

Em Defesa da Lei de Responsabilidade Político-Criminal: o Caso do Anteprojeto de Código Penal

Prof. Dr. Salo de Carvalho

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Doutor pela Universidade Federal do Paraná. Pós-Doutor em Criminologia pela Universidade Pompeu Fabra (Barcelona, ES).

01. Problema patológico das reformas penais (direito penal, processo penal e execução penal) no Brasil e em grande parte dos países ocidentais de tradição romano-germânica é o da *absoluta ausência de estudo prévio dos seus efeitos*. Notadamente nos casos de normas penais que direta ou indiretamente ampliam hipóteses de incriminação, como é o caso do Anteprojeto do Código Penal.

Invariavelmente as reformas nacionais ocorrem a partir de dois eixos centrais: (a) projetos para responder casos emergenciais (v.g. Lei dos Crimes Hediondos) ou (b) projetos baseados em sistemas dogmáticos idealizados por “notáveis” (v.g. Lei dos Juizados Especiais Criminais, reformas parciais do Código de Processo Penal).

No primeiro caso, o Legislativo, imerso em questões pontuais, realiza alterações/ inovações com objetivo de responder contingencialmente casos de grande repercussão. Nestes casos as leis normalmente são impulsionadas pela demanda punitiva, representando o que atualmente se denomina como política criminal populista ou populismo punitivo. No segundo caso, a tendência é a elaboração de projetos com maior ‘coerência’ em termos dogmáticos, ou seja, leis mais harmônicas com a estrutura penal e processual penal. A pretensão do Anteprojeto seria enquadrar-se no segundo modelo. No entanto, não consegue garantir coerência mínima com um modelo de direito penal ancorado na Constituição.

Em ambas as situações, porém, nota-se absoluta ausência de investigações empíricas que possibilitem projetar minimamente os impactos da nova lei no âmbito judicial e administrativo. Assim, a tradição legislativa brasileira tem oscilado entre o *populismo* e o *idealismo* punitivo, ou seja, entre leis penais de cunho meramente contingenciais e leis penais voltadas a preservação do ideal de harmonia e coerência do sistema jurídico-penal a partir de determinadas concepções dogmáticas e/ou político-criminais. Isto quando os projetos idealistas não são atropelados, durante o debate parlamentar, pelo discurso populista, inserindo elementos estranhos aos modelos originários e retirando a pretensa coerência auferida pelos notáveis.

Ocorre que, na maioria dos casos, os textos legais provocam alterações significativas no perfil do sistema punitivo sem que tenham sido projetadas suas consequências. Em relação aos substitutivos penais, as Leis 9.099/95 e 9.714/98 são exemplares.

Em termos macropolíticos, portanto, importante apontar para a necessidade de *estudo prévio de impacto político-criminal* nos projetos de lei que versem sobre matéria penal, mormente quando se trata de um projeto de Código que altera toda a estrutura normativa.

O *estudo prévio de impacto político-criminal* deveria não apenas vincular o projeto à necessidade de investigação das consequências da nova lei no âmbito da administração da Justiça Criminal (esferas Judiciais e Executivas), mas exigir exposição da dotação orçamentária para sua implementação. Assim, no caso do Anteprojeto que propõe a criação de novos tipos penais, o aumento de penas e a restrição ao sistema progressivo, imprescindível, para sua aprovação, uma exposição de motivos que apresente o número estimado de novos processos criminais que seriam levados a julgamento pelo Judiciário, o números de novas vagas necessárias nos estabelecimentos penais, o volume e a origem dos recursos para efetiva implementação da lei. Neste aspecto, a omissão do Anteprojeto é significativa.

Se a opção político-criminal dos Poderes Públicos é o aumento das penas e o recrudescimento das formas de execução, esta escolha deve impor deveres e responsabilidades.

Na esfera das finanças públicas, p. ex., existem importantes precedentes legais, como é o caso da Lei Complementar 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que estabelece regras voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo constitucional. Assim como há exigência de responsabilidade fiscal dos gestores públicos, devem ser implementadas técnicas de responsabilidade político-criminal, notadamente pelo caos que vive o sistema carcerário brasileiro. Ação planejada e transparente, prevenção de riscos e desvios para que sejam cumpridos os ditames constitucionais e legais referentes à dignidade do réu e do condenado é o mínimo que se espera quando se tem como primeira opção o encarceramento. Do contrário, inexistente legitimidade possível na punição.

02. O art. 5º, XLVI da Constituição determina que a lei regulará a individualização da pena e aplicará, entre outras, (a) privação ou restrição da liberdade; (b) perda de bens; (c) prestação social alternativa; (d) multa; e (e) suspensão ou interdição de direitos. Do rol constitucional referente às espécies de penas podemos extrair duas conclusões: (1ª) há previsão meramente exemplificativa, sendo, portanto, abertas possibilidades de outras sanções desde que respeitados os limites do art. 5º, XLVII; (2ª) há obrigatoriedade de resposta penal aos delitos.

As penas previstas no ordenamento não apenas deslocam a centralidade da privativa de liberdade como disciplinam que a própria privação de liberdade não implica reclusão carcerária, apesar da histórica associação. Não por outro motivo a Lei 9.714/98, ao alterar o Código Penal, regulamentou as penas restritivas de direito e criou modalidades sancionatórias distintas da prisão (v.g. prestação de serviços à comunidade, prestação pecuniária, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana).

Caso exemplar é o da nova Lei de Drogas. Ao seguir o processo de diversificação e de descentralização da prisão como norte sancionatório, no momento de regulamentar a sanção ao delito de porte (e demais modalidades de condutas) de drogas para uso pessoal (art. 28, Lei 11.343/06), inovou em algumas importantes questões, possibilitando novas compreensões sobre o binômio crime-pena.

Em primeiro lugar rompeu com o histórico vínculo entre crime e pena privativa de liberdade; fato que levou, inclusive, alguns doutrina-

dores mais apressados a sugerir a descriminalização da conduta. A Lei 11.343/06 inovou ao fixar diretamente no preceito secundário penas não privativas de liberdade. A segunda alteração foi no que diz respeito à incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro da pena de *admoestação* (art. 28, I), na modalidade *advertência* sobre os efeitos das drogas. Em terceiro, passo decisivo em direção à negação da centralidade do carcerário diz respeito à vedação expressa de qualquer tipo de encarceramento (cautelar ou definitivo) ao usuário de drogas (*v.g.* art. 28, §§ 2º, 3º, 4º e 16º e art. 48, § 1º).

A técnica utilizada parece ser absolutamente adequada e dimensiona estilo legislativo orientado à redução dos danos produzidos pela prisionalização e, sobretudo, ciente do alto poder de atração que exerce a prisão. Pelos resultados produzidos ao longo do século passado, parece notório que as cláusulas abertas e genéricas que facultam ao Judiciário o aprisionamento são, invariavelmente, mandatos em branco que geram como resultado concreto ampliação do encarceramento.

No entanto, o Anteprojeto, em sentido contrário ao preconizado pela Constituição, otimiza a lógica carcerocêntrica ao elevar as penas em abstrato, obstruir institutos descarcerizadores (livramento condicional e *sursis*, *p. ex.*), e criar tipos abertos que permitem ao juiz ampliar o tempo para progressão.

03. A incapacidade da Comissão em superar a obsessão do sistema punitivo pela pena carcerária traduz inúmeras faces da realidade do sistema punitivo nacional: o gozo explícito pelos suplícios e a vontade de punição; o temor pelo novo e a resignação com a lógica punitiva.

No entanto, parece fundamental repetir: as formas de resposta jurídica ao delito punível, no Brasil, estão distantes dos modelos idealizados. O cenário punitivo nacional não encontra correspondência com as motivações frequentemente expostas nas decisões que enviam e submetem as pessoas aos cárceres – discursos de prevenção geral ou especial, perspectivas disciplinadoras ou neutralizadoras.

Não é supérfluo lembrar que a indecência do sistema punitivo-carcerário brasileiro contemporâneo é exposta cotidianamente pelos meios de comunicação e pelos movimentos de defesa dos direitos humanos. A realidade da punição na estrutura jurídica brasileira parece assumir, sem

pudores, a posição de que determinadas pessoas simplesmente não servem, são descartáveis, não merecem qualquer dignidade, são desprezíveis e por isso são oficialmente abandonadas.

O Anteprojeto, em vez de propor alternativas reais ao problema do encarceramento nacional, legitima estas práticas de encarceramento massivo e cruel.

04. Qualquer projeto de reforma deve ter presente que as prisões que constituem o arquipélago punitivo brasileiro são efetivamente as nossas prisões – e não outras, idealizadas, como se percebe nos discursos punitivistas. E esta realidade prisional da vida crua é reflexo desta assustadora competência dos atores da política criminal em sempre (e cada vez mais) ofender a dignidade das pessoas e reduzir ao máximo sua condição humana.

O estado atual dos cárceres diz da forma como a sociedade brasileira resolveu historicamente suas questões sociais, étnicas, culturais, ou seja, pela via da exclusão, da neutralização, da anulação da alteridade. Diz da violência hiperbólica das instituições, criadas no projeto Moderno para trazer felicidade às pessoas (discurso oficial), mas que reproduzem – artificialmente, embora com inserção no real – a barbárie que a civilização tentou anular. Diz da falácia dos discursos políticos, dos operadores do direito e da ciência (criminológica), sempre perplexos com a realidade e ao mesmo tempo receosos, temerosos, contidos, parcimoniosos frente às soluções radicais (anticarcerárias), pois protegidos pela repetição da máxima da prisão como solução necessária.

A opção político-criminal exposta no Anteprojeto de Código Penal produz, como consequência natural de uma visão político-criminal punitivista, a ampliação do encarceramento e a relegitimação de um modelo que, na prática, aumenta os níveis de insegurança social.

Neste quadro, imprescindível, para que se tenha uma real dimensão dos problemas que se projetam com o Anteprojeto, que o Legislador tenha consciência dos impactos em termos de encarceramento e, antes de pensar em sua aprovação, analise o tema com responsabilidade político-criminal. ❖