, inclusive, em constituições. Surge, aqui, porém, o fenômeno mais desconcertante que é o da crise da pena privativa da liberdade, considerada a pena *par excellence*. Como instituição total, a prisão necessariamente deforma a personalidade e favorece a marginalização e o desenvolvimento da criminalidade. Existe hoje, a respeito, ampla bibliografia, solidamente fundada na pesquisa. Nela se assinalam os efeitos nocivos da reunião de pessoas do mesmo sexo, em ambiente autoritário, a que se ajusta o preso, privando-se de uma individualidade e afastando-se dos padrões do mundo livre (prisonização). No ambiente de sexualidade pervertida, submetem-se os presos ao código opressivo dos delinquentes. Os efeitos psíquicos agravam-se com o processo de estigmatização, a separação angustiada dos entes queridos, o parentesco interrompido, circunstâncias devastadoras para o espírito humano<sup>6</sup>. A essa situação geral, acrescenta-se a ociosidade, a superpopulação e a promiscuidade que acarreta, bem como a deficiência generalizada no pessoal encarregado da custódia, elementos adicionais de corrupção, comuns em muitas prisões. Podemos, assim, declarar, com absoluta tranquilidade que, se mandarmos, o delinquente para a prisão, a possibilidade de que com isso ele se torne um delinquente pior é incomparavelmente maior do que se o deixarmos em liberdade. Essas mesmas coisas diz **Von Liszt**, há quase cem anos, em seu famoso Manifesto de Marburgo, referindo-se às prisões do século passado. Neste século, porém, construíram-se excelentes prisões e muitos países inverteram em seu sistema correcional somas vultosas. O que se verificou, no entanto, é que, qualquer que seja a prisão, mantêm-se as taxas de reincidência, podendo-se afinal dizer que o problema da prisão é a própria prisão<sup>7</sup>. Pode-se bem avaliar o impacto dessa conclusão num sistema em que a pena de prisão é a medida punitiva mais comum.

---

<sup>5</sup> JESSICA MITFORD, *Kind and usual punishment*, Nova York, Alfred Knopf, 1973, 75: “**The indeterminate sentence must be abolished, because it is inherently unjust and has been shown to be in practice a weapon of control and intimidation in the prison’s attempt to destroy a convict’s will**”

<sup>6</sup> Cf. LOUIS P. CARNEY, *Corrections and the community*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1977, 9.

<sup>7</sup> BENJAMIN FRANK, *Contemporary Corrections*, Reston, Virginia, Reston Publishing, 1973, 149.

20. A Criminologia, voltando-se para a análise do próprio mecanismo repressivo veio revelar que a justiça criminal funciona seletivamente sobre os pobres e desfavorecidos. Como disse muito bem **Eduardo Novoa** o direito penal é o direito dos pobres, não porque os tutele e proteja, mas sim porque sobre eles exclusivamente faz recair sua força e seu rigor<sup>8</sup>. Eles é que constituem a clientela do sistema e são por ele, virtualmente, oprimidos. Só os pobres sofrem os processos por vadiagem e só eles são vítimas das **batidas** policiais como o seu cortejo de ofensas e humilhações. Só os pobres são ilegalmente presos **para averiguações**. Os ricos livram-se facilmente, contratando bons advogados, recorrendo ao tráfico de influência e à corrupção. Eles nunca vão para as prisões. Quando, em situações excepcionais, isso vem a suceder, logo ficam **doentes** e são transferidos para os hospitais<sup>9</sup>. Pode-se imaginar o impacto que tais constatações produzem nos que se ocupam com a elaboração técnica do direito penal, procurando aperfeiçoá-lo. Parece certo que a realização do sistema punitivo funciona como um processo de marginalização social, para atingir uma determinada clientela, que está precisamente entre os mais desfavorecidos da sociedade.

21. Diante disso, o direito penal de nosso tempo apresenta-se em situação de crise, pelas discrepâncias entre a ciência e a experiência. Elaboramos um belo sistema de direito penal e, afinal, ele serve para quê? Como funciona efetivamente? A análise crítica do próprio sistema e as incongruências entre a elaboração teórica e a prática, vieram levar os juristas a uma visão mais humilde de sua atividade e a graves dúvidas sobre as virtualidades do magistério punitivo do Estado. Proclama-se, em conseqüência, que o direito penal é parte da política social e que constitui instrumento a ser usado com parcimônia, pelo alto custo social que a pena apresenta. A tendência generalizada é hoje a de reduzir ao máximo a área de incidência do direito penal, afirmando-se o seu caráter subsidiário: as lesões de bens jurídicos só podem ser submetidas a pena quando isto seja indispensável para a ordenada vida em comum. Uma nova Política Criminal requer o exame rigoroso dos casos em que convém impor penal (criminalização), e dos casos em que convém excluir, em princípio, a sanção penal (descriminalização), suprimindo a infração, ou modificar ou atenuar a sanção

---

<sup>8</sup> EDUARDO NOVOA MONREAL, *El derecho como obstáculo al cambio Social*, México, Siglo XXI, 1975, 25.

<sup>9</sup> Cf. HELENO FRAGOSO, *Direito Penal e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, 28. Sobre a problemática da criminalidade não convencional, cf. MANUEL LÓPEZ REY, *Manifesto Criminológico*, *Revista de Direito Penal*, nº 24 (1977).

existente (depenalização). Desde logo deve excluir-se do sistema penal a chamada criminalidade de bagatela e os fatos puníveis que se situam puramente na ordem moral. A intervenção punitiva só se legitima para assegurar a ordem externa. A incriminação só se justifica quando está em causa um bem ou um valor social importante. Não é mais possível admitir incriminações que resultam de certa concepção moral da vida, de validade geral duvidosa, sustentada pelos que têm o poder de fazer a lei. Trata-se de reduzir ao mínimo o direito penal, reservando-o para a tutela jurídica de valores sociais indiscutíveis.

22. A pena privativa da liberdade constitui a *ultima ratio* do sistema e deve ser reservada exclusivamente aos casos em que não haja outra solução. Essa pena constitui um ônus social demasiadamente elevado. Cumpre recorrer a sanções alternativas, ampliando a suspensão condicional da pena e o livramento condicional, que deve ser concedido o mais rapidamente possível<sup>10</sup>. Os juízes, que comumente têm mentalidade conservadora e reacionária, continuam abusando da prisão preventiva, e continuam a mandar as pessoas para a prisão demasiadamente, cumprindo a função ideológica que lhes atribui o sistema. Existe clara discrepância entre o que os juristas estão dizendo e o que os juízes estão fazendo. Cumpre também diminuir as penas e aumentar o poder discricionário dos juízes na aplicação da pena, dando-lhes uma **área de manobra** mais ampla, para que possam decidir sobre a solução penal mais adequada.

23. Orienta-se o direito penal de nosso tempo no sentido de uma nova humanização, resultado de uma larga experiência negativa. Sugestivas, a propósito, são as propostas de desjudicialização, ou seja, no sentido de retirar do sistema jurisdicional certo tipo de conflitos, que até hoje têm recebido solução punitiva. A experiência de certos países socialistas nesse sentido é valiosa e é formidável o que se tem feito no Canadá<sup>11</sup>. Em certo tipo de conflitos cumpre dar relevância à composição entre a vítima e o transgressor, para solução do problema penal. Essa é a tendência nos crimes patrimoniais praticados sem violência.

---

<sup>10</sup> J.E. HALL WILLIAMS, *Changing prisons*, Londres, Peter Owen, 1974, 74.

<sup>11</sup> JOSÉ MARIA RICO, *As Sanções penais e a política criminal contemporânea*, trad., Rio de Janeiro, Liber Juris, 1978, 167.

24. Reclama-se, assim, menos direito penal. Todavia, a essa recomendação de parcimônia, reage o legislador com perplexidade, ante o fenômeno assustador do aumento da criminalidade, raticamente em todo o mundo ocidental, principalmente os crimes violentos contra o patrimônio. Diante do aumento da criminalidade, o legislador hesita em aceitar a recomendação dos que pedem menos direito penal. E isso porque o legislador está habituado a trabalhar com o instrumental punitivo, supondo, ingenuamente, que, aumentando a severidade das penas, resolverá o problema da violência. A criminalidade aumenta, e provavelmente continuará aumentando, porque está ligada a uma estrutura social profundamente injusta e desigual, que marginaliza, cada vez mais, extensa faixa da população, apresentando quantidade alarmante de menores abandonados ou em estado de carência. Enquanto não se atuar nesse ponto, será inútil punir, como será inútil, para os juristas, a elaboração de seus belos sistemas. Aspiramos um direito penal mais humano. Um direito penal que efetivamente exerça função de tutela de valores de forma justa e igualitária. Isso só será possível numa sociedade mais justa e mais humana, que assegure os valores fundamentais da dignidade humana e da liberdade.

---

(\*) Artigo publicado na Revista Forense, n.º 267, p. 69-73, jul.ste. 1979; e na Revista de Direito Penal n.º 26, p. 7-17. Também se encontra em apêndice no volume da Parte Geral, das *Lições de Direito Penal*.