

# PROPOSTA DE UMA NOVA POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA PARA O BRASIL

Prof. Luíz Flávio Borges D'Urso\*

O Brasil necessita de uma Política Criminal e Penitenciária, de forma a definir, orientar e focar os objetivos que o governo, permanentemente, deverá procurar alcançar, pois não se trata de uma política limitada a uma gestão governamental, mas de uma diretriz, nítida a guiar os futuros dirigentes nacionais.

Este trabalho, que submetemos à apreciação da comunidade jurídica nacional, teve origem na determinação do Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça, quando nos designou Relator, objetivando preparar proposta para uma nova Política Criminal brasileira e, na mesma oportunidade, o Prof. Nilzardo Carneiro Leão foi também designado relator de uma proposta para uma Política Penitenciária para nosso país.

O ilustre Professor apresentou em reunião plenária seu relatório, registrando sua dificuldade em separar a Política Penitenciária da Política Criminal e nosso trabalho também encontrou o mesmo ponto de resistência e ambos relatórios foram aprovados por unanimidade.

No parecer do Prof. Nilzardo, verifica-se a intimidade entre as duas políticas, quando leciona: "A elaboração de uma *POLÍTICA PENITENCIÁRIA* torna-se tarefa complexa na medida em que o êxito de seus objetivos

está a depender de sua efetiva aceitação e execução, além de ser necessário postar-se em perfeita identidade com o sentido finalístico de uma *POLÍTICA CRIMINAL*, ora também em discussão, de modo a tornarem-se ambas um estudo global e realístico daquilo que o *CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA* considera fundamental às grandes linhas de adequação e de reformas".

E o ilustre Conselheiro Nilzardo conclui: "A *POLÍTICA PENITENCIÁRIA* está intimamente atrelada, interligada, aos objetivos de uma *POLÍTICA CRIMINAL*, na medida em que esta é instrumento indispensável à execução daquela, ambas indispensáveis à melhoria de vida do cidadão. Como também inaceitável que esta se pudesse operar fora do que for aplicado nos estabelecimentos penais, buscando a compreensão da efetiva e real aplicação da pena".

Daí, já neste início, nosso registro em coro aos argumentos do Cons. Nilzardo, posto que as dificuldades para traçar uma Política Criminal para o Brasil, são gigantescas, senão observada em sintonia com a Política Penitenciária Nacional.

Convém, desde já, advertir, que inexistente projeto de política criminal brasileira, dissociada de um projeto

\* Advogado criminalista, Presidente do Conselho Estadual de Política Criminal e Penitenciária-SP, Presidente da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas - ABRAC e da Academia Brasileira de Direito Criminal - ABDCRIM, professor de Direito Penal, Mestre e Doutorando em Direito Penal pela USP, Conselheiro e Diretor Cultural da OAB/SP e Membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça e da Comissão de Reforma da Lei de Execução Penal.

de política social, porquanto aquela é efeito desta, sendo a política criminal o resultado da política social implementada no país.

As presentes diretrizes de uma Política Criminal e Penitenciária enunciam uma séria de princípios básicos e propósitos a serem perseguidos, objetivando o aprimoramento da reação ao fenômeno crime, bem como da execução penal no país, em consonância com a Constituição Federal, a legislação pertinente e o Programa Nacional de Direitos Humanos, bem como em harmonia com as Regras Mínimas estabelecidas pela ONU, para Tratamento do Preso, além das Regras de Tóquio e as do CNPCP/MJ.

E afinal, o que é Política Criminal?

Na busca de uma definição, encontramos o expressivo trabalho de madame *Mireille Delmas-Marty*, uma das maiores autoridades em direito penal e criminologia da Europa, editado em 1983, pela *Economica de Paris*, intitulado *MODÈLES ET MOUVEMENTS DE POLITIQUE CRIMINELLE* (Modelos e Movimentos de Política Criminal), que orienta quanto à pesquisa preconizada.

Assim, “a expressão *Política Criminal* foi durante muito tempo sinônimo de teoria e prática do sistema penal designando, conforme a expressão de *FEUERBACH*, “o conjunto dos procedimentos repressivos através dos quais o Estado reage contra o crime”. Entretanto, constata-se hoje que a política criminal se desligou tanto do Direito Penal quanto da Criminologia e da Sociologia Criminal e adquiriu um significado autônomo. E quando em 1975, *MARC ANCEL* cria a revista “*ARCHIVES DE POLITIQUE CRIMINELLE*”, ele frisa de imediato a necessidade de não limitar a política criminal apenas ao direito penal e propõe que seja considerada como “*a reação, organizada e deliberada, da coletividade contra as atividades delituosas, marginais e anti-sociais*”, empenhando-se em destacar sua dupla característica de *ciência de observação* e de *arte*, ou de *estratégia metódica da reação anticriminal*”.

E madame *DELMAS-MARTY* conclui que poder-se-ia dizer, retomando e ampliando a definição de *FEUERBACH*, que a Política Criminal compreende “*o conjunto dos procedimentos através dos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal*”.

Em duas palavras: a Política Criminal tem, prioritariamente, por objetivo permanente, assegurar

a coesão e sobrevivência do corpo social respondendo à necessidade de segurança das pessoas e dos bens.

Já o Desembargador paulista Marcelo Fortes Barbosa, afirma que Política Criminal é o controle pragmático externo sobre a Legislação Penal, presentemente, também, sobre a jurisdição do ponto de vista concreto. Além disso, separa dois ramos para essa política, quando estabelece, teoricamente, duas classificações para a Política Criminal, sendo a primeira uma Política Criminal legislativa e, outra uma Política Criminal jurisprudencial.

Nesse diapasão, entende o Professor da USP, que a Política Criminal, precipuamente, deve verificar-se no campo legislativo e, atualmente, insiste, que carecemos de uma reforma penal, quando leciona: “Assim, uma reforma penal deve enveredar sempre por uma triagem no campo da antijuridicidade material para verificar aqueles relatos que deixaram de ter razão de ser no CP, que resultaram no enfraquecimento do cometimento respectivo, a fim de que ou substitua o relato por outro ou, por anomia completa, resolva extingui-lo” (*in* Política Criminal, vários autores, editora Usina Editorial, p. 88).

Portanto, para o professor de São Paulo, uma Política Criminal passa por um enfoque quanto à oportunidade dos tipos que o Estado dispõe, a fim de coibir condutas indesejáveis. Esse enfoque obriga um rastreamento por entre os tipos estabelecidos pelo legislador pátrio e confrontá-los com nossa realidade, verificando, assim, como salientado, sua oportunidade face à conjuntura.

Do exame desses tipos poder-se-á resultar em tipos que devem desaparecer e outros que devem dar lugar a novos tipos, vale dizer, umas condutas tendem a ser expurgadas do regramento penal, enquanto outras darão lugar a novas condutas, antes inimagináveis pelo legislador, mas que hoje precisam de regramento, à luz dessa política criminal.

E o Des. Barbosa conclui: “Há vários exemplos num sentido de abolição e no sentido de necessária introdução de normas novas na Legislação Penal, como reclamo da política criminal legislativa. Alguns dispositivos, por anomia total da norma penal já deveriam ter sido erradicados do CP, e outros, já deveriam ter sido modificados, por anomia parcial, com outra conformação típica dos dispositivos a fim de que os relatos fiquem revigorados e, conseqüentemente, os respectivos cometimentos

possam, novamente, impregnar-se de carga punitiva”.

Ao lado dessa Política Criminal legislativa, ainda segundo o Prof. Barbosa, existe a Política Criminal Jurisprudencial, quando assevera: “Assim, hoje, as Súmulas dos Tribunais Superiores da República formam um autêntico Direito de concreção, que já se está denominando por nome próprio, “Direito Sumular”. Trata-se, à evidência, de manifestação de Política Criminal jurisprudencial, que muitas vezes interpreta a lei de maneira mais ampla do que o Direito estrito. Além disso, é bom que se observe que a jurisprudência da mais alta Corte de Justiça do País oscila de acordo com o acréscimo ou diminuição da criminalidade urbana. Assim, já houve época em que o STF chegou a admitir a continuidade delitiva entre o furto e roubo, que hoje é repudiada em face do crescimento do número de crimes patrimoniais, especificamente os violentos”.

Outra manifestação dessa Política Criminal jurisprudencial é notada quando os Tribunais manifestam-se, por exemplo, sobre a aplicação da Lei dos Crimes Hediondos - Lei 8.072/90, aos casos que lhe são submetidos, posto que tal diploma é fruto de um movimento denominado Lei e Ordem, que advoga o endurecimento penal, maior criminalização e aumento de tempo de encarceramento, influenciando o legislador e também o julgador, numa política à luz dessa corrente. O equívoco desse entendimento ficou patente na própria evolução do Direito Penal no mundo, pois o aumento de pena, juntamente com um maior encarceramento, não diminuem a taxa de criminalidade. Hoje não há mais dúvida, que o que realmente reflete na criminalidade é a certeza da punição.

Falamos sobre conjuntura e é inegável que a Política Criminal passe, necessariamente, a sofrer os influxos sociais, a delimitar as condutas eleitas pelo legislador penal, que passará a regrá-las.

Os apelos da atualidade, sabemos todos, impõem enormes frustrações aos povos, principalmente àqueles povos brindados pelo que se tem de mais avançado em tecnologia, aumentando o hiato entre os capacitados a consumir e os demais, condenados a somente assistir a um consumismo injustificável. Aumentam-se, obrigatoriamente, as áreas de atrito social e o Direito tem como tarefa administrar esta questão.

Nosso ex-presidente do CNPCP/MJ, Prof. Edmundo Oliveira teve sensibilidade suficiente para registrar essa realidade, em seu livro “Política Criminal e Alternativas à Prisão” - Editora Forense, quando escreve: “O mundo moderno coloca o Direito diante da necessidade de restabelecer a segurança e a paz, sem arranhar a justiça, sem violar os direitos fundamentais da humanidade. Poderíamos viver bem melhor, se soubéssemos realizar a conciliação dos valores do indivíduo e da sociedade, no sentido de evitar que a pobreza e a miséria tornem ilusória a igualdade perante a lei. A conciliação de todos os valores do indivíduo e da sociedade, e de todos os fatores instrumentais e finalísticos, é problema de composição de forças que a mecânica não o pode resolver, mas o Direito sim, mercê da organização social e da disciplina jurídica. Fora dessa regulamentação da vida em sociedade, que é o Direito, não há segurança nem justiça”.

Frente a essa realidade, exige-se o exame dos mecanismos de regramento sociais, a fim de se estabelecer o momento no qual pode se invocar o Direito Penal, assim, reserva-se a resposta penal para os casos nos quais as respostas advindas de outros mecanismos de controle sociais falharam, vale dizer, somente após falharem todas as outras formas de regramento para a sociedade, é que se autoriza o chamamento do Direito Penal, restringindo-o ao essencialmente necessário. Esse é o chamado mecanismo do Direito Penal mínimo, ou da mínima intervenção, o qual deve, a nosso ver, assoalhar uma Política Criminal para nosso país.

Ainda o Prof. Nilzardo, em seu belo parecer, ensina que “sendo “fenômeno de massa”, a criminalidade, no melhor conceito criminológico, não pode ser vista apenas sob a ótica jurídica e muito menos ser enfrentada com possíveis agravamentos das sanções penais ou simples introdução de novos tipos e consequentes preceitos sancionadores. A moderna concepção da “intervenção mínima” do direito penal repele essas soluções, que, sabe-se, não terá força alguma no reduzir a criminalidade”.

Nesse raciocínio, à luz desse Direito Penal mínimo, é que se deve admitir a análise conjuntural, a verificar se pretendemos somente criar novos tipos penais, objetivando, exclusivamente, intimidar, ou buscamos, também pelo Direito Penal, uma melhor convivência de nossos compatriotas.

Sediado nesse enfoque, é que vamos buscar a manifestação do Professor Barbosa, quando assevera: "De outro lado, o aumento da criminalidade violenta, que é um fato constante numa sociedade que se caracteriza pela urbanização desenfreada, pelo abandono do campo em prol das cidades, pela impessoalidade das relações da cidade grande, faz com que outros tipos penais sejam necessários para uma boa política criminal legislativa. Em suma, a política criminal legislativa visa à efetividade da norma penal, que conjugada com a sua legitimidade lhe garante a eficácia".

Para subsidiar este estudo, vale registrar, nesse ponto, a existência de uma corrente político-criminal, que segundo o Professor carioca João Marcello de Araújo Júnior, é atual. Trata-se da Política Criminal Alternativa.

Embora possa assustar alguns, a confundi-la com o Direito Alternativo que apareceu no sul do país, essa corrente é extremada, porquanto, embora enfeixe tendências, advoga a abolição do sistema penal e da pena privativa de liberdade, o que sabemos, na atualidade, é pura utopia.

Mas, para melhor entender essa corrente penal, observe-se o comentário do Professor João Marcello, em seu livro *Sistema Penal Para o Terceiro Milênio* - Editora Revan - p. 78: "Sob a denominação Nova Criminologia, encontramos um outro movimento que, à semelhança da Novíssima Defesa Social, se constitui numa espécie de frente ampla, que abriga em suas fileiras tendências diversas. Nova Criminologia é expressão genérica, na qual se subsumem denominações específicas, como Criminologia Crítica, Criminologia Radical, Criminologia da Reação Social, Economia Política do Delito (denominação proposta na Inglaterra) e outras, cada uma, a seu modo, significando reação à chamada Criminologia Tradicional, que, fulcrada no pensamento positivista, preocupa-se apenas com a etiologia do crime e com os aspectos psicológicos da passagem ao ato, a partir de conceitos estratificados na lei. Todas essas Criminologias contribuem para a formação, no campo da política criminal, de um movimento conhecido por Política Criminal Alternativa, cujo principal veículo de divulgação foi a revista *La Questione Criminale*, que se editava em Bolonha, sob a orientação do denominado Grupo de Bolonha".

Num misto de alerta e protesto, contra o Direito Penal nos moldes que conhecemos no Brasil, o Professor carioca conclui: "A Nova Criminologia demonstra que o Direito Penal não é igualitário, nem protege o bem comum e, também, que sua aplicação não é isonômica".

Dessa forma, para se alinhar uma Política Criminal para nossa nação, não podemos perder de vista o que diz o Professor da Faculdade de Direito do Recife, Ruy Antunes, citado pelo Cons. Nilzardo em seu parecer: "À política criminal (e penitenciária) cumpre indicar os meios adequados para consecução de determinados objetivos no seu campo específico de pesquisa. À Política cumpre recolher essas sugestões, como tantas outras fornecidas por disciplinas consagradas ao estudo de fenômenos de diversa ordem - educação, higiene, assistência médica, etc. - e decidir da oportunidade de sua aplicação."

Nos objetivos da Política Criminal nacional devem estar a redução dos níveis de criminalidade o quanto possível, juntamente com a garantia dos cidadãos e para tal, algumas sugestões são elencadas:

- a) Exata adequação da utilização da pena privativa de liberdade, nos moldes de utilização mínima, à luz de um Direito Penal mínimo também, servindo a cadeia somente para aqueles que revelem periculosidade. Isto porque, a pena de prisão, como sabemos, não recupera, mas, ao contrário, aniquila o homem e jamais reintegra-o. Assim, trata-se de medida abominável, contudo indispensável para alguns. Maior abrangência das penas alternativas é absolutamente necessário.
- b) Um programa que possibilite a descriminalização, a despenalização e a desjudicialização. Vale dizer, um esforço para que o legislador possa afastar do elenco de tipos, condutas que, pela conjuntura, mereçam afastar-se do campo penal; afastar de algumas condutas que ainda prevista pela lei penal a pena severa, bem como afastar da apreciação do judiciário o que pode ser distanciado desse crivo, porquanto aliviar-se-ia o sistema, desobstruindo-o para concentrar-se nos problemas realmente graves que são levadas à apreciação de nossa Justiça.
- c) Transportar à comunidade, o quanto possível, transferindo do Estado para a

sociedade, a função de controle sobre as condutas consideradas nocivas leves. Ampliar o alcance das composições civis nas lides penais, bem como a aplicação das penas alternativas, como mecanismo de resposta penal ressocializador. Face aos efeitos maléficos do cárcere, a aplicação de penas alternativas à prisão é uma exigência humana, pois no dizer do Prof. Damásio de Jesus, ilustre integrante deste Conselho, existem pessoas que delinquiram e *precisam ser presas*, face ao risco que representam à sociedade, pois são pessoas perigosas, todavia, existem pessoas que, apesar dos delitos que cometeram, *não podem ser presas*, pois a prisão lhes fará mais mal, a ele e à sociedade ao final, do que o mal do delito cometido. De forma que o objetivo da recuperação, dessa maneira - com a aplicação das penas alternativas - pode tornar-se realidade.

d) Focando o direito penal mínimo, impõe-se a criminalização dos comportamentos que importem dano ou ameaça, no dizer do Prof. Marcello, aos fundamentais interesses das maiorias, tais como: a criminalidade ecológica, a econômica, as violações à qualidade de vida, as infrações à saúde pública, à segurança e higiene no trabalho, e outras do mesmo gênero.

e) Comprometer, de alguma forma a ser estudada, o aparelho da *MÍDIA* nacional, a difundir os objetivos da certeza da punição, com intensa observação aos direitos humanos e às garantias individuais, sem dispensar as garantias processuais. A vasta propaganda deve desestimular a prática do delito, fazendo papel inverso daquele que hoje se observa. Esta proposta deve compreender uma verdadeira campanha permanente de esclarecimento à população sobre a lei penal seu reflexos e as conseqüências reais aqueles que a transgridem. Enfim, há que se reimplantar o respeito à lei e o temor à pena, que não precisa ser privativa de liberdade, porém certa; que não precisa ser exacerbada, porém inexorável a desestimular, principalmente, os jovens que pretendem delinquir. Para tanto a mídia tem um papel fundamental.

f) O profissional do direito tem hoje, dificuldade em saber quais leis estão vigentes,

o que não dizer do cidadão que tem enorme dificuldade em conhecer as leis, daí porque, deve passar pelo projeto de Política Criminal, a preocupação com que os brasileiros conheçam suas leis e para tal, uma medida sugerida poderia ser a Consolidação das Leis Penais, pois mais uma vez, a quantidade de leis criminais fora do código penal é tão grande, senão maior do que os dispositivos codificados. Já tivemos em nossa história um momento que a consolidação mostrou-se útil, creio que estamos diante de uma nova necessidade de consolidar todos os regramentos criminais.

g) Outra questão que deve estar esculpida na Política Criminal adotada é a manutenção da maioria penal aos 18 anos, porquanto, face ao sistema prisional que temos, de nada adiantará rebaixar esse patamar etário de responsabilidade penal. Na verdade, penso que o ideal seria o critério psico-etário, a verificar quando o agente tem compreensão de sua conduta para responsabilizá-lo criminalmente.

h) Nosso sistema tem, lamentavelmente, esquecido as vítimas e testemunhas, abandonando-as à própria sorte após servirem à justiça. Indispensável que tenhamos um programa de proteção à testemunha e à vítima se pretendemos aprimorar nosso sistema de justiça.

i) Todas as formas de prevenção do delito devem ser consideradas e campanhas de prevenção têm que estar num projeto que traça a Política Criminal nacional, esclarecendo a opinião pública, que o delito ocorrido, mesmo que prevenido, será punido, de forma a demonstrar que afastada está a impunidade, investindo-se na certeza da punição.

j) Jamais se pode traçar um plano sem as informações circunstanciais que devem subsidiar aquele que é responsável pela estratégia; da mesma forma, nosso país carece de pesquisa criminológica, aliás, carece de dados em geral, principalmente aqueles destinados à estatística criminal. Somente poder-se-á traçar as estratégias após se conhecer todos os dados e circunstâncias que envolvam o problema criminal.

k) Quanto à pena, embora mereça destaque no projeto de Política Penitenciária, há que se ponderar, embora epidermicamente, da necessidade de sua proporcionalidade, posto que tal graduação garante o equilíbrio da individualização da pena, quer pelo agente, quer pelo delito cometido, eliminando o enfraquecimento da norma penal pelo desuso face ao seu rigorismo.

l) Os problemas enfrentados pelo governo para estabelecer um plano de segurança pública servem para demonstrar a necessidade de um remodelamento, de uma reengenharia para a formulação de uma nova doutrina de segurança pública no país, o que certamente deverá estar inserido num projeto de Política Criminal brasileira.

Todas estas propostas não afastam os cuidados que haverão de ser dispensados, visando às causas sociais que deflagram a criminalidade, como, por exemplo, o combate à miséria, à desnutrição, melhor distribuição de renda, melhores oportunidades de trabalho, instrução, alimentação acessível, assistência à saúde, etc.

Por derradeiro, invocamos a lucidez de nosso estimado Professor João Marcello quando leciona: “O desejo ardente de uma sociedade sem crimes e sem penas é nobre e deve empolgar todas as sociedades que amam a liberdade e lutam pela igualdade e fraternidade entre os homens. Tal aspiração, entretanto, não nos deve impedir de reconhecer a realidade, e esta, infelizmente, ainda não se identificou com o sonho. Por isso, ao mesmo tempo que lutamos pelo progresso, devemos nos manter na defesa das conquistas já alcançadas, pois se nos dedicarmos ao devaneio, gozando a antevisão de sua concretização, poderão ocorrer retrocessos que nos façam acordar diante de uma sociedade mais cruel que a atual”.

E encerrando, voltamos ao ponto inicial de contato entre a Política Criminal e a Política Penitenciária, pois de nada adianta todo esforço na política legislativa e até jurisprudencial, quando o desaguar desse esforço ocorre no vazio da iniquidade de nosso sistema penitenciário, colocando tudo a perder.

Por fim, ainda o Cons. Nilzardo, com sua lucidez ímpar, é invocado mais uma vez, quando em seu parecer registra: “Fora de dúvida, inquestionável mesmo, que a *POLÍTICA*, em sua compreensão genérica, e as *POLÍTICA CRIMINAL* e *POLÍTICA PENITENCIÁRIA*, completando-se, representam um tempo histórico social e que refletem e manifestam a cultura de uma época. Fora de dúvida que uma *POLÍTICA CRIMINAL* tem de voltar-se não apenas para estruturas normativas e suas modificações, para adequar-se a novas situações e valores emergentes, mas para oferta de possíveis soluções, as mais variadas e esperadas pela sociedade, no sentido de minimizar os níveis de criminalidade e reduzi-la a limites de suportabilidade social. Porque, sem dúvida, esse é problema que está e exigir providências as mais diversas, imediatas ou mediatas, em todos os níveis, ante o risco crescente da segurança dos cidadãos e da coletividade como um todo, com graves repercussões no desenvolvimento do país”.

Submetendo, assim, este parecer, ao crivo da comunidade jurídica nacional, uma vez que aprovado por unanimidade pelo Egrégio Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, acreditamos que uma Política Criminal intuída pelos dirigentes intelectuais não seja suficiente, há que se ter um programa para sua implantação, há que se ter seus princípios e diretrizes, enfim, há que se saber o rumo certo de nossa trajetória penal, atual e futura, e somente aí, teremos a Política Criminal e Penitenciária Brasileira que pretendemos.