

BUSCANDO UM DIREITO PENAL DE NECESSIDADE

VOLNEI IVO CARLIN

PROFESSOR DA UFSC

I — POSIÇÃO DO PROBLEMA

1. Vivemos momentos de crise...E o observador da evolução de nossa função pública e para-pública se inquieta com a marcha dos serviços emanados do Estado. A qualidade da ação administrativa e judiciária aparece em confrontação com a qualidade intelectual e a aptidão profissional adquiridas no curso da formação de seus componentes. A violência social, a angústia coletiva, a instalação do medo e o descrédito nos aparelhos repressivos, chocam e ilustram uma grande carência de autoridade e de razão. E essa contaminação do corpo social corrói a esperança inestimulando uma reação da vontade e do bom senso.

2. Esse “status”, assim, se transmite, conseqüentemente, de maneira incisiva, no domínio da justiça. O cidadão recusa aceitar esta situação que objetivamente, vem se agravando e que, subjetivamente, não é mais tolerável num Estado de Direito.

Na França, como na maior parte dos Países Ocidentais, as curvas de criminalidade evoluem, mesmo sem contar com o fenômeno moderno do chamado “chiffre noir” (número negro) e que é constituído dos criminosos que escapam da ação policial (Relatório do Comitê Nacional sobre a violência, “Le Monde”, de 11.7.80, p. 10). Os atos de autojustiça se multiplicam. E as teorias criminais consideram

inadmissível deixar, sem reagir, a instalação generalizada da violência. Ainda há pouco, é importante registrar o fato, as sondagens oficiais corajosamente revelaram que mais de 80% (oitenta por cento) dos franceses não tinham mais confiança na Justiça Criminal de seu país (Revue Politique et Parlementaire — R.P.P. — Prof. M. Michel Grugeneur, n. 886, Mai-Juin, 1980, p. 62). Acrescente-se que são muitos os exemplos de ceticismo trazidos, quase diariamente, pela imprensa e que demonstram a grande insatisfação e inquietude da população. E os órgãos de comunicação de massa, aqui, possuem um poder convincente e são, por isso mesmo, respeitados e acatados em suas opiniões. Aliás, em menos de 10 (dez) anos, o crescimento da criminalidade atingiu índice sem precedentes: 120%.

Diversas são, por outro lado, as causas apontadas. Mas os motivos considerados primordiais para essa descrença generalizada na justiça criminal, cujos componentes são aberta, violenta e publicamente atacados, são o favorecimento à lentidão e a prática de uma indulgência excessiva e injustificada.

Na verdade, afirmam, as penas não são executadas como elas são, real-mente, pronunciadas. Constata-se uma grande erosão da pena no curso de sua execução. Existe uma primeira defasagem entre as sanções previstas teoricamente e as penas fixadas concretamente e, uma segunda (2ª) “*décalage*” entre as pronunciadas e aquelas, efetivamente, cumpridas.

Diante disso, concluem, a justiça se apresenta como duplamente laxista, perdendo sua credibilidade não somente perante os olhos das pessoas honestas mas, e principalmente, diante dos delinqüentes virtuais.

3. Assim, para que se volte a dar à justiça clareza e credibilidade indispensáveis ao equilíbrio da sociedade, talvez a mais “*criminogène*” que se conhece, é preciso restaurar a certeza da pena cumprida, aperfeiçoar os corpos judiciários e procurar meios de impulsionar a marcha dos procedimentos. O anormal abismo que separa as penas abstratas daquelas fixadas e, principalmente, das executadas, deverá ser, senão eliminado, ao menos bastante reduzido.

Considerados estes fatos reunidos e premido pela incontrolada opinião pública, o Governo viu-se forçado e elaborar um Projeto de Lei, logo denominado de “*Sécurité et Liberté*”, visando atualizar as leis penais vigentes.

II — ASPECTOS E PRINCIPAIS INOVAÇÕES INTRODUZIDAS PELO PROJETO DE REFORMA PENAL

Segundo a “Exposição de Motivos” o Projeto visa reforçar a segurança e proteger a liberdade das pessoas. Para concretizar este binômio foram apre-sentadas, entre outras, as seguintes disposições penais:

1. Repressão mais severa aos crimes de violência: mortes, torturas, estupro, atentados violentos ao pudor, seqüestros, roubos, infanticídios, assaltos à mão armada,, destruição com uso de explosivos, proxenetismo, tráfico de drogas, chantagem, porte de armas proibidas, etc.

2. Limitar as circunstâncias atenuantes e a concessão do “sursis”.

Os autores dos crimes acima enumerados não poderão beneficiar-se de circunstâncias atenuantes e das vantagens propiciadas pelo “sursis”. A pena mínima será de três (3) anos, enquanto o “sursis” somente beneficiará os condenados até dois (2) anos. A concessão do benefício só caberá uma vez e só nas categorias de delinqüentes previstos no Projeto. Se o condenado, em “sursis”, cometer nova infração no prazo de cinco (5) anos, deverá, obrigatoriamente, purgar integralmente as duas (2) penas. Como aspecto crítico, dizem ser a fixação da pena quase automática, com a redução dos poderes de aplicação da pena pelo juiz.

3. Reincidentes: Dobro da pena.

A política da indulgência, da humanização da pena, segundo a exegese do novo texto, virou há muito ficção. Veja-se: para os condenados de 3 (três) meses a 6 (seis) meses: 56% voltaram a delinquir e para os apenados entre 6 (seis) meses a um (1) ano: 60%, etc.

Em caso de reincidência o Projeto prevê o dobro da pena a ser aplicada e cumprida efetivamente.

4. Penas de muitas: atualização.

Choca saber que um traficante pode ser condenado até 40 (quarenta) anos de prisão e à multa de somente 3 (três) francos.

5. Regime de execução de penas: a certeza da pena cumprida.

A nova orientação jurídica introduzirá modificações profundas concernentes a certas infrações que não poderão merecer suspensão, fracionamento de penas, permissão de sair, regime de semi-liberdade, liberdade vigiada, liberdade condicional e qualquer espécie de licença, durante, ao menos, o chamado período de segurança e se estenderá aos delitos enumerados e a

todos aqueles que prevem penas superiores a 5 (cinco) anos. Quando a condenação for perpétua, antes de 15 (quinze) anos de cumprimento. Resalte-se que a todas as penas superiores a 3 (três) anos de prisão, somente a Chancelaria do serviço do Ministério da Justiça poderá operar qualquer liberação (“Le Monde”, éd. 31.5.80, “L’Oposition au Projet”).

6. “Saisine directe” e flagrante delito.

Criação da “saisine directe” e supressão do flagrante delito como meios de proteção das liberdades dos cidadãos. Assim, o Projeto elimina o procedimento do flagrante e cria a chamada “saisine directe” (art. 31), dispensando, em casos de culpa evidente, o juízo de instrução. O objetivo é diminuir o tempo de prisão provisória e se aplica, na realidade, aos delitos já elucidados e comprovados pela polícia. Havendo necessidade de instrução esta não poderá passar de 3 (três) meses (“Le Monde”, section “Justice”, 14.7.80, p. 7). Quem dispensa a prova (instrução) é o Ministério Público.

7. Habeas-Corpus. Amplitude. Segurança do indivíduo limitando o risco de detenção abusiva.

O Projeto prevê um “habeas-Corpus à la française” e que se destina a toda prisão arbitrária, quer seja de ordem administrativa, familiar ou médica (“Le Monde” section Justice, Prol Bertrand Le Gendre, 6.5.80, p. 21).

8. Proteção das vítimas.

De seus 60 (sessenta) artigos, o Projeto possui 13 (treze) referentes à proteção das vítimas. É espantoso como, seguidamente, a justiça repressiva parece só interessar-se pelo destino dos criminosos, esquecendo-se completamente, que a sociedade também possui deveres com as vítimas. É preciso, em decorrência, que os sofrimentos destas sejam, tanto quanto possível, reparados ou compensados. A pena deve ser completada por medidas concretas de proteção destas pessoas, portanto. Aliás, o Projeto propõe a criação de um Fundo Especial para indenizar as vítimas (R.P.P. cit, p. 56). Há mesmo, com esta preocupação, uma ligeira tendência da política criminal americana, cuja legislação também se encontra em discussão no Senado, desejando que a prisão seja limitada aos criminosos perigosos, deixando para os outros o trabalho para pagarem suas vítimas, trabalho esse realizado sob o controle de Centros de Restituição (“Le Monde”, Section “Justice”, ed. 4.6.80, p. 26). Ambas as orientações, desta maneira, se dirigem no sentido da indenização completa das vítimas dos crimes.

9. Cria medidas de aceleração processual

10. Disposições diversas:

- a) Obrigação do uso de gravadores nos debates das Cortes de Justiça;
- b. Proibição de comunicar aos acusados o endereço dos jurados e a proibição de ser revelada a identidade das testemunhas. Esta última disposição objetiva evitar as constantes pressões sobre as testemunhas.

III — TOMADAS DE POSIÇÃO FACE À NOVA ORIENTAÇÃO PENAL

1. Estas novas regras de Direito Penal são frutos da nova criminologia americana intitulada “Por um sistema de penalidade justo e eficaz”.

Consiste na limitação do poder de apreciação das penas pelos juizes e insiste no total malogro da reabilitação do criminoso ou do êxito da política das boas intenções, apresentada e defendida no Senado Americano pelo Presidente da Comissão de Justiça, Senador Edward M. Kennedy (“Le Monde” “Justice”, ed. 4.6.80, p. 26).

2. Esta mesma orientação, por outro lado, vem causando muita polêmica, com ferrenhos e declarados adversários que não admitem o retorno aos princípios rigorosos e reavivados agora. Assim, o eminente Prof. de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Ciências Sociais de Toulouse, M. Roger Merle, assevera que os endurecimentos preconizados pelo nova política criminal, não podem ser aceitos com entusiasmo. Eles representam, no seu entender, incontestável regresso, notadamente na redução do poder de individualização das sanções penais pelo juiz (“La Dépêche du Midi”, 27.5.80, p. 15).

Contudo, o Projeto já foi adotado pela Assembléia Nacional, em caráter de urgência, sendo enviado ao Senado que o encaminhou à Comissão de Leis Constitucionais e de Legislação, conforme estabelece o Regulamento (Publicação “Sénat”, n. 327, de 24.6.80).

3. Inegável, porém, que a situação vigente mudará. Grandes autoridades no campo penal admitiram, publicamente, a urgente necessidade de estabelecer, neste domínio, uma nova ordem jurídica.

Assim, M. Raoul Béteille, magistrado aposentado, atual Diretor de Assuntos Criminais, principal responsável e inspirador do Projeto, defende com obstinação a reforma das leis penais (Revue Politique et Parlementaire, n. 886, p.57).

M. Louis Zollinger, magistrado (Conseiller à la Cour d'Appel de Paris), assegura que o retorno de um maior rigorismo parece justificado. A experiência foi feita e os resultados são decepcionantes. Os recentes dados estatísticos condenam as numerosas práticas liberais em uso (“ProjetPeyrefitte, Section Idées, Le Monde”, éd. 27.6.80, p. 2).

É importante sublinhar também o ponto de vista do eminente magistrado, Presidente da Secção Criminal da Corte de Cassação, M. Maurice Rolland, quando aceita o novo texto e acrescenta haver miiitado, logo no início, pela humanização das leis penais, mas admite, agora, que houve abuso das medidas liberais, embora lamenta que seja limitado o poder de apreciação da pena de seus colegas (Rev., n. e p. cts.).

Acolheram, ainda, as disposições discutidas, grande número de advogados e de professores, com destaque para o mestre M. Henri Mazeaud (Idem, p. 59).

Finalmente, conforme depreendemos da secção especializada “Justice — Le Monde”, o “Conseil d’Etat” e grande número de juristas aprovaram maciçamente o texto referido (Éd. 30.5.80, p. 11).

IV — SITUAÇÃO DO MAGISTRADO NO ATUAL QUADRO DE REFORMAS

Partindo do pressuposto de que a opinião pública exige uma repressão implacável aos criminosos, procurou-se todas as origens do “Mal Judiciário”, conforme vem sendo denominado. E a atuação dos juizes não poderia esca-par da filtragem geral.

Daí nasceram “causas” do problema:

1a) Laxismo e lentidão.

Realmente “laxismes” parece ser a palavra da moda atualmente. Serve para designar o termo em que o Projeto situou os juizes. A palavra vem mencionada desde a Exposição de Motivos até nas manchetes diárias dos grandes jornais (“Le Monde”, 2.6.80, p. 11).

Procura o texto, assim, reprimir o denominado “contagion du laxisme”. Deve-se colocar um freio ao laxismo, a tolerância excessiva, a injustificada indulgência a procura de meios de perdão e de comodidades para o condenado. Até parece, segundo insinua, que os magistrados se entregaram, inconscientemente, ao sentimento de culpa permanente e de que nos fala crescente teoria. Por estes motivos surgiu, e por causa deles justamente, a limitação do poder de apreciação da pena pelo juiz em matéria criminal, o controle na concessão do “sursis” e a supervisão na execução das penas.

2a) Juizes sob medida.

A grande maioria dos juizes franceses saem da Escola Nacional da Magistratura onde, além dos conhecimentos jurídicos, obtêm o gosto pelo trabalho, o exercício pela independência e a prática da futura profissão. Assimilam, enfim, como atingir, com sucesso, os degraus do edificio judiciário, bem assim, como melhor compreender e julgar a sociedade, sem medo dela, transmitindo-lhe esperança e confiança. Originariamente, o curso era de 36 meses, tendo sido reduzido para 28. O ingresso à Escola é mediante rigoroso concurso público. Existe, paralelamente, o recrutamento pela via lateral (6% do corpo judiciário) e com o qual se objetiva atingir o equilibrio com jurista experimentados e competentes, sendo a escolha feita através de títulos. No primeiro caso, após o pretendente realizar o curso e antes de efetivar-se no cargo, há obrigatoriedade de efetuar 3 (três) meses de estágio prático, que é devidamente remunerado.

Bem, tramitando” também no Senado encontra-se o Projeto de Lei de reforma do Estatuto da Magistratura, paralelamente àquele Criminal, portanto (“Sénat”, n. 341, de 25.6.80 — Projet de loi organique n. 1.301, de 21.09.1979).

E nesta reforma procura-se, além de outros pontos que muito irritaram os magistrados em geral, acabar com as garantias constitucionais da magistratura francesa (“La Dépêchedu Midi”, 9.6.80), cujo fato foi, tempestivamente, denunciado pelo Sindicato da Magistratura (“La Documentation Française, Supplément aux Cahiers Français”, n. 194, Jan. Fev. 1980). Evoca-se, para tanto, que a regra das garantias é negativa e mítica. Ainda hoje, como a provar esta norma, o Sr. Ministro da Justiça, usando de faculdade contida no Estatuto da Magistratura, vem de suspender, provisoriamente, de suas funções, dois (2) graduados magistrados, sob a simples indicação de que “ressalvava o interesse da justiça” (“Justice”, secção “Le Monde”, de 21.7.80, p. 6 e “La Dépêche du Midi”, de 19.7.80, p. 4).

De outro lado, tem sido afirmado que, os juizes da Jurisdição Administrativa não possuem idênticas garantias e a qualidade de seu trabalho é reconhecidamente superior (Charles Debbasch, Contentieux Administratif, Précis Dalloz, Ed, 1978, p. 540).

V — CONCLUSÕES E PERSPECTIVAS.

1. Não há dúvidas que, ao menos, o Projeto traz alguns pontos positivos: reestruturação dos procedimentos visando uma justiça criminal mais rápida; melhor proteção das vítimas e das testemunhas; redefinição de alguns

crimes e a previsão de novos. Nestes aspectos ele responde ao aumento crescente de crimes e ao sentimento generalizado de insegurança e de angústia coletiva das pessoas.

2. Mas, querer resolver o grave problema da criminalidade diminuindo os poderes de apreciação da pena do juiz, restringindo a sua faculdade de conceder “sursis” e de considerar as circunstâncias atenuantes, procurando-se, ainda, intimidá-lo, como vimos, com a ameaça da perda de suas garantias de independência, conseguidas já no século passado (Lei de 30.8.1883), agora previstas no art. 64 da Constituição vigente (1.958) e definidas no art. 4 do Estatuto da Magistratura, não nos parece suficiente, justo e, tampouco, aceitável.

Também não se pode concordar, totalmente, com o Sr. Ministro da Justiça quando afirma que aumentar o número de juizes não é a solução para que se melhore a justiça concretamente e se modifique sua atual e péssima imagem pública (“Le Monde”, section “Justice”, éd. 27.5.80, p. 22).

Ora, a França possui 5.100 magistrados judiciários, numa população aproximada de 55 milhões de habitantes (o nº não inclui os juizes administrativos com cerca de 600), a Itália 8.000. com 54 milhões de pessoas, a Alemanha 16.000. com 60 milhões de habitantes e 20.000. na Grã-Bretanha com 55 milhões de habitantes (“Le Figaro” éd. 03.04.80).

A proporção, como se vê, desfavorece em muito o primeiro país que, além disso, possui uma estrutura não privilegiada, sendo suas instalações geralmente modestas e seu corpo de funcionários não suficientemente qualificado, tudo, sem acentuarmos as dificuldades de ordem processual com seus reconhecidos e pesados procedimentos.

Mais cômodo parece ser, agora, segundo se verifica, descarregar todo insucesso da aplicação das doutrinas liberais sobre os ombros dos juizes que se transformam, atualmente, em laxistas e únicos responsáveis pela lentidão da justiça penal (Consulte-se: “La punition des juges”, Section Justice, “Le Monde”, 28.5.80, p. 11 e “Laxisme”, par Henri Noguères, Président de la Ligue des droits de l’homme — “Le Monde” éd. 2.6.80, section “Justice”, p. 11), inatacando-se, desta maneira, as causas reais do inquietante problema social, nascidas, quem sabe, também dos riscos de revolta e da protestação popular atingidas pela crise econômica-social reinante.

Esta, contudo, não é a conclusão do Prof. M. Michel Brugeneur, que cita como exemplo os Estados Unidos, onde criou-se, em 1958, a chamada “justiça redenção”, sendo empregados todos os meios possíveis para a recuperação

do condenado: educadores, psicólogos, poderes amplos aos juizes de aplicação das penas para seguir e ajudar o liberado, todos os meios materiais (conforto) possíveis estavam previstos, sendo gastos bilhões de dólares nestas instituições. Durante muito tempo aplicou-se muito mais em ajudar (recuperar) do que em prender. Chegou-se a instituir a liberação sob a simples palavra de honra do preso. O condenado podia receber visitas, advogados, correspondência, sair, obter semi-liberdade, liberação condicional, etc. E o resultado: Fiasco total, confessaram mesmo os mais fervorosos profetas do sistema (R. P. P. cit., p. 60).

3. Talvez a razão esteja mesmo com a magistrada, Mme. Simone Veil (licenciada desde 1974 para ocupar o cargo de Ministro da Saúde e que se encontra, atualmente, exercendo a elevadíssima função de Presidente do Parlamento Europeu), para quem toda reforma importante tem que ter o consenso geral dos magistrados. As reformas penais são manifestamente necessárias, acrescenta, porque os textos devem ser adaptados à época. Deve-se, porém, procurar o mal existente na justiça pesquisando-se suas verdadeiras causas.

Ou será, perguntamos nós, que a principal causa do mal não está no desencontro apresentado entre os aparelhos judiciário, policial e penitenciário? Os choques emergentes destes órgãos são gritantes. A polícia continua mal equipada e geralmente mal composta. Os delinquentes, hoje em dia, em regra, constituem uma espécie de sociedade organizada, com suas leis, suas hierarquias e moral próprias. As penitenciárias, por sua vez, são mal conduzidas e superpovoadas, geralmente (por ex. na França existem 40.000. presos para 28.000. lugares—”La Dépêchedu Midi, 27.5.80, p. 15).

Entretanto, estes ângulos parecem não considerados pelo Sr. Ministro da Justiça, M. Alain Peyrefitte, quando sustenta que o Projeto estudou as causas da criminalidade e mesmo com as críticas que vem sofrendo, diz estar consciente com o fato que, sob a Vª República, não serão os grupos de pressão que irão fazer a lei, mas o Parlamento soberano, quer dizer a maioria dos parlamentares (“Le Monde”, ed. 30.5.80, p. 11).

Na verdade, e disso fala-se muito, o espírito do novo texto legal não é o de fazer reviver a época do “olho por olho” mas, na realidade, ele deve ter considerado o sugestivo fato que, nos países onde as penas são excessivamente duras, o índice de crime é insignificante e dos menores da terra, como acontece, por exemplo, com a Arábia Saudita, onde a taxa de criminalidade é a mais baixa do mundo (“Le Figaro Magazine”, 26.4.80, p. 73). Esta circunstância

deve ter sido pesada, ao menos secundariamente, também, na preparação do Projeto ora debatido.

As novas disposições legais serão apreciadas pelo Senado Francês na sessão de outono próximo e, como aconteceu na Assembleia Nacional, deve-rão ser acolhidas sem grandes modificações.