

REFORMA PENAL E NOVA CRIMINALIDADE*

CARLOS ALBERTO DE SALLES

Promotor de Justiça em São Paulo, Mestre
e doutorando pela USP em Direito Processual

Existe hoje um sentimento generalizado apontando para a ineficácia do sistema penal brasileiro.¹ Para além do recorrente tema impunidade, está colocada a percepção de grande parte da população de que o sistema só funciona para alguns. A sanção criminal, destituída de seu atributo de generalidade, passa à condição de instrumento de opressão, destinado a proteger apenas alguns interesses socialmente localizados em detrimento outros. O direito penal, afastado do princípio de equidade que o deveria orientar, inviabiliza-se enquanto instrumento de justiça e perde assim toda sua condição de efetividade.²

* O presente trabalho é versão adaptada e atualizada de estudo preliminar que foi apresentado pelo autor, em julho de 1993, como preâmbulo das propostas que encaminhou, na condição de integrante ao Grupo de Trabalho instituído pela Secretaria da Justiça e Defesa da Cidadania, sob a presidência do Dr. Damásio Evangelista de Jesus, para elaboração de propostas para a reforma da parte especial do Código Penal no tocante a crimes contra as relações de consumo. Referido Grupo foi criado pela Resolução SJDJ-10, de 3.3.93, da Secretaria de Estado mencionada.

1. A referência a Sistema Penal quer indicar não apenas o direito penal enquanto ordem sancionatória, mas também a investigação criminal, o processo penal e execução das penas, compreendendo todo o arco de atividades que compõem a persecução criminal. Sobre a metodologia do estudo e a crítica das abordagens tradicionais, vide Giorgio Rebuffa, "La Crisis de los Modelos Descriptivos del Derecho

A solução desta ordem de problemas está a exigir uma ampla revisão em todo nosso sistema penal, de forma a atender reclamos sempre presentes por parte, não só dos operadores do direito, mas, principalmente, da população, que vive um cotidiano sobressaltado pela violência. Esta Reforma Penal³ cuja necessidade se coloca como consensual, deve, entretanto, estar voltada ao objetivo de recuperar a eficácia das normas de direito penal.

Primeiramente, para que qualquer norma obtenha um mínimo de eficácia, é preciso que tenha como referencial a realidade sócio-econômica para a qual se dirige. A normatização ou a revisão normativa, neste sentido deve ter em vista as dificuldades e problemas estruturais

Público", in *El Derecho e sus Realidades*, Roberto Bergalli (org.), Barcelona: PPU, 1988, pp. 319-334.

2. Sobre a retomada da justiça como temática central ao direito vide Alvaro de Vita, *Justiça Liberal: Argumentos Liberais contra o Neoliberalismo*, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993; também Rolf Kuntz, *A Redescoberta da Igualdade como Condição de Justiça*, in *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, José Eduardo de Faria (org.), S. Paulo, Malheiros, 1994, pp. 144-155.

3. Reforma Penal aqui é utilizada em sentido amplo, de maneira a indicar as cogitadas mudanças do Código Penal e, também, todas aquelas mudanças necessárias nos instrumentos processuais e no sistema de execução de penas. Pretende-se apontar para a necessidade de alterações profundas em toda a sistemática de responsabilização penal.

relativos à sua aplicação. A regulamentação legal dos fenômenos humanos deve ter em vista a implementação da lei, ou seja, como se dará, concretamente, sua aplicação,⁴ circunstância que não tem sido objeto de preocupação freqüente de nossos legisladores.

Dai porque, qualquer proposta de reforma legal, deve responder à questão de como será obtida sua eficácia face ao contexto político, social e econômico no qual se insere. "A implementação está para a regulamentação como as mãos e os pés estão para o corpo",⁵ sendo essencial que não se proponham novas leis fadadas a não pegar, como tantas já existentes em nosso ordenamento.

Sendo assim, qualquer alteração das leis penais e processuais penais devem enfrentar, inicialmente, questões de fundo de nosso sistema penal, tendo como ponto de partida um diagnóstico o mais completo possível da situação atual e das causas de sua ineficiência. Mais do que uma sistematização, dando cara nova a velhos problemas legislativos, fundamental que se proponham soluções. Estas, de sua feita, só podem ser encontradas nos problemas que estão na base dos mecanismos jurídicos de repressão criminal.

A impunidade, colocada de forma emblemática pela opinião pública, dá a exata medida da crise enfrentada por nosso sistema penal.⁶ A impunidade tra-

duz, em outras palavras, a crise de eficácia do sistema penal. Esta crise tem raízes profundas em nosso sistema. O aparelho repressivo do Estado está assentado sobre bases equivocadas e vive hoje uma inteira disfuncionalidade.⁷

A repressão criminal só atinge determinados extratos sociais. A sanção penal é aplicada apenas àqueles que não têm recurso para operar com a disfuncionalidade do aparelho estatal. Sob determinadas condições, relativas à manipulação dos mecanismos processuais e dos próprios órgãos de investigação, é possível adiar ou inviabilizar a ação do aparelho judiciário do Estado.

Desta forma, não apenas os segmentos mais abastados da sociedade, mas a criminalidade organizada consegue com facilidade neutralizar os mecanismos de repressão criminal; seja pela macrocriminalidade econômica, que opera com poderosos instrumentos de dissimulação e de pulverização de responsabilidades, seja pelo chamado crime organizado, que opera com a falência do monopólio da violência pelo Estado, estabelecendo áreas de influência pela força e pela "cooptação" de autoridades. Por estes meios conseguem obter liberdade de atuação em determinados setores ou regiões, como no tráfico de entorpecentes, no jogo ilegal, na venda cartelizada de produtos ou serviços, nas fraudes contra o patrimônio público, entre outros.

A consequência desta neutralização é, de um lado, a rapina sistemática do erário público e a intangibilidade dos crimes praticados a partir de organizações empresariais. De outro, a consequência é

4. Vide Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, *A Implementação da Legislação Ambiental: O Papel do Ministério Público*, in Anais do 9.º Encontro Nacional do Ministério Público, Salvador, 1992, pp. 369-388.

5. Idem, ibidem, p. 371.

6. Cabe a advertência de que o termo crise há de ser entendido como constatação dos aspectos disfuncionais do sistema penal, distanciando de qualquer carga emocional ou retórica com a qual usualmente vem sendo usado na discussão da matéria. Útil a advertência de Claus Offe, "A Ingovernabilidade": Sobre o Renascimento das Teorias Conservadoras da Crise, in *Problemas Estruturais do*

Estado Capitalista, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1984, pp. 236-260, sobre a apropriação ideológica do conceito de crise, utilizado de forma conservadora.

7. Sobre análise funcional do direito vide Manuel Atienza, *Las Funciones del Derecho*, in *Introducción al Derecho*, Barcelona: Barcanova, 1985, pp. 53-61.

a submissão dos órgãos de repressão aos grupos organizados, permitindo, por exemplo, o controle de áreas urbanas pelo tráfico de drogas ou as fugas “inexplicadas” do sistema carcerário.

Decorrem de fatos como esses o inteiro descrédito de nosso sistema repressivo. O político cujo patrimônio pessoal não se justifica por suas rendas legais e o traficante que dita ordens em uma favela, são duas faces de uma mesma moeda: a falência de nosso sistema criminal.

Aquilo que, de maneira geral, hoje se chama por impunidade não é apenas um estímulo à delinquência, mas, como as práticas mais organizadas conseguem escapar mais facilmente dos órgãos de repressão, servem para motivar o crime organizado, a macrocriminalidade, para impulsionar a sofisticação da violência. A criminalidade deixa de ser um conjunto de condutas isoladas, para ganhar características de prática rotineira, permanente. O crime ganha feições de verdadeira empresa.

Na verdade, a par das inúmeras mudanças sofridas pela sociedade em tempos recentes e como decorrências diretas dessas mudanças, verifica-se o aparecimento de uma nova criminalidade, caracterizada pela utilização de métodos de ação e organização inteiramente diversos daqueles que foram objeto da preocupação dos legisladores dos diplomas legais que versam sobre a matéria.⁸ Este tipo de criminalidade se instrumentaliza a partir de novas modalidades de atuação, valendo-se de ações pautadas, ao mesmo tempo, em estratégias de dissimulação e de pulverização. Por outro lado, essa criminalidade não convencional é significativa de uma violência diferenciada, que passa a afetar a um número muito maior de pessoas ou a interesses nitidamente coletivos ou de ordem geral.

8. Vale lembrar, o Código Penal é de 7.12.1940, o de Processo Penal é de 3.10.1941.

A principal consequência do embate do sistema criminal com esta nova criminalidade, está na perda do caráter preventivo da repressão estatal. Visto que o sistema não pode se impor exclusivamente pela força, uma vez que inalcançável universalidade da sanção penal, não podendo o Estado atingir a totalidade das condutas contrárias ao ordenamento, impõe-se a necessidade da pena ter um caráter exemplar, ou seja, de servir como desestímulo para a prática do crime.⁹

Cabe ao sistema penal transmitir em nível do real a mensagem de que “o crime não compensa”, da mesma forma os heróis daquele velho seriado policial da televisão. Mais do que no imaginário infantil, esta mensagem deve estar presente no senso comum da população. Da ineficácia do sistema criminal, resulta o enfraquecimento do desestímulo à prática de condutas contrárias ao sistema. A quebra desta função simbólica do sistema repressivo,¹⁰ notadamente em um quadro social degradado pela miséria e pelas desigualdades sociais, acaba por alimentar a própria criminalidade em um círculo vicioso.

Neste quadro, sob a pressão de uma violência crescente, a reação instintiva de parcela da população é se exigir um recrudescimento das sanções penais, com o aumento das condutas sancionadas e com o agravamento das penas, como se estas medidas fossem capazes de recupe-

9. Assim, aliás, desde Beccaria: “Os castigos têm por finalidade única obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus patrícios do caminho do crime”: Cesare Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*, S. Paulo, Hemus, 1983, p. 43. Vide, também, o § XLI, pp. 92-97.

10. Sobre violência simbólica e efetividade do sistema vide José Eduardo de Faria, “Técnicas de Encorajamento e Praxis Política, in *Sociologia Jurídica: Crise do Direito e Práxis Política*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, pp. 114-126.

rar o caráter preventivo do sistema.¹¹ Pensa-se que, aumentando a severidade da lei penal, inclusive com a introdução da pena de morte, aumenta-se o poder intimidatório do sistema e, com isso, recupera-se sua eficiência.

Ocorre que a ineficácia do sistema não se situa na dosagem das penas, mas na incapacidade de aplicá-las, sejam elas quais forem. De nada adianta aumentar a gravidade das penas se não for recuperada a capacidade de executá-las adequadamente. Não se percebe que o problema está situado na incapacidade do aparato repressivo do Estado dar uma resposta eficiente ao problema da criminalidade, notadamente pela inoperância dos instrumentos legais em face à uma realidade complexa e distante daquela que foi objeto das regulamentações legais do início do século.

Tome-se por exemplo a disciplina legal das relações de consumo. Esta surge da necessidade do ordenamento jurídico dar respostas à sociedade de massa. Na já paradigmática exposição de Mauro Cappelletti, "a complexidade da sociedade moderna, com intrincado desenvolvimento das relações econômicas, dá lugar a situações nas quais determinadas atividades podem trazer prejuízos aos interesses de um grande número de pessoas, fazendo surgir problemas desconhecidos às lides meramente individuais".¹²

11. Também conforme Beccaria, op. cit., "quanto mais terríveis forem os castigos, tanto mais cheio de audácia será o culpado em evitá-los. Praticará novos crimes para fugir à pena que mereceu pelo primeiro" (p. 43). Ainda: "Se são proibidos aos cidadãos muitos atos indiferentes, não tendo esses atos nada de prejudicial, não se previnem os delitos. (...) Desejais prevenir crimes? Fazei leis simples e evidentes" (pp. 92-93).

12. Mauro Cappelletti, *Formações Sociais e Interesses Coletivos Diante da Justiça Civil*, in Revista de Processo, n. 5, jan./mar./1977, p. 130.

Tratando-se de matéria relativa a consumo esta massificação das relações é constatação elementar. A sociedade de consumo (mass consumption society ou Konsumgesellschaft) é marcada exatamente pela impessoalidade das relações, pela pulverização das responsabilidades e pela vulnerabilidade do consumidor.¹³

Antigamente, a relação entre fornecedor e consumidor era direta, baseada em um conhecimento pessoal mútuo e em razoável poder de barganha de parte a parte. Neste sentido, a relação possuía um perfil mais estável e equilibrado, permitindo, por assim dizer, mecanismos de autotutela mais eficientes, dispensando a intervenção estatal.¹⁴

Em matéria cível o ordenamento jurídico conseguiu, notadamente pelas leis 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), dar respostas bastante concretas aos problemas decorrentes deste processo de massificação das relações. Mecanismos legais de ordem material e processual, integrados de forma razoavelmente harmônica, permitem um equacionamento bastante eficaz dos problemas emergentes da sociedade de consumo.

Em matéria criminal, talvez pela própria falência geral do sistema, não se conseguiu dar uma resposta efetiva aos problemas característicos de uma sociedade de massa.

Os instrumentos jurídicos prosseguem os mesmos que serviam a uma ordem

13. Neste sentido vide José Reinaldo de Lima Lopes, *A Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor*, S. Paulo, RT, 1992, em especial Capítulo 2, no qual o autor salienta: "O consumidor perdeu — enquanto indivíduo isolado — todas as chances de impor também suas condições" (p. 44).

14. A este propósito vide a introdução de Ada Pellegrini Grinover e de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Rio de Janeiro, Forense, em especial pp. 7-8.

social e jurídica profundamente diversa. Isto gera, sem dúvida, um descompasso entre os mecanismos jurídicos e a realidade sobre a qual atuam. Enquanto estes seguem fundados em critérios estritos de pessoalidade, em tipos penais fechados e em sanções corporais, as relações sociais são crescentemente impessoais e complexas.

Da mesma forma, fatos lesivos ao interesse geral da sociedade, que são tipificados como crime ou que, de alguma forma, fere a este interesse, não podem mais ser equacionados apenas pela aferição da lesão a interesses individuais. Fatos desta natureza configuram verdadeiros delitos de massa, afetando interesses e valores que transcendem à esfera individual. O sistema penal precisa proteger valores que são essencialmente transindividuais. Assim, por exemplo, a livre concorrência e o equilíbrio das relações de consumo, são valores que não dizem respeito ao empresário ou ao consumidor lesado individualmente, mas ao próprio funcionamento do mercado e à preservação de seus mecanismos fundamentais.

Os instrumentos legais, não conseguindo equacionar os problemas que são próprios das relações sociais e econômicas da atualidade, acentuam a crise de funcionalidade da qual já se falou. Daí porque as demandas sociais de atuação dos mecanismos repressivos do Estado e de um serviço jurisdicional eficiente, permaneçam sem respostas. Recoloca-se, então, a questão da impunidade, que surge como topos indicativos de um sistema que não está conseguindo cumprir suas funções de maneira adequada.

Torna-se bastante difícil, por um lado, a definição da responsabilidade criminal, em uma realidade em que as relações de consumo e econômicas em geral são impessoais e que as condutas são decididas a partir de mecanismos empresariais de grande complexidade. Por outro, a sanção penal perde inteiramente

sua eficácia, uma vez que dificilmente atinge a quem efetivamente deu causa ao fato lesivo, ou seja, quem detém a última instância do poder decisório em uma organização de moldes empresariais.

Decorre daí que, quando alguma responsabilidade consegue ser definida, ela acaba recaindo sobre os elos mais fracos das cadeias de responsabilidades de um determinado sistema organizacional. Assim, por exemplo, a exposição à venda de produto deteriorado (art. 7.º, inc. IX, da Lei 8.137, combinado com o art. 18, § 6.º, inc. II, do Código de Defesa do Consumidor), termina por ser imputada ao encarregado de loja da rede de supermercado. A sanção penal não atinge o responsável pela causa primeira do fato reputado como crime, ou seja, quem definiu as políticas de produção, a rotina de trabalho, o padrão das mercadorias comercializadas, o sistema de controle de qualidade, etc. Aquele que efetivamente detém o poder decisório em uma empresa acaba por se colocar a salvo de uma imputação penal, sem qualquer responsabilização.

Desta forma, a reprimenda não atinge o efetivo causador do dano, o responsável pela causa eficiente ao fato tipificado como crime. O detentor do poder decisório de uma grande empresa, por exemplo, se preserva, escondido atrás de uma rede burocrática de atribuição de responsabilidades funcionais. Nesta mesma medida, a sanção penal acaba por não produzir nenhum efeito sobre o detentor das decisões fundamentais, nas quais se encontram as origens das condutas criminalizadas pelo sistema.

Sob este enfoque, observa-se um novo aspecto da disfuncionalidade do sistema criminal. Não conseguindo abarcar toda a realidade ao qual se dirige, de sua aplicação parcial e pontualizada resulta sua própria desconfirmação: o sistema demonstra concretamente a possibilidade de se passar ao largo dele, de se con-

quistar uma imunidade prática, obtida através do exercício de determinadas funções que, embora constituam uma instância máxima de decisão, escapam dos mecanismos de responsabilização criminal.

Em grande parte esta disfuncionalidade ocorre porque o sistema penal está voltado para atos contrários ao ordenamento, considerando as condutas separada e isoladamente. Como a economia contemporânea prima por se estruturar a partir do conceito de atividade,¹⁵ assim considerado o conjunto de atos ordenados para um determinado fim, para consecução de resultados pré-estabelecidos, o ordenamento criminal não consegue combater a chamada criminalidade econômica, que atua confortavelmente instalada no seio de complexos aparelhos empresariais.

É preciso que o ordenamento jurídico se capacite para aplicar sanções que tenham efetiva repercussão sobre a atividade contrária aos interesses da sociedade, agindo não apenas sobre agentes isolados e considerando condutas separadamente.

15. Sobre o desenvolvimento da noção de atividade na teoria do direito, vide Paulo Luiz Neto Lobo, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: Pressupostos Gerais*, in *Revista Justitia*, S. Paulo, PGJ, n. 160, out./dez. de 1992, pp. 129-130.

Pode-se afirmar, então, que qualquer reforma efetiva de nosso sistema criminal, deve estar voltada à solução de problemas que não mais são equacionados pelos instrumentos tradicionais.

Há de se observar, principalmente, que, por trás da conduta diretamente lesiva a um interesse social, existe, muitas vezes, um sistema organizacional que a impulsiona e lhe propicia os meios de execução. Também se deve constatar que, a par de atos isolados, o ilícito penal passa a se caracterizar como atividade, mostrando-se, assim, a necessidade de modificar o próprio modo de responsabilização criminal. Neste sentido, importante que se passe a criminalizar de forma autônoma a gestão de determinada organização ou atividade criminosa.

Para que mudanças desta ordem alcancem eficácia, é preciso que qualquer reforma no direito material, seja consentânea com uma revisão da sistemática processual, de forma a propiciar instrumentos mais ágeis de persecução criminal, de maneira que se possa atingir toda a cadeia de responsabilidades de uma organização criminosa ou se detectar toda a extensão de determinada atividade ilícita. Por fim o sistema de penas deveria ser revisto, tornando mais adequada a sanção à modalidade de delito (notadamente naqueles de natureza econômica) e aproximando a reprimenda penal da reparação do dano.