

# Criminalidade e política criminal

FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO

Ministro do Tribunal Federal de Recursos

Após as saudações de praxe, desejo iniciar esta preleção com alguns dados estatísticos fornecidos recentemente pelo DEPEN, órgão do Ministério da Justiça.

Os presídios brasileiros estão superlotados. Temos, ao todo, cerca de 41.250 lugares nesses estabelecimentos (capacidade de lotação), mas o número de presos já ascende a, aproximadamente, 71.000. Todavia, o que mais impressiona é, ao lado disso, a existência de 251.000 mandados de prisão expedidos e ainda não cumpridos. Como fazê-lo? E simplesmente impossível.

Esses dados nos revelam que o Direito Penal, no Brasil, é duplamente ineficaz: de um lado, quase nada se pode fazer, em estabelecimentos superlotados, em prol da regeneração do condenado; de outro, o maior número de condenações fica no papel, já que não são prontamente executadas.

O que falha em tudo isso?

Notem os senhores que o valor do Direito Penal, em seu aspecto de prevenção geral ou especial, está na sua eficácia. O Ministro CORDEIRO

Conferência proferida em 21-11-87, no I CICLO MARANHENSE DE CIÊNCIA DO DIREITO, em São Luis — MA.

GUERRA, do Supremo Tribunal, costuma dizer que ninguém mete o dedo em uma tomada elétrica porque sabe, de antemão, que, se o fizer, leva um choque. *A pena criminal deve assemelhar-se a esse choque, para que produza efeitos sobre o delinqüente no meio social. Mas, em um país em que a pena criminal não passa de mera ficção, isto é, consta da sentença e não se executa, ou se executa mal, é como se estivéssemos diante de uma tomada que não funciona, na qual se pode meter o dedo, sem perigo de levar choque.*

E o criminoso sabe disso. Tanto que, freqüentemente, temos notícia de crimes bárbaros, praticados nas ruas de nossas cidades, por quem já está condenado a 10, 30 ou 40 anos, mas permanecia solto.

Por que estava nas ruas esse multirreincidente? *Será possível ou desejável continuarmos na linha da falsa pregação de que é necessário agravarem-se ainda mais as penas, aumentar o número de condenações etc., se não damos conta sequer do que aí está?*

O que falha entre nós? Eis a questão.

O exame desses fatos, de conhecimento público, freqüentemente mencionados pela imprensa, leva a uma reflexão de política criminal, ou melhor, conduz à necessidade de refletirmos um pouco sobre a política criminal brasileira.

E a isso nos propomos nesta conferência.

A política criminal brasileira começou, precisamente, com o Código Criminal do Império, de 1830. Sua ideologia está na Carta Constitucional de 1824.

Esse primeiro estatuto penal significou um grande avanço, foi objeto de elogios pela comunidade internacional, serviu de modelo para o Código Espanhol e, por via reflexa, para os códigos dos países latino-americanos. Mas esse mesmo Código nasceu sob a inspiração da fé no cárcere, da fé na pena de prisão e na pena de morte. A política criminal que o informa é uma política criminal de índole repressiva, baseada na idéia que arranca da crença na pena criminal como instrumento único, bastante e suficiente ao combate ao crime, à contenção da criminalidade. Depois desse, tivemos o primeiro Código Republicano, de 1890, que evolui, de certa forma, em relação ao Código de 1830: atenua uma série de penas, mas situa, ainda, no centro da legislação penal, a mesma idéia da repressão ao crime, do combate ao crime, da fé na pena de prisão. *Sobretudo, na pena de prisão que começa a adquirir relevância desde então. A Consolidação das Leis Penais mantém-se na mesma linha, e o Código de 1940 aprimorou a técnica, mas não abrandou o caráter nitidamente repressivo, orientando-se pela idéia de que a pena de prisão continuava como o remédio único e definitivo contra o fenômeno do crime. Estes Códigos, o primeiro de 1830, passando*

pelo Código Republicano, pela Consolidação das Leis Penais, e chegando até o nosso Código de 1940, são Códigos que foram elaborados a partir de idéias então vigorantes em países da Europa Ocidental. Recentemente, em Congresso Internacional de Direito Penal, trocava idéias com um grande penalista latino-americano, RAUL ZAFARONI. Dizia-me ele que, na Argentina, não há tantos problemas. Para uma população, se não me falha a memória, de vinte milhões de habitantes, existiam 10 ou 50 mil presos. E todos cumpriam suas penas razoavelmente. Se isso ocorrer em outros países de menor população, pode-se antecipar a conclusão de que o Direito Penal de índole repressiva, com todos os equívocos que possa ter, funciona em lugares de menor número de habitantes, ou de menor densidade demográfica. O que não é o caso do Brasil ou de nossas regiões urbanas, de grande densidade demográfica.

Há, pois, no Brasil, urgente necessidade de se repensar nosso ordenamento jurídico-penal, já que a Reforma de 1984 ainda continua incompleta.

O Código Penal de 1940, com o que dele ainda permanece, feito e editado no clímax do Estado Novo, foge aos padrões desejáveis. Foi, para a época, um estatuto avançado, incorporando o que havia de consenso na doutrina então dominante. Essa doutrina, porém, tem um grave pecado: remonta ao primeiro quartel do século XX e se estrutura sobre a crença da necessidade e suficiência da pena de prisão para o controle do crime. A política criminal que a inspira é marcadamente parcial e repressiva. Tão repressiva que transformou, entre nós, a medida de segurança, de caráter eminentemente preventivo, em uma espécie de pena complementar da pena retributiva ou em pena de prisão para portadores de doença mental, em celas de horribéis manicômios judiciários. Não desejamos repetir, aqui, as críticas que temos endereçado a esse Código, por já serem bastante conhecidas (cf. *Princípios Básicos de Direito Penal*, pp. 58 e ss.).

Frise-se, porém, que a malsinada fé no cárcere tornou-se responsável, entre nós, por coisas como estas:

a) a falsa noção de que a cadeia é o remédio para todos os males sociais, noção essa que obteve enorme difusão entre a população, e hoje se poderia considerar solidamente instalada na opinião pública brasileira;

b) a aplicação de penas de prisão superiores ao tempo médio de duração da vida humana, como se esta ficção das ficções pudesse assustar ou intimidar bandidos que enfrentam a morte constantemente, como rotina do cotidiano;

c) os milhares, muitos milhares de mandados de prisão, resultantes de condenações ou de medidas processuais, que não podem ser cumpridos, por desaparecimento policial ou por falta de espaço nos estabelecimentos penais, gerando a consciência da impunidade do crime e o descrédito da Justiça Criminal;

*d) o abarrotamento, o submundo dos atuais estabelecimentos penais e a rotulagem, com a conseqüente marginalização social, de um bom número de indivíduos que, sem retorno possível, descambam para a criminalidade mais grave;*

*e) por fim, o círculo vicioso ancorado na falsa idéia de que a solução, agora, seria agravarem-se e ampliarem-se ainda mais as hipóteses de penas de prisão: o crime conduz à pena, a pena conduz ao crime e este a mais penas, e assim por diante.*

A Reforma de 1984, que, como se sabe, não se constituiu em ato de generosidade de um Governo, mas nasceu de um pensamento penalístico reformador, que se desenvolveu entre nós durante mais de duas décadas (o primeiro projeto de reforma de NELSON HUNGRIA data de 1963), busca alterar esse panorama, mas não o tem conseguido: primeiro, por estar incompleta (ainda não se reformou a Parte Especial nem se editou o novo Código de Processo Penal); segundo, pelas naturais dificuldades de implementação de alguns institutos, ante a falta de recursos para tanto. Além disso, registram-se, agora, em algumas áreas, tendências muito fortes e preocupantes, no sentido de um retorno a orientações de legislações pretéritas, o que soma novas dificuldades àquelas já existentes.

Como os debates em torno dessa nova legislação ainda estão quentes, dispense-me de repetir o que tenho dito e escrito, reiteradamente, a respeito, para poder dedicar algumas palavras sobre o que reputo fundamental no momento presente.

Há, no Brasil, uma Constituinte instalada que nos dará, em breve, a nova Constituição da República. Nessa nova Lei Maior, como não pode deixar de ser, estabelecer-se-ão os limites da atuação dos Poderes do Estado, frente aos direitos e garantias individuais. Estabelecer-se-á o tipo de Estado e de regime sob os quais iremos viver em futuro próximo. Parece-me confortador saber que o ideário da reforma penal brasileira está expressamente consagrado no texto do projeto recém-aprovado na Comissão de Sistematização, ao estabelecer as formas de pena criminal. Como prepararmos, entretanto, para a implementação, no Brasil, de uma autêntica política criminal?

A dogmática penal atinge, em nossos dias, nível elevadíssimo de desenvolvimento. Os conceitos que elaborou nos últimos 50 anos parecem suficientes à construção de um sistema jurídico penal mais do que razoável. De tal sorte que seus pontos ainda polêmicos são de uma tessitura tão fina e periférica que já não conseguem situar-se antiteticamente em termos de "certo" ou "errado". Deve o dolo localizar-se no tipo, na culpabilidade ou em ambos? A consciência da ilicitude é elemento do dolo ou da culpabilidade? Pena e medida de segurança, ou a primeira desempenhando a função de ambas?

Qualquer que seja a resposta que se dê a estas indagações — e citamos algumas apenas exemplificativamente —, não põe em questão os temas fundamentais, consensualmente já resolvidos, tais como: o princípio da culpabilidade, os elementos subjetivos e objetivos do crime, a sanção penal com seu dúplice caráter retributivo-preventivo etc.

A questão — esta, sim, difícil de se resolver — situa-se na esfera de atuação da política criminal. E aqui a polêmica instaura-se sobre pontos fundamentais, ainda sem respostas com trânsito pacífico.

A política criminal identifica e seleciona princípios, meios e métodos para o controle do fenômeno do crime.

Agora, vejamos este exemplo: que meios selecionar e que volume de recursos canalizar para as instâncias estatais de controle do crime? Ou até mesmo esta perspectiva será discutível?

A mesma pergunta poderia ser formulada de modo diverso, assim: que preço estaremos dispostos a pagar, em termos de restrição à liberdade, de desvios de recursos de outras áreas igualmente prioritárias, ou de maiores encargos tributários, para a obtenção da tão sonhada segurança pública e pessoal?

Estas indagações, ainda sem respostas entre nós, por falta de um consenso em torno de discutíveis propostas conflitantes, conduzem ao que poderíamos chamar de “a hora da verdade”, no âmbito da política criminal brasileira. E, para não fugir pela tangente e ter que enfrentar essa realidade, permitam-me colocar como premissa do raciocínio que se seguirá uma proposição simples, que pode ser facilmente intuída a partir da experiência brasileira. Ei-la: da mesma forma que não se podem revogar, por ato legislativo, a causalidade do mundo da natureza ou as leis que regem os fenômenos sociais, assim também não se podem revogar, por simples decreto, os fatores causais do crime.

A insuficiência das leis penais, por mais severas e abrangentes que sejam, para conter ou reduzir a criminalidade de nossos dias, atesta a validade dessa premissa.

Não obstante, da mesma forma que é possível utilizarmos-nos das leis da natureza, em certa medida, para a obtenção de resultados valiosos, e influirmos nos fenômenos sociais, para criar respeitáveis instituições, canalizando poderosas forças para objetivos valiosos, contendo algumas tendências, direcionando outras, eliminando certos fatores deletérios, assim também deve ser possível intervirmos na área da criminalidade para submetê-la às instâncias de controle.

Qualquer que seja, porém, a solução que se pretenda, assim como as grandes obras de engenharia, tem ela um preço, tem um custo, que não

pode deixar de ser pago, por exigir projetos e realizações concretas dispendiosas.

E quando falo em preço, começo pelo significado mais prosaico dessa palavra, o seu significado econômico. Considerem que, presentemente, necessitamos reformar e construir estabelecimentos penais, em todo o País. Essa é uma atribuição dos Estados. Todavia, a maioria dos Estados da Federação se encontra em difícil situação financeira. O Ministério da Justiça, que poderia acudi-los, tem dotação orçamentária de aproximadamente 120 milhões de cruzados para socorrer a área penitenciária, neste exercício. Só a reforma e ampliação do complexo penitenciário do Distrito Federal, projetada para menos de 1.000 presos, exigiria, em números atuais, cerca de 200 milhões de cruzados. Se considerarmos que o Distrito Federal tem população total bem inferior a 2 milhões de habitantes e que sua situação penitenciária, embora ruim, não é das piores, em confronto com a de outras unidades federativas, não será difícil projetar esses números para o restante do País, com uma população que se aproxima dos 130 milhões de habitantes.

E note-se que aí não estão computadas as despesas de pessoal e de manutenção, nem as que dizem respeito ao reaparelhamento das Polícias, Ministério Público e Justiça Criminal.

*Há meios de pagar esse preço? Um modo de fazê-lo sem o desvio de recursos de outras áreas prioritárias seria, por exemplo, a instituição de uma taxa de segurança pública, e/ou de algum tributo com o mesmo objetivo, para criação de um fundo cujos recursos ficariam vinculados e rigorosamente fiscalizados. Mas isso nos faz retornar à indagação inicial: estaremos dispostos a pagar esse preço?*

A isso conduz a política criminal de índole acentuadamente repressiva, em um país com a população do Brasil.

Há, também, um preço, de natureza diversa, que não pode ser quantificado numericamente. Qualquer estratégia séria de prevenção do crime exige iniciativas em áreas melindrosas, de que são exemplos: a participação dos meios de comunicação de massa; a paternidade responsável; a educação e assistência ao menor; as correntes migratórias desordenadas, com a evasão do campo para centros urbanos explosivos; as estruturas sociais arcaicas; a necessidade de maior participação de empresas e de particulares que preferem estabelecer, com elevados dispêndios, um tipo de segurança própria que não se projeta para a coletividade; a humanização dos presídios etc.

Como em um Estado democrático essas iniciativas só podem ser tomadas com o assentimento da maioria, volta a pergunta: estaremos dispostos

a mobilizarmo-nos, ainda que com algum sacrifício de certas parcelas de benefícios pessoais — e em que medida? —, para oferecer soluções a tão magnas questões? Em outras palavras: estaremos dispostos a pagar também esse preço?

As respostas a essa ordem de indagações poderão redirecionar a nossa política criminal, de modo a influir poderosamente sobre o ordenamento jurídico-penal do futuro, tornando-o *racional, praticável e efetivo*. Penso mesmo que a grande tarefa dos penalistas brasileiros atuais — dos penalistas que ouvem os anseios de nosso povo, diga-se de passagem — é deslocar, agora, o foco de suas preocupações, de um direito penal repressivo, cheio de teias sutis sobre detalhes de menor importância, para este tema de política criminal: a *praticabilidade e efetividade* de nosso Direito Penal material e processual, deixando de lado certas ficções jurídicas que a nada conduzem, de que é exemplo o tamanho desmesurado das penas criminais que se têm como solução do crime; aplicam-se, mas, em boa parte, sequer se executam.

O apelo que tenho formulado em congressos, repetido nesta ocasião, dirige-se, pois, a todos nós, estudiosos das ciências penais: façamos, de uma vez por todas, a união do Direito Penal com o Direito Processual Penal. E que seja uma união indissolúvel, de tal sorte que o Direito Penal material se torne processualmente exequível e encontre eficácia no campo social. São palavras de HEINS ZIPF, às quais nada tenho a acrescentar: toda problemática no campo dogmático deve ser considerada, ao mesmo tempo, sob o aspecto processual de sua realização. Uma solução dogmática processualmente inviável é imprestável na área da política criminal. . .

O atual momento penalístico brasileiro não é, pois, penso eu, após anos dedicados às questões dogmáticas, próprio para as filigranas rendadas de uma dogmática penal pura, mas para a procura de idéias simples e factíveis, diria mesmo quase cartesianas, que não desconsiderem o valor da pessoa humana e o Estado social de direito que pretendemos edificar, mas que sejam verdadeiramente eficazes, para afastar os fantasmas ou o pesadelo de uma criminalidade que a todos assombra.

Tenho plena consciência das dificuldades e dos obstáculos que se levantam ante um desafio dessa natureza. Confio, entretanto, na capacidade da inteligência brasileira para, um dia, superá-los.

#### DEBATE

*1.ª Pergunta:* Como encontramos meios para construir casa de albergue, estabelecimentos industriais agrícolas, manicômios judiciais etc.? Como podemos, desse modo, cumprir o que está nas leis das execuções penais — tudo isto não redundaria em mais uma quimera ou ficção?

*Resposta:* Esta primeira pergunta é muito importante, porque vai me permitir dizer aos senhores o que tenho dito e dizia já na época em que

essa lei estava em elaboração. A lei é constituída de normas, as normas se identificam tecnicamente como algo que deve ser, volta-se, para o futuro. Nenhuma norma exprime um juízo de realidade, O QUE É, mas sim, O QUE DEVE SER.

Na área da execução penal, a lei exprime um projeto de política criminal. Não poderia instituir normas que refletissem o que aí está, a saber: os presídios devem ser abarrotados, o preso deve ser castigado, a desumanidade fica instituída. A lei é programa para um futuro melhor; para tanto, torna-se necessária a elaboração de uma nova política criminal. Isto significa que a Lei de Execução Penal objetivou estabelecer um projeto para os próximos 20 anos. O que nos cumpre, já que essa lei se insere dentro de uma política criminal moderna, é procurar implementá-la. Isso significa excluir dos estabelecimentos fechados aqueles que não necessitam estar dentro desses estabelecimentos fechados, mas necessitam de outra forma de punição ou de uma censura de parte do ordenamento jurídico, para que saibam que a infração cometida não deve ser cometida, para que os demais tenham um exemplo da eficácia do Direito Penal e um desestímulo à prática de infrações. Em uma palavra: dentro dessa política criminal, que situa na periferia do Direito Penal a microcriminalidade ou os crimes de menor importância, previu-se, na Lei de Execução Penal, o regime aberto, no qual se inserem as casas de albergados. Mas a própria lei, ante a deficiência do sistema penitenciário brasileiro, instituiu etapas paulatinas, para a implantação do projeto nela inserido. O que cumpre é lutar para que a realização dessas etapas não se eternizem. O Ministro PAULO BROSSARD, assessorado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, tem-se empenhado nesse sentido. Esperemos que tenha êxito.

O Brasil não é um só. São vários Brasis. Em função das peculiaridades regionais, é possível que haja uma solução diferente. Lembro-me que, em uma das vezes em que estive em São Luís, fui informado de que havia algumas comarcas de interior permitindo ao preso trabalhar na lavoura. É uma forma de albergue, embora o ideal seria que a casa do albergado fosse isolada, para evitar a mistura dos presos. Preso que retorna ao próprio presídio se comunica com os demais delinquentes que estão ali, não beneficiados pelos favores da prisão-albergue. E isso é um mal.

2.<sup>a</sup> Pergunta: Vossa Excelência disse que a política criminal identifica e direciona os instrumentos de prevenção, e entendi que até condiciona ou viabiliza, ou não, a eficácia do Direito Penal. E, com vista a essa hora da verdade que Vossa Excelência nos conclamou, nós sabemos que o Governo poderia retirar recursos, não da Previdência ou da Educação, ou de outros setores tão prioritários, mas aplicar melhor os seus recursos e até evitar sua aplicação de forma condenável, para podermos canalizar o que sobra para a política criminal ou, pelo menos, para as opções encontradas



pela política criminal. Se nós temos essa realidade a partir do momento em que assumimos nossa verdade — e nós sabemos que a impunidade é uma condicionante para a eficácia da política criminal —, pergunto a Vossa Excelência: não seria a política criminal um exercício intelectual também na estratosfera?

*Resposta:* Ela é, sem dúvida, uma forma de exercício intelectual, precisamente porque é uma ciência. E a ciência, antes de passar às aplicações práticas, trabalha na parte teórica. Mas creio que já não temos muita opção nos grandes centros urbanos, em que a criminalidade ultrapassou aquele nível tolerável pelo meio social, produzindo a deterioração da qualidade de vida. Há, pois, que se procurar uma solução para isso. E cumpre à política criminal, mesmo enquanto teoria ou exercício e uma atividade científica, revelar, nas universidades, aos magistrados, aos promotores, aos advogados, àqueles que labutam nessa área, os equívocos que têm sido a causa do nosso fracasso nessa área. No momento em que nos conscientizarmos dos nossos verdadeiros problemas, o mais virá como consequência. Por enquanto, realmente estamos trabalhando na parte ainda teórica.

*3.ª Pergunta:* Vossa Excelência falou que a impunidade incentiva o cometimento de mais crimes, e depois diz que se o juiz colocar em dia os processos criminais, talvez isso não resolvesse, por falta de vagas nos presídios. Pergunta-se: não seria melhor a atualização dos processos, mesmo sem vagas nos presídios, pois que isso tiraria dos criminosos a primariedade?

*Resposta:* Não. Infelizmente, meu pensamento, a minha resposta é negativa. Em primeiro lugar, devo dizer o seguinte: não sou a favor do retardamento do processo; claro que nós todos devemos lutar para que os processos tenham a celeridade necessária. Mas acho que o mal estrutural anteriormente apontado leva à ineficácia da pena criminal. Então, devemos ter maiores opções quanto à modalidade de cumprimento de pena e quanto aos tipos de pena, para acabar com a ineficácia do nosso sistema penal.

Pena não executada significa condenado marginalizado, explorado, necessitado de reincidir para sobreviver. E isto é um círculo vicioso indesejável. Quem passa a atuar na clandestinidade só pode ser um estimulado à prática de novos delitos. A pena, nesse caso, atua como fator criminógeno.

*4.ª Pergunta:* Partindo da realidade de que o Estado tem-se mostrado impotente para executar um efetivo policiamento, intensivo e ostensivo, de caráter eminentemente preventivo, e de que os guardas das empresas de segurança têm contribuído para diminuir os cometimentos de crimes em suas áreas de atuação, que acha Vossa Excelência da implantação de uma

política de quarteirão, polícia particular através da interligação de guarda de empresa ou mesmo de guardas contratados diretamente pela coletividade?

*Resposta:* Sou inteiramente favorável ao policiamento ostensivo, pois essa é uma das melhores maneiras de se prevenir o crime, ou, pelo menos, os crimes mais graves. Penso que todos os Estados da Federação vão se empenhar nisso. Onde há um policiamento ostensivo, reduz-se de um dia para o outro o índice de criminalidade. Não é que os criminosos fiquem bonzinhos a partir daí; o policiamento ostensivo cria obstáculos, dificulta a prática de infrações. Há, todavia, outros meios de prevenções igualmente eficazes. Agora, devo dizer que não sou francamente favorável a polícias particulares. Essas polícias necessitam de outra para controlá-las, para fiscalizá-las e para evitar que elas próprias não pratiquem desvios. Há, pois, duplicidade de recursos para o mesmo fim. A solução seria uma polícia municipal bem fiscalizada, que possa estender-se àquelas áreas que não pudessem ser atendidas pela polícia estadual. Quanto ao policiamento ostensivo, parece que há consenso inteiramente favorável.

*5.ª Pergunta:* Vossa Excelência primeiro abordou lucidamente a política criminal, apontando os problemas cruciais, indicando soluções. Pergunto a Vossa Excelência sobre os pontos que se impõem, ao lado dessa proposta: não seria de se considerar, nesse processo, a fixação ou atração do homem ao meio rural, de onde provém, com ênfase à reforma agrária e a outros benefícios de ordem social?

*Resposta:* Correto, corretíssimo. Reforma agrária pode ser a solução. Nós não podemos sequer pensar que é possível drenar 140 milhões de habitantes para os centros urbanos. Quem vai plantar o feijão, quem vai plantar o arroz, quem vai criar o boi, no pasto, quem vai fornecer o alimento para esses 140 milhões de urbanizados? Chegará o instante em que os habitantes dos grandes centros urbanos vão ter carência de alimento. E pior que isso: São Paulo já drenou vários rios para fornecer água a todas as suas torneiras. Um dia, além de comida, poderá faltar até água.

Numa das conferências que fiz, se não me engano em Goiânia, falei sobre essa constelação dos fatores causais do crime, quando alguém me fez esta pergunta: qual é a maior estrela dessa constelação? Respondendo, disse que, para mim, não há dúvida que essa estrela solar são as grandes concentrações urbanas.

A reforma agrária deve ser feita não sei de que forma, não sou especialista nisso, mas impõe-se como a mais séria possibilidade de fixação do homem na terra, porque o homem que lavra a terra é um cidadão pacato, trabalhador e bom. Na periferia de São Paulo, nas favelas do Rio, ou em lugares equivalentes, se marginaliza e acaba por engrossar os grupos rebeldes, descontentes ou delinqüenciais.