

RIGORISMO INÚTIL

DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JR.

Juiz Criminal em São Paulo. Membro do IBCC e da Associação Juízes para a Democracia

Os filósofos gregos muito se preocuparam com o poder que a tópica retórica possibilitava.

Platão, por exemplo, pela fala de Górgias, observou que, apresentando-se perante uma assembléia popular um médico e um orador, para argumentar sobre qual dos dois deveria ser escolhido o médico, muito provavelmente o último, querendo, teria êxito.

Hoje e especialmente em nosso pobre Brasil, menos pela palavra que pela força das imagens e símbolos, a mídia consegue tal domínio sobre as massas populares. E o Direito Penal acaba sendo terreno propício à proliferação dos demagogos da mídia: os “sofistas” contemporâneos, que passam a idéia de que penas mais altas, menos benefícios no cumprimento da condenação e, enfim, tudo que signifique mais atemorização (ou aterrorização), acabaria por minorar o número de crimes.

Por conta de tal pressão, que se firma em argumentos preponderantemente emocionais, e não racionais, muitos desatinos têm sido cometidos por nosso legislador ordinário, frequentemente extrapolando os limites que a Constituição lhe impõe.

Com efeito, as leis de natureza penal, hoje em dia, em nosso país, parecem veicular uma perigosa assertiva que tomou conta dos ensandecidos que, equivocadamente, vêm no Direito Penal a solução para todas as mazelas, ou quase todas: é preciso passar por cima das garantias constitucionais, ignorar a ética e os ditames da consciência jurídica

democrática num combate sem trégua ao crime, que atormenta a sociedade. Captando equivocada legitimidade através da dramatização da violência — cujo conceito é reduzido ideologicamente a não parecer mais que a criminalidade comum — os grupos interessados em mais repressão se organizam em torno da idéia de que a paz e a segurança do cidadão dependem de desprezar as garantias individuais historicamente garantidas, como se elas não fossem dadas a todos os homens, mas, apenas, aos “bandidos”.

Tais grupos se esquecem que o poder de punir tem limitações jurídicas, que visam dar conteúdo de moralidade à atividade repressiva, tarefa que, embora legal é sempre suja porque violenta. Esquecem-se que, tendo sido a punição dos homens, desde sempre, objeto de reflexão filosófica, chegou-se à fórmula de que o Estado Moderno — que tem o monopólio da violência física legítima segundo Max Webber — pode reprimir e punir com dignidade, impessoalidade e respeito ao acusado. É que, modernamente, a Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, de 1948, e os pactos internacionais vinculantes do direito interno — como a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José), da qual o Brasil é signatário¹ — estabelecem limitações ao

1. O texto foi aprovado pelo Decreto Legislativo 27, de 26.5.92; a Carta de Adesão à Convenção foi depositada pelo governo brasileiro em 25.9.92; e o Decreto 678, de 6.11.92, determinou seu integral cumprimento.

poder de punir, impondo normas para formação de culpa e execução da pena.

Não me aventuraria a discutir o assunto com certas pessoas de descabelada fúria punitiva — sejam repórteres da imprensa sensacionalista, representantes de corporações policiais ou deputados vinculados historicamente à repressão — que, explorando o justo sentimento de insegurança de todos em claro benefício das elites, dão murros na mesa clamando “cadeia para os bandidos”. Advertia Aristóteles que não se pode discutir com qualquer um pois conforme seja o adversário pode ocorrer que a discussão não seja nada razoável.²

Porém, uma abordagem simplista do complexo fenômeno da criminalidade tem se refletido de maneira particularmente inadequada em grupos de juízes, promotores de justiça e advogados. E o assunto, então, passa a ser grave, delicado, a merecer que se fale dele, em comentário, numa revista jurídica. Daí as despretensiosas e assistemáticas observações abaixo.

Fruto da mencionada perversa tendência legislativa — aqui para atender aos reclamos da polícia por mais poderes — por exemplo, já foi a prisão temporária, introduzida Lei 7.960/89, originária de medida provisória. E está aí, sendo arbitrariamente aplicada no dia a dia, pouco se clamando contra ela, infelizmente.

Apontada como inconstitucional já na origem — por invasão da reserva feita

pela Constituição da República quanto à edição dos mecanismos de coerção pessoal,³ aquela lei, mais que isto, ofende também o princípio da presunção de inocência. Pelo menos se o entendimento for de que veio preencher alguma lacuna não alcançada pela tradicional prisão preventiva, prevista no Código de Processo Penal, não teve força de fazê-lo validamente, porque em desacordo com a ordem constitucional vigente. De outra forma, a se entender devam ser plenamente observados, quando da decretação de prisões temporárias, os requisitos da tutela cautelar — implícitos nas fórmulas da Lei 7.960/89 — já não se encontra razão para a nova espécie de encarceramento: poderia bem ser utilizada a prisão preventiva.

Desta forma, de uma análise a respeito dos requisitos da prisão temporária em face dos casos em que ela tem sido deferida pelo Judiciário só se sai com uma certeza: sob a aparência de uma necessidade bem camuflada pela retórica da lei — que apenas aparentemente garantiria a possibilidade de fundação do constrangimento pelo juiz — o instituto veio para consagrar, legalizando, a antiga prática policial arbitrária da prisão para averiguações. Agora, porém, com aumento da gravidade atentatória do Estado Democrático de Direito, o Judiciário as tem deferido, de regra, com base exclusiva na afirmação de imprescindibilidade feita pela autoridade policial.

Argumenta-se que se usa sempre muito critério no deferimento de tais prisões. Mas, que critério seria este se os delegados de polícia não tem, normalmente, mais que sua afirmativa de necessidade para requerê-las? Tivessem mesmo todos os requisitos exigidos no texto legal, compatíveis com o provimento cautelar e com os princípios constitucionais, representariam logo pela prisão preventiva.

2. Segundo Aristóteles, “Não se deve argumentar com todo mundo, nem praticar argumentação com o homem da rua, pois há gente com quem toda discussão tem por força degenerar. Com efeito, contra um homem que não recua diante de meio algum para aparentar que não foi derrotado, é justo tentar todos os meios de levar a bom fim a conclusão que nos propomos; mas isto é contrário as boas normas. Por isso, a melhor regra é não se pôr levemente a argumentar com o primeiro que se encontra, pois daí resultará seguramente uma má argumentação” (*Tópicos*, Livro VIII, p. 14).

3. Cf. Alberto Silva Franco, *Crimes Hediondos*, RT, 1992, p. 165.

Se não o fazem é porque ainda terão que procurar o *fumus boni juris*; e para tal procura não é permitido, ainda, prender alguém. Aliás, Pedro Armando Egídio de Carvalho propôs interessante tradução do art. 5.º, LXI, da Constituição da República, que põe a prisão provisória em franca colisão com a ordem constitucional. Segundo ele, o dispositivo maior deveria conter a seguinte clara expressão: "Não existe prisão para saber se alguém é ou não criminoso".⁴ Afinal, na prática, não é o que se tem feito por meio da prisão temporária: prender alguém para que se obtenham provas de sua vinculação a um crime?

Nesta mesma linha de equivocada demanda por repressão como meio de controle social, mais recentemente, a abordagem que tem sido dada à questão do crime organizado, tem causado perplexidade nos meios jurídicos democráticos. Incorre-se, com freqüência, no mesmo erro de editar leis, como a Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que se chocam frontalmente com as recomendações dos estudiosos, que preconizam mecanismos de controle social fora do Direito Penal e evidenciam a ineficácia das penas de longa duração ou de regime fechado de cumprimento de pena por longo tempo.⁵

Sem chegar às inúmeras inconstitucionalidades da Lei 8.072/90, que não caberiam nestas simples digressões de convite à reflexão, pode-se inicialmente perguntar: por acaso aquele diploma legal resgatou o vigor dissuasivo da pena? Agravar-se as punições, proibir progressão de regimes ou liberdade provisória tem feito com que haja menos estupros, menos latrocínios? Conseguiu tornar controlável o tráfico de entorpecentes?

É evidente que não.

No que diz respeito ao cumprimento de penas, por exemplo, teria o legislador "hediondo" trabalhado com a perspectiva de que um dia o preso sairá da prisão? Ou teria pretendido lançá-lo numa situação sem volta?

Não se pode ignorar que o sistema progressivo de execução, introduzido pela Lei 7.209/84, é recomendação lógica de todos quanto estudam a questão penitenciária. Afinal, se se trabalha com a idéia de que um dia o preso sairá da cadeia, é preciso que se prepare esta saída. Para isto, nada melhor que a passagem gradativa de um sistema mais rigoroso para um mais brando.

Parece absurdo trancar um criminoso no regime fechado por anos para, num dia matematicamente determinado — o do término da pena — devolvê-lo de repente ao convívio social. Mas é tal o disparate que determina a Lei 8.072/90, aprovada às pressas, sob clara pressão da mídia.

Tal postura legislativa, em suma, utiliza demagogicamente a idéia de se desencadear uma verdadeira guerra contra o crime, ignorando as raízes sociológicas evidentes da maior parte dos delitos num país cuja maior violência está na perversa distribuição de renda que lançou o país num verdadeiro *apartheid* social, na política econômica causadora de desemprego e na falta de condições mínimas de vida digna a maioria da população, que causou um esgarçamento do tecido social de maneira a cindir em muitos diferentes países reais o que é institucionalmente uma só nação. Trabalha o apressado legislador com a idéia de que se vive numa comunidade; mas o Estado, como o temos, não passa de uma ilusória comunidade. Vincula-se ele, ao fazer leis, com freqüência, ao movimento ideológico *Law and Order*, de conteúdo francamente autoritário. Tenta resolver — ou fingir que resolve utilizando uma

4. "Reescrever o art. 5.º da Constituição da República", em *RBCCrim* 3/151.

5. Cf. Márcio Bártoli, "Crimes Hediondos", em *RT* 684/295.

política criminal meramente simbólica — os graves problemas resultantes de tal sociedade partida.⁶

Urge observar aos que acham que mais repressão resolveria alguma coisa que o próprio sistema penitenciário já é usado pela teoria como exemplo de certa função negativa, desestabilizante que o direito vem adquirindo. De recuperador de criminosos em verdadeira escola de crime, transformou-se aquele num exemplo do direito exercendo funções ainda mais desestabilizantes de uma sociedade tão fragmentada, que forma grupos marginalizados e sub-culturas semi-autônomas, indiferentes ao Estado. Mais avulta, assim, que a segregação duradoura do preso no sistema fechado é incompatível com a ressocialização.

De outra parte, os crimes patrimoniais de massa são sempre citados como exemplo da insegurança em que vivem os “homens de bem”, embora pouco se fale da insegurança dos que nada possuem e são alijados de todo o sistema de vida segura da quadra em que vivemos. Contudo, é de se ver que a tal onda de criminalidade, que tem servido de inspiração para os que exigem penas mais severas, inclui muito pouco de voluntarismo. Ela sofre o influxo de múltiplos fatores exógenos e, principalmente de uma violência institucional que vem do alto da pirâmide social e que mantém, matematicamente, um certo número de pessoas na marginalidade, abaixo da linha da miséria, à beira da loucura social.

Por força retórica a norma jurídica adquire, no Estado burguês, conteúdo igualitário. Mas o ordenamento jurídico

abarca valores contraditórios, muitos anti-democráticos, incompatíveis com os princípios maiores aos quais estão sujeitos. As diferenças estão no mundo real, não no idealismo das leis. E a consulta ao texto da Magna Carta, pelos operadores jurídicos em geral, incluídos entre os “homens de bem” já ditos, que estão do lado “sadio” da sociedade — oposto ao lado “doente” e “marginal” segundo a concepção de *Law and Order* — tem se limitado à declaração de inconstitucionalidades de atos da Administração, esquecendo outras inconstitucionalidades que geram carências sociais pela omissão do poder e das elites econômicas. Afinal, a miséria, o preconceito e as explorações, que atingem a dignidade do homem — realidades perenizadas pela formal aplicação da lei — também são inconstitucionais.

Não se pode ignorar que a realidade matemática do sistema é relegar milhões de pessoas à indignidade e à falta de cidadania. É verdade que não se pode explicar a criminalidade de maneira simplista, como resultante imediata da pobreza. Os índices de criminalidade em países de miséria ancestral como a Índia não parecem significativos. Contudo, a miséria em sociedades com o perfil da brasileira acabaram trazendo outras consequências: a destruição do próprio tecido social, o surgimento de pessoas sem qualquer referência estável de grupo social com valores que possam ser tidos como próprios do cidadão. A população de rua, os menores abandonados, as pessoas que não percebem o trabalho enquanto fator de construção de uma sociedade melhor — porque a elas não é permitido percebê-lo em face do aviltamento dos salários e das múltiplas formas de exploração no modelo econômico em que se vive — são exemplos disto. Parte de tais pessoas — não apenas pobres mas frutos de uma sociedade partida que as pobreza material, cultural e ética estão criando — cometerá, queiramos ou não, crimes com

6. Sobre o assunto, veja-se: Alberto Silva Franco, *Crimes Hediondos*, RT, 1991; Maria Lúcia Karam, “A Fantasia do Sistema Penal”, em *De Crimes, Penas e Fantasias*, Luam, 1991; René Ariel Dotti, “Um Novo Direito Penal do Terror”, em *Folha de S. Paulo*, 25.3.91; Luiz Flávio Gomes, “A intervenção é enganação”, em *Folha de S. Paulo*, 6.11.94.

raízes socioeconômicas. E este quadro tem sido agravado pela grave crise — significativamente definida por Gramsci como sendo a situação em que o velho já morreu e o novo ainda não tem condições de nascer — que nos atormenta.

Em decorrência disto, é duvidoso que o sistema consiga controlar por repressão esta criminalidade que brota no ponto de saturação da condição de miserabilidade das massas. Não adiantará procurar os doentes sociais. Nem tratar os que delinquem como se fossem eles. A responsabilidade é, especialmente, dos detentores do poder econômico e dos governos, a quem cabe criar mecanismos de igualitária distribuição de renda e aplicação de recursos tributários em obras sociais. O que se pode fazer por meio de políticas públicas e diminuir consideravelmente o número de miseráveis a curto prazo e eliminar a miséria — a miséria e não os miseráveis como tem ocorrido! — mais remotamente. Baixando o índice de saturação que conduz muitos ao crime, se estará tratando adequadamente a questão.

Paralelamente, o Direito Penal tem que se preocupar mais com a macrocriminalidade, muitas vezes freqüentada pelos mesmos personagens das colunas sociais — os homens de bem — das grandes concorrências para obras públicas, responsáveis pela já mencionada violência sutil que atinge a base da pirâmide social e verdadeiramente desgraça o país.

É lamentável que projetos de lei, ao pretender enfrentar o chamado crime organizado, por exemplo, confunda-o com a mera criminalidade de massa. Fazendo-o equipara coisas totalmente distintas, pois se esquece que na essência do crime organizado está a idéia de relação com o poder econômico ou político, ausente no crime de massa.⁷

7. Neste sentido, Winfried Hassemer, "Segurança Pública e Estado de Direito", em *RBCCrim* 5/56; Luciana F. L. Pinto e Tatiana

Mais: por conta de reprimir esta forma de criminalidade sempre se acena com fórmulas supressoras das garantias processuais individuais arduamente conquistadas.

Quanto aos crimes mais comuns, vem-se com o mesmo discurso, incorporado pelo Judiciário: para o roubo, o regime mais adequado de início de cumprimento é o fechado;⁸ este ou aquele crime é daqueles que tem gerado inquietação social, daí a necessidade de mais rigor.

Mas, na verdade, como assevera Hassemer, os peritos nestas questões sabem que os instrumentos utilizados pelo Direito Penal são ineptos para combater a realidade criminal. Por exemplo: aumentar as penas, não tem nenhum sentido empiricamente. O legislador — que sabe que a política adotada é ineficaz — faz de conta que está inquieto, preocupado e que reage imediatamente ao grande problema da criminalidade, exercitando uma reação simbólica. Esta, em razão de sua ineficácia, acaba se revelando aos olhos da população como uma política desonesta, que acaba se refletindo no próprio Direito Penal como forma de controle social.⁹

Em contraposição ao discurso autoritário, que enche as penitenciárias inutilmente, porém, convém trabalhar com penas aptas a tocar no senso humano do condenado: motivar sua responsabilidade e adequação social, mas num sentido ético de lutar pela transformação da sociedade e conquista da democracia. Restrição de direitos, prestação de serviços à comunidade, trabalho em liber-

V. Bicudo, "A lei contra o crime organizado exige debate mais sério, por toda a sociedade", em *Boletim IBCCrim*, n. 12, jan./94).

8. Cf. TACrimSP — Ap. 628.831/5.

9. Veja-se a este respeito, "Perspectivas de uma moderna Política Criminal", resumo feito por Cezar Roberto Bittencourt de palestra realizada por Winfried Hassemer no IBCCrim, em 17.11.93, in *Três Temas de Direito Penal*, Estudos MP, 1994.

dade vigiada com remuneração digna são penas adequadas a vários tipos de delito. Se o Estado não tem políticas públicas voltadas para a implantação e fiscalização, isto é um outro e grave problema.

É interessante divulgar dados estatísticos comparando sistemas, capazes de desfazer o mito de que as penas altas, ou até mesmo a pena capital, exercem grande papel intimidativo e de controle social. É preciso combater as ideológicas manipulações dos sentimentos de insegurança e medo que exigem a punição como castigo, num retorno às concepções puramente retributivas da pena. Os fundamentos emocionais de certas cobranças da sociedade — a emoção nunca foi boa conselheira, especialmente falando de Justiça — não

permitem indagar, eticamente, o porquê de se compensar um mal com outro igual ou maior.

Infelizmente, o discurso manipulador, de inspiração totalitária, conta com a persistência, entre os penalistas, de certa concepção da prisão como mero sistema de poder, sem espaço para a introdução da democracia. A eles há que se evidenciar que, sem visão utópica rumo a um ideal democrático cada vez mais abrangente, as cadeias continuarão a ser mais agressivas que os próprios apontados agressores da sociedade e, cada vez mais, fábricas de criminosos.

A atividade de pensar utopicamente a democracia só é de fato prejudicada quando o componente ideológico do totalitarismo entra em cena. Fora disto sempre se pode melhorar.