

Reforma da legislação criminal*

Luiz Alberto Machado**

Sumário: Introdução; 1. Legalidade e retribuição; 2. Insignificância e adequação social; 3. Tipicidade; 4. Igualdade; 5. Final.

Introdução

Escrevi, em homenagem ao Professor Manoel Pedro Pimentel, um artigo intitulado "O princípio constitucional da isonomia jurídica e o direito criminal e processual criminal", em que discurssei sobre temas coerentes com indicações para uma reforma das legislações correspondentes; se houver coincidências nessas abordagens com as de hoje, por favor debitem-nas a reflexões maduras e não à falta de imaginação, até porque nenhuma mudança de atitude aconteceu no país. Permito-me lembrar uma afirmação que me foi feita pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, quando conversávamos sobre os direitos e garantias individuais insertos na Constituição Federal: a existência de uma miríade de leis protetoras desses direitos e garantias individuais significa o despreço da Administração Pública por reconhecê-los e protegê-los; em suma, significa que o País usualmente os infringe.

A reforma da legislação criminal não é um tema fácil e atualmente é mais tormentoso porque enquanto eu vejo o direito criminal em crise de identidade ao tentar dar vida ao controle constitucional do monopólio da força do Estado, da mesma forma que o direito constitucional brasileiro, no que tange com as realidades do respeito aos direitos e garantias individuais (vejam-se os cínicos desrespeitos do Governo à Constituição Federal); essa crise que atormenta, minimiza e desmoraliza o Direito Criminal se inicia

* Palestra proferida na Faculdade de Direito da UFPR no dia 02 de março de 1994 pelo Professor Titular e Chefe do Departamento de Direito Penal e Processual Luiz Alberto Machado.

** Professor Titular da Faculdade de Direito da UFPR e Chefe do Departamento de Direito Penal e Processual.

na formulação dos crimes, adentra a doutrina, passa pela jurisprudência e, ao fim e ao cabo, atinge o homem. Já fui alertado pelo Rolf, pelo Jacinto, pelo João Gualberto que a linguagem do direito criminal está velha, caduca; quando juizes e promotores falam e usam o *in dubio pro societate*, o direito criminal é pré-jurássico; é a exumação da *Constitutio Criminalis Carolina*, a obra mais representativa do direito criminal bárbaro, medieval, com o séquito de ordálias e julgamentos divinos. É um direito criminal saído de um teatro do absurdo, com uma linguagem morta, sem vida, desde uma visão do Estado Leviatã, o Estado todo-poderoso com o seu séquito de serviçais. Toda a visão moderna, toda a luta contra o arbítrio, toda a magnífica visão de Capelletti sobre a defesa dos direitos e garantias individuais de que a agressão ao direito de um é a agressão ao direito de todos, se esvai; é o direito criminal do Estado antigo, apodrecido, enterrado, autoritário e anti-democrático.

O direito criminal é o último refúgio do indivíduo; nele, o homem não pode ser entendido como homem médio, o *bonus pater familiae* da arqueologia jurídica, mas deve ser visto na sua realidade isolada, com todos os seus defeitos e todas as suas virtudes. O Estado moderno a que se deve atrelar um direito criminal moderno não é, para se usar da saborosa linguagem de Tércio Sampaio Ferraz, "o outro". Sabe-se hoje que o Estado é, internamente, uma mera relação de poder, como disse Nicos Poulantzas.

Bobbio ensina que a sociedade, ao sair do Estado de natureza (em que tudo é permitido) para o Estado de direito (em que alguma coisa é proibida) em antagonismo ao Estado ditatorial (em que alguma coisa é permitida), se institucionaliza pela força; mas ao se organizar politicamente:

"O poder político pertence à categoria do poder de um homem sobre outro homem, mas não à categoria do poder do homem sobre a natureza."¹

- a sociedade deve, ao mesmo tempo em que mantém o monopólio da força:

"Este processo de monopolização caminha *pari passu* com o processo de criminalidade e de penalização de todos os atos de violência que não sejam

1 Norberto Bobbio, *O significado clássico e moderno de política*, p. 12.

realizados por pessoas autorizadas pelos detentores e beneficiário deste monopólio."²

- regulamentar a sua utilização:

"Por Estado se deve entender uma empresa institucional de caráter político, na qual - e na medida em que - o aparelho administrativo consegue monopolizar a coerção física legítima."³

A visão correta é, pois, que a Constituição e o direito criminal em favor do administrado, regulamentando a atividade coercitiva, de força da Administração Pública, não o contrário. Temos que sacudir um pouco o direito criminal. O criminalista ortodoxo pensa e age, sem confessar e até dizendo o contrário, como se coexistissem dois ordenamentos jurídicos: um ordenamento jurídico-criminal e outro ordenamento para as demais ciências jurídicas. O saudoso Munhoz Netto dizia que o direito criminal é um Direito secundário para as autoridades porque, enquanto na elaboração de lei autorizatória da construção de uma pequena sala de aula, em uma pequena cidade do interior de um pequeno Estado do País, é necessário se apontar a fonte de recursos, para criar um crime basta criar o crime. E vimos, de 1964 para cá, quantos legisladores criminais surgiram, agora alguns açodadamente e por interesses eleitorais pessoais querendo a implantação da pena de morte no Brasil, quantas condutas passaram a ser criminosas sem que a sociedade as tenha desvalorado; é o exercício do que chamo de *demagogia criminal*. É importante que se diga que há um só ordenamento jurídico, a que também pertence o direito criminal, com os caracteres da unitariedade, completude e não-contradição.

Nós vivemos duas realidades jurídicas ocidentais: uma, a do direito comum, de origem anglosaxã. Tome-se a Inglaterra, construída por vários povos, o anglo, o saxão, o celta, o povo antigo, o normando, o romano. Como a maioria dos povos estava sempre dominada por algum outro, fez-se um pacto de poder em que ficou assentado que o povo dizia o direito material, já que ele sofreria a sua aplicação. Então, o direito material comum foi estabelecido pelos usos e costumes do povo, aquilo que o povo entendeu como direito é Direito material; sofisticadamente, no Direito

2 Norberto Bobbio, *O significado...*, *op. cit.*, p. 12

3 Max Weber, *Economia e sociedade*, Milano, 1961, v. I, p. 53

continental-europeu, Del Vecchio chamou de consciência coletiva de necessidade da norma. Mas como o poder dominante deveria aplicar esse direito material, o poder dominante dizia o direito processual. E estabeleceu-se o equilíbrio: o costume do povo fixou o direito material; o poder dominante estabeleceu, respeitados limites, o direito processual. Mas o juiz era pago pelo povo, a fim de impedir que as suas necessidades, satisfeitas pelo soberano, pudessem fazer, dele, uma *longa manus* do poder. Sintam que as constituições americana (escrita, positiva) e a inglesa (consuetudinária) preocupam-se, no tocante às liberdades públicas, com o direito processual, não porque, instrumental, seja superior ao direito material, mas porque é um direito do poder, não um direito do povo, e a Constituição existe exatamente para limitar os poderes do poder. Então se diz que ninguém será considerado culpado antes de condenação definitiva, ninguém será preso sem ordem judicial, toda pessoa tem direito de se calar, toda pessoa acusada tem direito a um advogado e assim por diante.

Nós temos um direito diferente. No nosso caso, no caso do ordenamento jurídico oriundo das civilizações européias continentais, ocidentais, substituiu-se a figura do soberano absoluto pelo Estado. O soberano absoluto congregava os poderes executivo, legislativo e judiciário; por cansaço ou para obter recursos financeiros, distribuía ou vendia parte desses poderes a outras pessoas ou grupos. E nós substituímos a pessoa do soberano absoluto pelo Estado e passamos, então, a acreditar que o direito é o que o Estado diz, Estado de Direito é o que obedece às suas leis; esquecemos que o Estado pode sofrer distorções e transformar-se em autoritário, em ditatorial e impor leis que não sejam oriundas da consciência coletiva do povo quanto à sua necessidade, leis que não vão, nem podem, ser obedecidas. Sirva de exemplo a grande diferença que existe entre o crime fiscal nos Estados Unidos e nos países latinos. Malinverni já disse que sonegar tributos é, na Itália, um esporte nacional; e é um esporte nacional aqui também. Talvez seja, hoje, em uma visão de mundo, um esporte olímpico, na medida que, para ser olímpico, se exige que cinquenta países o pratiquem constantemente. Isso porque não adentrou a consciência coletiva da sua necessidade, nos países latinos, que sofrem a imposição da lei estatal, enquanto nos países anglo-saxões, em que a criação do direito material decorre do próprio povo, essa consciência existe. De qualquer forma não se pode confundir planejamento tributário com sonegação, como vem ocorrendo, lamentavelmente, neste nosso País.

Nesse exemplo extremo eu pretendi fixar que não se pode criar condutas criminosas quando estas, na consciência do povo, não representam um desvio da normalidade social. E essa normalidade social deve ser vista como um corte vertical de todos os estamentos, jamais a imposição da vontade de uma maioria ocasional sobre as minorias ocasionais.

Nesse passo o direito legislado e direito comum se aproximam enquanto fontes; apenas a elaboração das leis sofrem processos diferentes. A formação do direito é a mesma - a consciência coletiva do povo da necessidade da norma -; a partir daí, nos países anglo-saxões, cria-se o precedente judiciário, enquanto nos países de legislações positivas o Congresso Nacional elabora a lei, não a que o Congresso quer, mas a que o País quer, desde o enfoque de que o crime é uma conduta desviante da normalidade social.

Dito o que, como mera introdução, confesso que vou pegar carona na belíssima aula inaugural do Professor Eros Roberto Grau e estabelecer alguns princípios que, a meu ver, devem servir de parâmetro a qualquer reforma da legislação criminal: insignificância e adequação social da conduta, legalidade, tipicidade, personalidade, proporcionalidade sistematização e retributividade das penas.

1. Legalidade e retribuição

Esses os limites do legislador, a Administração Pública se submete ao princípio da legalidade, conforme dispõe a Constituição Federal no seu art. 37. E esse princípio - que por ser princípio é mais importante do que norma em si, segundo o ensinamento de Gordillo, pois que orienta e impõe a sua correta interpretação, dentro do conceito de *mens legis* - implica em que a Administração, ao contrário do que erradamente pensam os atuais donos do poder, só pode fazer aquilo que a lei expressamente a autoriza, enquanto o administrado pode fazer tudo que a lei expressamente não o proíba; é o que ensina o excelente Celso Antonio Bandeira de Mello.

Com base no que expus, pode-se fazer uma releitura da proibição da analogia no Direito Criminal: não há analogia porque, onde não há tipo, há uma lei autorizando criminalmente a conduta. E aplicar a analogia é desobe-

decer a lei. Isso porque a lacuna na parte especial, na parte de tipificação das condutas, é intencional.

Nesse aspecto vale o alerta de López-Rey, ao tratar do ensino da criminologia moderna, que deve ser, no seu entendimento, cometido a

"...um novo tipo de criminólogo. Para esse fim, o currículo criminológico deve incluir a ciência política, a história, a teoria e a prática dos direitos humanos e a filosofia."⁴

De outro lado não se pode perder de vista a crise que se imputa, hoje, ao direito criminal. Necessário dizer-se que a revolução histórico-doutrinal dessa disciplina é de tal forma dinâmica que chega a levar os seus estudiosos, não raras vezes, à perplexidade. Desde uma concepção estatizante, na qual o direito punitivo servia mais ao Príncipe de que ao Estado - protegendo preconceitos religiosos e sentimentos de casta -, passando por uma fase de confusão entre moral e direito (o mínimo ético, no dizer de Manzini), até o atual enfoque de apresentar o limite das liberdades e das garantias individuais, dentro de um conceito material de Estado de direito liberal (apenas o liberalismo econômico, jamais o político, está superado), muita coisa mudou.

De qualquer forma, por um erro filosófico, sempre se cometeu ao direito criminal a responsabilidade quase única de combater as condutas desviantes; a cada vez que a delinquência recrudescer, intensificam-se as acusações de fracasso do direito criminal e criam-se novas condutas típicas, desarrazoadas e sem qualquer fundamento na consciência popular. Hoje vive-se numa época em que o aperfeiçoamento das formas criminosas sutis, galgando as elites sócio-econômicas, e o concomitante aumento da criminalidade violenta atraem a atenção dos dirigentes e dos estudiosos e recaem sobre o princípio constitucional da isonomia jurídica e sobre o direito criminal como afirmações da sua falência. Tomem-se como exemplo as recentes entrevistas de autoridades governamentais federais a respeito da legislação e da Justiça criminais. A responsabilização do direito criminal é, porém, absolutamente inválida; como ciência normativa do dever-ser, ancorada a um conceito de pena pela culpabilidade (entendida como reprovabilidade, censurabilidade da conduta), só lhe cabe o punir, o castigar

4 López-Rey, "Manifesto criminológico", in *Revista de Direito Penal*, nº 24, p. 16

o agente pela sua atuação desviante; se essa retribuição alcança a prevenção do crime ou a readaptação do criminoso (fatores finalísticos de consideração secundária para o direito criminal), tanto melhor. Na verdade o fim primordial do direito criminal é exatamente - enquanto subordinada a imposição da pena à culpa do autor - retribuição e ou castigo. Outro não é o entendimento de López-Rey:

"Enquanto subsistam os sistemas de justiça penal, sua *ratio essendi* e a do direito criminal não é a correção, ressocialização ou a reabilitação do delinquente, mas, sim, a justiça social."⁵

Da mesma forma Bettioli, com toda a ênfase latina da sua incontestável autoridade, ao tratar do *direito criminal do comportamento interior*, uma reformulação avançada do *direito criminal da vontade* da Escola de Kiel, de que foram expoentes Schaffstein e Dahm, acentuou:

"Nessuno pensa a toccare o a rovesciare la correlazione **fatto-reato, reato-retribuzione, retribuzione-pena** per negare o scambiare i termini tra di loro."⁶

Daí porque não se pode atribuir ao direito criminal o aumento da criminalidade violenta, desde um enfoque de ressocialização e de prevenção da pena, pois, como alerta Cury, a teoria retributiva deve constituir o ponto de partida na concepção da pena:

"Em condições ideais, a sanção punitiva deveria ser hábil para atender à ressocialização total do acusado."⁷

O crime é, por força do disposto no art. 5º, incisos II e XXXIX, da Constituição Federal, e art. 1º do Código Penal, um *ente jurídico*, uma criação da lei - daí o caráter de exclusivismo - princípio da legalidade - da norma criminal, só esta determinando a existência do crime -; mas pré juridicamente é uma conduta desviante da normalidade social.

Oportuno que se diga que, por ser retributiva deste um enfoque de direito criminal da culpa (*mulla poena sine culpa*), a pena deve ter persona-

5 López-Rey, "Manifesto...", *op. cit.*, p. 16

6 Bettioli, "Estado de Direito e Gesinnungsstrafrecht," *in Revista de Direito Penal*, nº 15/16, p.11.

7 Enrique Cury, "Contribuição ao estudo da pena," *in Revista de Direito Penal*, nº 11/12, p. 24.

lidade (não pode ultrapassar a pessoa do *deviant*), enquadrar-se em um sistema de proporcionalidade à conduta típica. Isso incorre no atual sistema penal brasileiro; as penas são desproporcionais, a-sistêmicas e atingem terceiros.

2. Insignificância e adequação social

O direito criminal não cuida de licitudes mas de ilicitudes e de tipicidades: a conduta pode ser ilícita e indiferente para o direito criminal. Assim, no conceito de tipicidade enquadra-se o de ilicitude; mas não há tipicidade quanto a conduta insignificante e à socialmente adequada.

A teoria da ação socialmente adequada foi formulada por Welzel como a capaz de eliminar a tipicidade em determinados casos: o soldado que mata na guerra, o cirurgião que, por executar uma cirurgia, produz lesões corporais, não estão atuando típica, mas atipicamente, pois as suas ações são socialmente adequadas. A esse conceito de ação socialmente adequada desde logo Bettiol emprestou o brilho do seu prestígio e do seu entusiasmo latino.

Welzel não conseguiu superar o conceito de antijuridicidade da sua definição analítica de crime e recuou da primitiva conotação da eliminação material do tipo, colocando a teoria como solução para um conceito monista do que denominou antijuridicidade material.

Mais modernamente Roxin propôs a exclusão material do tipo pela chamada "teoria da insignificância", formulada em 1964, e que "permite na maioria dos tipos excluir de logo danos de pouca importância: lesão não é qualquer espécie de dano à integridade corporal, mas somente um relevante; analogamente libidinosa no sentido do Código Penal é somente a ação sexual de certa importância, injuriosa em forma deleituosa é só a lesão grave à pretensão do respeito".

O legislador, pois, não pode tipificar condutas insignificantes ou de evidente adequação social; mas se o faz, esses princípios eliminam o tipo.

3. Tipicidade

O tipo pode ser examinado de um ponto de vista material e de um ponto de vista formal. Materialmente a construção do tipo traduz a própria desvalorização jurídica da conduta, a sua ilicitude, tradicional e, *concessa venia*, erradamente chamada de "antijuridicidade". Formalmente, para usar-se a conceituação belingiana, o tipo é a imagem retora (*leitbild*) a que se deve ajustar a conduta para constituir-se em crime. Welzel o vê como "a descrição completa da conduta proibida (do conteúdo ou da matéria da norma)".

Ora, não se pode confundir o tipo formal com a satisfação do princípio da legalidade, que no direito criminal se traduz como o princípio da reserva legal (o exclusivismo do direito para a criação de crimes, tendo como corolário no direito criminal da vedação da retroatividade); a legalidade e a tipicidade são princípios absolutamente distintos no mundo jurídico criminal. É possível atender-se à reserva legal com a mera substituição da parte especial do Código Penal por uma conceituação material de crime - conduta desviante da normalidade social, v. g. -, bastando, apenas, não poder ser aplicado (esse conceito material) a condutas pretéritas, anteriores à sua formulação. Não se pode dizer que, com isso, atende-se ao princípio do tipo. Por outro lado, não há óbice a que a legislação adote o princípio do tipo, afastando-o da legalidade, permitindo a aplicação da descrição concreta da conduta a fatos já acontecidos.

Ainda que não se confundam, os princípios da legalidade e do tipo completam-se dentro de um esquema de direito criminal certo e democrático-liberal. Evidentemente ineficaz a existência do conceito de tipo, se aplicado a fatos pretéritos; da mesma forma, conquanto não se confundindo os dois princípios, a manutenção do *mullum crimen sine praevia lege* com um tipo abastardado, aberto, em que predominem elementos normativos extra-jurídicos, de valoração consuetudinária ou social, elimina a garantia do direito penal democrático-liberal que se funda, que se alicerça exatamente no princípio do tipo. A certeza do direito penal, nesta hipótese, desapareceria, cedendo lugar à vacilante construção jurisprudencial. Esse o motivo de o tipo formal dever ser certo, claro, o mais possível objetivamente descritivo, infenso a valorações consuetudinárias ou sociais.

O legislador deve estar atento ao estabelecimento de um tipo formal correto, fechado, certo.

4. Igualdade

A este passo ousou afirmar que nenhum mito é mais difundido no direito criminal do que o de ser *igualitário*, vale dizer, dá igual proteção a todos os cidadãos, de qualquer camada social ou adepto de qualquer ideologia; em contrapartida, prega a igualdade de todos perante a lei criminal, que distribui as suas sanções igualmente a todos os que tenham condutas desviantes.

Desde que se inicia o ensino do direito criminal, diz-se que um dos seus caracteres é ser igualitário. Vale, porém, a afirmação de Alessandro Baratta, de que o direito criminal é, por excelência, um direito desigual.⁸ Disraeli afirmou que a história do sistema punitivo é a história das relações entre duas nações: a dos ricos e a dos pobres.⁹

Inegável a razão de Dahrendorf ao falar em sociedade dividida;¹⁰ isto é, a divisão da sociedade em duas partes. E, nessa divisão, apenas a parte social composta pelas classes alta e média produz os juízes e os legisladores, que terão como paradigma das suas atividades os componentes da outra parte social, a dos pobres (terceiro estrato, assalariados de baixa renda, e quarto estrato ou pobreza absoluta ou marginalidade social ou população marginal). Vale dizer, os legisladores estarão visando a outra sociedade para a confecção das condutas proibidas, que consideram desviantes da normalidade da sua sociedade, enquanto os juízes, ao julgarem as condutas tipificadas, estarão visando conter, dentro de uma sociedade, os que a esta pertencem.

Neste passo, forçoso é reconhecer-se que quanto mais se desce na escala social, mais as redes da malha da tipificação criminal apertam-se, afinam-se, de forma a impedir que os *desviantes* da outra sociedade, da classe baixa e da classe marginal, logrem a mesma facilidade de escapar da punição que têm aqueles de colarinho branco (ou da gravata preta), isto é, das classes médias e alta.

8 Alessandro Baratta, "Criminologia crítica e política. penal alternativa", in *Revista de Direito Penal*, nº 23, p. 7/21.

9 Alessandro Baratta, "Marginalidade social e justiça", in *Revista do Direito Penal*, nº 21/22, p.5.

10 Deustch Richter, p. 76 e ss.

Desde a escolha dos tipos que comporão o elenco fragmentário do direito criminal, na sua elaboração abstrata, as possibilidades de não punição dos delinquentes violentos do *white collar* são muito maiores. Haverá sempre a possibilidade de afirmação de que atuaram com uma excludente de criminalidade ou com uma causa de exculpação, máxime se a vítima provier de camadas sociais mais baixas. A revista TIME traz interessante abordagem sobre a discriminação inerente ao sistema criminal:

The death penalty symbolizes whom we fear and don't fear, whom we care about and whose lives are not valid', says Bryan Stevenson, the director of Alabamas's Capital Representation Resource Center. Fair enough. Just whom do American fear - and whom do they care about? The answers to these questions of life and death lie in a set of dry but startling statistics:

- *Of the 144 executions since the 1976 reinstatement of the death penalty in the U.S., not one white person has been executed for the killing of a black.*
- *In those 144 killings, 86% of the victims were white, although roughly half of all murder victims in the U.S. are black.*
- *Of the 16,000 executions in U.S. history, only 30 cases involved a white sentenced for killing a black.*¹¹

O Brasil tem muito sobre o que pensar.

5. Final

Ouso concluir ter ficado evidenciado que o direito criminal é, hoje, fator de infração ao princípio constitucional da isonomia jurídica. Esse sentimento está tão presente no espírito e na consciência dos criminalistas mais modernos, que levou Roxin a negar validade a ampliação da pena desde um fundamento de censurabilidade, pois a entende como um ato de fé fundado em uma suposição metafísica, incompatível com as escoras teórico-estatais da democracia,¹² pretendendo a utilização em todos os mecanismos do direito criminal, da política criminal.

11 Time, April 29, 1991, *Race and Death Penalty*, p. 68 e ss.

12 Roxin, "A culpabilidade como critério limitador da pena", in *Revista de Direito Penal*, nº 11/12, p. 8.

Mas essa utilização da política criminal, muito subordinada a estrutura de classes que o sistema jurídico-político-sócio-econômico quer imutável e estática e, portanto, mantenedora da atual situação, recebe a oposição dos modernos criminólogos. A política criminal permitira a não imposição de sanções penais a condutas desviantes praticadas por membros das classes alta e média, utilizando-se os mais diversos pretextos, dentre os quais desde logo pode-se apontar a exumação da necessidade social da pena: desde que esta não seja socialmente necessária, pela certeza da não-reincidência, não será aplicada, o que impediria o apenamento dos criminosos do colarinho branco.

Por isso, ao encerrar estas linhas, permito-me fazê-lo parafraseando o alerta de López-Rey:

"...se o direito criminal deseja sobreviver, deve-se dar conta de que a criminalidade convencional não é mais do que um aspecto do fenômeno sócio-político da criminalidade que os países em desenvolvimento devem ser estimulados a desenvolver seus próprios enfoques, ao invés de imitar os que existem em países muito diferentes em que o estudo da criminalidade não convencional, exige um enfoque que o direito criminal contemporâneo não pode dar."¹³

Estas as reflexões e as perplexidades que achei de meu dever trazer a público; se conseguirem fazer com que se pense em uma reforma de direito criminal menos criminalizante e mais igualitária, que estude os fatores jurídicos, políticos, sociais, educacionais da criminalidade, enfim, um direito criminal realmente executor do princípio constitucional da isonomia jurídica, ficarei satisfeito.

13 López-Rey, "Manifesto"..., *op. cit.*, p. 14.