

# UMA NOVA TEORIA DA PENA

José Carlos Geraldo da Matta\*

---

## Sumário

---

1. Uma nova teoria da pena 2. O Direito, a sociedade e a criminalidade. 2.1. O Direito Penal e a teoria tradicional da pena. 2.2. Da aplicação da pena e seus efeitos. 2.3. Sistema falido. 2.3.1. Um aspecto idiossincrásico da pena. 2.3.2. A quem se pune? – Críticas à pena tradicional. 2.4. Expectativas da sociedade em relação à pena e ao Direito. 2.5. Da pena capital. 2.6. Não existem soluções fáceis. 3. Conclusão. 4. Bibliografia

## I UMA NOVA TEORIA DA PENA

O mundo de hoje vive o afã da globalização. Um novo ideário socioeconômico domina o cenário político e a mídia nos quatro cantos do mundo. As mesmas saídas são apontadas para os mesmos problemas, não importando as especificidades de cada país.

Às voltas com a entrada do novo milênio, a humanidade projeta seu olhar para o lado luminoso do sucesso econômico, que é real para alguns, mas que se alicerça, freqüentemente, nas bases movediças dos sacrifícios

---

\* Aluno do 6º período da Faculdade de Direito da UFMG.

sociais. Quais as conseqüências dessa política? Ainda é cedo para podermos afirmar, contudo podemos deduzir, a partir dos enormes sacrifícios que são impostos à maior parte da população em todo o mundo, sobretudo no chamado “Terceiro Mundo”, que um distanciamento maior entre ricos e pobres será uma das conseqüências imediatas, e por extensão, tendo em vista o íntimo relacionamento entre os efeitos desse distanciamento e as convulsões sociais, não fica difícil prever uma escalada da violência.

As raízes da violência, e isso não é nenhuma novidade, estão mais relacionadas à condição social imposta ao ser humano do que à sua própria condição humana; não é possível negar que haja criminosos patológicos, todavia não se pode presumir que o crime seja uma patologia, sobretudo quando se constata a relação que existe entre a criminalidade e os rigores pelos quais se vêem obrigados a passar os indivíduos que constituem as camadas mais pobres da população nos momentos de crise econômica. A criminalidade é muito mais um fruto amargo a ser colhido pela sociedade e suas opções do que um problema individual que tenha solução imediata na eliminação, quer por isolamento, quer por tratamento, quer por extermínio do elemento de conduta desviada. Para resumir, lembremos Karl Marx, talvez nunca tão atual como hoje em dia: “Não é a consciência que determina a vida, mas a vida que determina a consciência.”<sup>1</sup>

## 2 O DIREITO, A SOCIEDADE E A CRIMINALIDADE

Assumindo como verdadeira a idéia de que a criminalidade seja um subproduto das sociedades, é preciso ter também a coragem para não nos rendermos à utopia de que a criminalidade poderá ser completamente ex-

<sup>1</sup> MARX, K. & ENGELS, F. A. *Ideologia alemã*, 1991.

tirpada de nosso mundo. Ela jamais o será. Ela pode, porém, vir a ser controlada.

Para tal, faz-se mister a adequação de nossas leis à realidade que gera toda a violência. Não podemos negar que, ao longo dos séculos, o homem vem buscando saídas para os problemas sociais, em virtude do reconhecimento destes como causas imediatas e mediatas de toda a violência em nossa sociedade. Nem tanto por seu espírito altruísta, mas, muito, por compreender que a violência é ruim para os negócios.

Ainda assim seria uma presunção bastante equivocada acreditar que a questão da violência estaria sanada apenas mediante a adoção de normas de direito positivo consoantes à realidade social. Junto a isso, são cruciais medidas políticas e econômicas mais justas com vista a uma melhor distribuição de renda, um melhor emprego do dinheiro público, de modo transparente e ponderado, e a garantia da concretização da cidadania a todos, com acesso à justiça, ao emprego, à saúde e à educação.

De tudo isso depreende-se – não como querem os pessimistas, ou os otimistas, mas simplesmente como as pessoas de bom senso terão a oportunidade de observar – um aspecto irrefutável da questão social: todas essas medidas são possíveis e imprescindíveis à manutenção da ordem; todavia, mesmo que elas não fossem postergadas, mas sim implementadas de imediato, seus melhores resultados ainda tardariam a se fazer sentir.

Medidas restritivas e ostensivas, como é do desejo de muitos, tais como um recrudescimento do combate à criminalidade ou a adoção de penas (ainda) mais severas do que as atuais, significariam apenas uma saída aparente para a questão, e necessariamente estariam fadadas ao fracasso, posto que representam a contramão da história da evolução penal, para não dizer o óbvio, que elas não atacariam as causas reais da criminalidade.

Então, não há nada a fazer? Pelo contrário. Já não é sem tempo que várias medidas devem ser tomadas, como as já referidas medidas econômicas, que surtirão efeito a longo prazo; medidas sociais, que surtirão efeito a

médio e longo prazos, como a popularização do acesso à justiça e sua modernização no sentido de torná-la mais própria do povo do que ela o é, e também mais rápida e eficiente; e medidas legais com resultados concretos imediatos (como só a norma de direito positivo pode propiciar), embora paliativos e ineficientes se adotados isoladamente e não como parte de todo esse processo de reestruturação social.

## 2.1 O Direito Penal e a teoria tradicional da pena

É visando à concretização desse processo, cuja necessidade se baseia na inexistência de opções, ou seja, ou a sociedade, como a conhecemos, se transforma ou desaparece, que o Direito Penal tem seu papel mais importante. A ele caberá o primeiro combate, sem que possa, contudo, perder de vista o todo e seu compromisso com o futuro. As medidas que adotar para a *contenção do dique* poderão ser paliativas ou duradouras, de acordo com a maestria com que sejam ministradas à questão. Nesse ínterim, tanto melhor que sejam duradouras.

O relevo do Direito Penal – note-se que este ramo emblemático do Direito não é assim conhecido por acaso – está em lidar com uma parcela da sociedade com a qual preferia não ter de lidar: os indivíduos de conduta desviada, os criminosos. Então, por que não Direito Criminal? Essa discussão, ainda que interessante, não constitui o objeto do presente estudo. Não obstante, manifesto minha opinião sobre a questão, dizendo-me inclinado a crer que preferiu-se salientar, de modo mais abrangente, a maneira pela qual o indivíduo criminoso será tratado pelo ordenamento jurídico cujas regras aviltou; aquilo que lhe dá razão de ser, de modo inequívoco: o combate à criminalidade.

O tratamento que a sociedade dispensa ao criminoso, ou seja, o indivíduo responsabilizado por uma conduta típica, julgado mediante o devido processo legal, com amplo direito de defesa e condenado por suas ações, e somente a este indivíduo, em tese, é uma pena. Aqui vale ainda um pequeno parêntese para lembrar que a Ciência Penal desenvolve-se a partir do estudo

de duas grandes teorias: a do crime e a teoria da pena. Vamos nos deter no estudo da teoria de pena para então prosseguirmos com a exposição de motivos.

A pena, como visto acima, deveria ser a forma pela qual a sociedade pune aqueles que, em tese, são culpados de uma conduta criminosa. Ela possui inúmeras características desenvolvidas ao longo dos séculos, provavelmente tantas quantas as da própria civilização humana. Acompanhar sua evolução histórica é deveras interessante, todavia não condiz com a proposta do presente trabalho, razão pela qual nos bastaremos em recomendar a leitura do célebre livro de Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*, onde fica patente a evolução da Pena, de então, como elemento de expiação da culpa (de pecados e/ou crimes) pela exposição pública do condenado, de modo a intimidar o cidadão comum e coibir a prática dos delitos, impondo o temor à pena, que poderia variar da execução e exposição pública até a morte, passando pela tortura, pela amputação, dentre outras, aos nossos dias, onde a pena é imposta apenas ao indivíduo condenado a partir de um processo no qual, em tese, lhe foi assegurado o amplo direito de defesa, consistindo de três tipos básicos: a multa, a restrição de direitos e a privação da liberdade. Esta última, que por nós é considerada, talvez, a mais violenta de todas as sanções impostas ao indivíduo, não era considerada, ainda no tempo de Beccaria, uma pena específica. O encarceramento do *suspeito* se dava para que ele aguardasse o seu julgamento ou a execução da sentença. Ainda hoje existem ordenamentos jurídicos que admitem penalidades brutais, como a amputação de partes do corpo; e mesmo alguns dos ordenamentos jurídicos mais modernos admitem a *pena capital*, a despeito das inúmeras críticas, baseadas em dados estatísticos incontestáveis acerca de sua ineficiência no combate e na prevenção ao crime. Não discutiremos os méritos dos primeiros, embora eles nos pareçam anacrônicos e despóticos; e oportunamente discutiremos as críticas feitas à pena de morte.

Retomando, a pena tem características mais relevantes, propósitos, funções. Não se restringe a ser o tratamento dispensado aos criminosos pela sociedade. Além de ser a maneira pela qual se pretende resolver esse pro-

blema, os propósitos a serem determinados para a pena foram objeto de estudo de filósofos e cientistas penais ao redor do mundo.

Três teorias consagraram-se, a saber:

- *Teoria absoluta ou da retribuição*, tendo como expoentes filósofos da estatura de Kant e Hegel: “Ao mal do crime impõe-se o mal da pena.” A pena é a reafirmação do Direito à medida que é a negação do crime, que é a negação do direito. A pena teria o caráter de retribuição, de correspondência, dentro do princípio da legalidade – *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* –, no sentido de que a pena é estabelecida em virtude do crime, para puni-lo. Ao ser punido, o criminoso teria “acertado suas contas” com a sociedade, e nesse sentido a “a pena reintegra o Homem”.

- *Teoria relativa, preventiva ou utilitária*, que pressupõe ter a pena um caráter preventivo. Esse caráter pode ser geral, ao fazer da punição de um indivíduo um exemplo de conduta a ser evitada por toda a sociedade. Nas sociedades modernas, se opõe ao efeito negativo da impunidade, disseminando a idéia de que o crime pode não encontrar na pena a devida correspondência, o que, entretanto, é muito mais um problema social do que propriamente jurídico; ou de caráter especial, na proporção em que ao punir o indivíduo faz com ele perceba seu erro. O aspecto preventivo da pena é assim caracterizado por Romagnosi, citado por Aníbal Bruno (1966): “Se após o primeiro crime se tivesse a certeza de que nenhum outro seria cometido, a sociedade não teria o direito de punir”, ao que podemos acrescentar, não teria nem mesmo a *necessidade de punir*.

- *Teorias mistas*, que fundem as duas teorias, a relativa e a absoluta. A pena visa intimidar o agente, punir o criminoso e reintegrar o indivíduo.

A partir do desenvolvimento dessas teorias encontramos como características da pena as seguintes:

- a *legalidade*, pela qual uma pena só pode ser aplicada se cominada a um crime por uma lei penal. Prevalece aqui o princípio da reserva legal: nenhuma pena pode ser imposta sem que esteja prevista em lei anterior;

- a *judicialidade*, característica da pena que fornece subsídios para sua aplicação ao crime ao qual esteja cominada, mediante parâmetros objetivos e subjetivos. Aplica-se restritamente a pena cominada ao tipo penal, sendo vedada a aplicação de qualquer outra que não esta;

- a *personalidade*, que importa no fato de que a pena só é aplicável à pessoa do agente que cometeu o ilícito. A pena não poderá jamais passar da pessoa do agente. Uma pena não pode punir os pais, filhos, parentes e amigos de um criminoso, mas apenas o criminoso;

- a *individualidade*, característica que possibilita que pessoas que cometeram um mesmo tipo penal tenham penas diferentes em virtude de condições subjetivas e objetivas presentes *in casu*;

- e, por fim, a *proporcionalidade*, que implica uma pena proporcional ao crime, ou seja, *grosso modo*, que ninguém seja morto por roubar um pedaço de pão.

## 2.2 Da aplicação da pena e seus efeitos

A partir dessas características podemos chegar à conclusão de que a pena em si é um elemento jurídico altamente relativo, fato decorrente da necessária individualização da pena, da judicialidade que leva em conta todos os fatores determinantes do crime e do agente, de ordem objetiva e subjetiva.<sup>2</sup> A verdade é que é extremamente perigosa sua aplicação, dado que, junto à condenação penal, estritamente legal, o réu está sujeito também a uma condenação que, em muitos casos, pode ser pior que aquela: a condenação social. Adicione-se a isso o fato de que uma condenação produz efeitos gravíssimos na vida do indivíduo, geralmente irreversíveis, uma vez que suas implicações não são meramente materiais, mas podem incorrer, e na

2 Conforme orienta o Código Penal em seu art. 59, adotando o sistema trifásico, como determina categoricamente o art. 68 do mesmo Código, para determinar na sentença o *quantum* da pena: cálculo da pena base, atenuantes ou agravantes, casos de diminuição ou aumento de pena.

maioria das vezes incorrem, em caráter temporal, e o tempo não está ao alcance de nenhuma restituição ou ressarcimento.

Uma pena aplicada pode, longe de significar a promoção da justiça, implicar uma tremenda falha de todo o ordenamento, fato inerente a qualquer processo jurídico, decorrente da própria falibilidade humana e estrutural. Isso quer dizer que qualquer ordenamento jurídico terá de conviver com a terrível possibilidade de cometer injustiças, mas que, no caso do Direito Penal, essas injustiças têm efeitos ainda mais catastróficos, que podem ir da ruína pessoal do condenado até a completa perda de confiança na instituição do Direito Penal.

### 2.3 Sistema falido

Como resolver esse impasse? Por uma questão de política criminal, os crimes devem ser julgados e, na devida proporção, os culpados devem ser punidos, mas se há sempre a possibilidade do erro, como reduzir os efeitos da pena e como fazer com que ela atinja resultados mais positivos para toda a sociedade?

É fato público e notório que o sistema penitenciário ao redor do mundo está falido. O avanço que representou a instituição da pena privativa da liberdade num dado período histórico, torna-se, hodiernamente, uma realidade incômoda e superada. Os motivos são vários: a insuficiência de penitenciárias para que os condenados cumpram suas penas da maneira devida; a constituição das atuais penitenciárias em verdadeiras escolas do crime, onde dificilmente se pode reabilitar um indivíduo para que este se reintegre à comunidade; o custo elevado dessas instituições, não só material mas também social, sem falar no fato de que não há retorno para sociedade dos recursos aplicados nesse sistema. Estas são apenas algumas das críticas mais contundentes e comuns com relação ao sistema penitenciário em qualquer parte do mundo.

Existem propostas infamantes, tais como a de se tornar *lucrativo* o sistema penitenciário, pela sua privatização, a exemplo do que ocorre em alguns países do Primeiro Mundo, notadamente os Estados Unidos. Tais propostas podem, no máximo, assegurar uma sobrevivência a um sistema ago-

nizante, que vem produzindo estatísticas acabrunhantes no que se refere a índices de recuperação e reincidência de ex-detentos.

Roberto Lyra, numa frase, resume melhor do que qualquer argumentação, a realidade do sistema penitenciário: “Cadeia, nem para os bichos.”

#### 2.3.1 Um aspecto idiossincrásico da pena

Do exposto no tópico anterior, configura-se diante de nós um impasse ainda mais sério: as teorias tradicionais da pena têm por objeto a punição do criminoso e perdem de vista outra função mais importante, que é a de recuperá-lo para o convívio social e para uma vida socialmente útil.

O fato é que, em virtude de regular as relações sociais de maneira ordenada, tentando minorar o caos da vida em sociedade, fruto direto do conflito de interesses entre seus indivíduos e grupos distintos, o Estado privou-os de um direito ancestral, profundamente arraigado no espírito deles, que constituía um sério risco para a ordem pública: o direito de vingança.

Nos códigos de leis da Antigüidade, a lei do Talião assegurava olho por olho, dente por dente. Hoje, averigua-se racionalmente a idéia de que tal forma de justiça não alivia a situação em que a vítima foi lançada e cria uma situação semelhante para outro indivíduo ou grupo da sociedade. Não obstante, a vingança não é um instituto social racional, mas sim um instinto primal, extremamente passional.

De alguma forma, a pena busca ocupar, de maneira abrangente, o conforto que a vingança trazia às vítimas: um conforto irracional, questionável, mas inegavelmente concreto. Entretanto, é comum refutar-se de plano tal argumentação, por sua vertente antijurídica, pois é impossível admitir ao Estado, adstrito à esfera pública, arrogar-se o direito de exercer a vingança em questões geralmente privadas.

Ora, esta prerrogativa cabe muito bem ao Estado, posto que, se não lhe fosse assegurada a possibilidade de tomar parte de assuntos privados dessa natureza, teria de admitir que a justiça fosse tomada nas mãos das

peessoas que se sentissem agredidas em seus direitos. O resultado seria o caos e a selvageria. Um retorno à imposição da lei do mais forte, o fim da sociedade como a conhecemos. Não há, portanto, demérito algum em constatar que o Estado, em benefício de toda a civilização, se apossou do direito de vingança e, em virtude de seu monopólio do uso legal da força, o exerce em nome de todos e de cada um, tampouco constitui uma afronta reconhecer que esta seja a expectativa de uma esmagadora maioria dos cidadãos que também são membros deste Estado.

Essa maneira de ver a pena é equivocada? Sim. Inegavelmente o é, contudo, é a maneira pela qual muitos dos cidadãos a vêem, e se lembrarmos que na maioria das sociedades modernas a criação do Direito é política, ou seja, o Direito é proposto por um Poder Legislativo muito mais suscetível à pressão da opinião pública do que às intrincadas proposições de caráter técnico, é fácil deduzir que esta é a maneira preponderante de encarar a função da pena.

### 2.3.2 A quem se pune? – Críticas à pena tradicional

E se a pena, da maneira como é proposta hoje, de certa maneira desrespeita uma de suas características mais importantes, isso se apresenta de forma pouco clara, impossibilitando que essa esmagadora maioria possa começar a compreender a necessidade de alterar seu ponto de vista sobre a pena. O fato é que a pena, hoje, desrespeita a sua característica de pessoalidade, pela qual não poderia jamais passar da pessoa do agente, da pessoa do criminoso condenado. Na realidade, da maneira como a pena se nos apresenta hoje, ela importa na punição de toda a sociedade, o que poderia ser louvável como processo de catarse, que não é seu objetivo, contudo. De fato, a sociedade, como vimos, tem grande parcela de culpa pela criminalidade que abriga; mas não existe objetividade nessa transcendência da pena do condenado para toda a sociedade.

Tornando mais clara essa idéia, analisemos as críticas mais comuns feitas ao sistema penitenciário, sustentado pelo Estado e, por conseguinte,

pela sociedade, que se vê às voltas com um sistema oneroso, falho, corrompido e corrupto, sob todos os aspectos ineficiente. Um sistema que não oferece à sociedade alternativas, não propicia a recuperação do indivíduo, que uma vez dentro dele não tem senão sua própria força de vontade e de espírito para “recuperar-se, regenerar-se, reintegrar-se à sociedade e servi-la”. Esse sistema distorcido não é capaz de reconduzir o indivíduo recuperado ao seio da sociedade, e é fácil constatar – pelas estatísticas que nos falam de recuperação e reincidência, e a grande disparidade desses números – que esse sistema se esgotará muito rapidamente, se é que já não está esgotado. As estatísticas são assombrosas. Se não ocorressem mais crimes, se não houvesse mais condenações a partir de hoje, já haveria um déficit de vagas prisionais elevadíssimo, e, na realidade, nem a criminalidade nem as condenações cessam.

O sistema penitenciário não se dedica à recuperação do detento. É em si um sistema de retenção de uma massa humana que a sociedade tenta retirar de sua vista, mas nunca irá conseguir totalmente. Prova disso são as constantes rebeliões dos internos nos diversos tipos de presídios.

Abra-se um parêntese para uma breve notícia acerca das penas privativas da liberdade e sua relação direta com o sistema penitenciário. As penas privativas da liberdade pertencem a de dois tipos:

- reclusão – penas acima de oito anos de privação da liberdade, a serem cumpridas em regime fechado, em presídios específicos, dotados de celas individuais (as penitenciárias), admitindo-se a progressão ou a regressão da pena;

- detenção – penas de até oito anos para não-reincidentes, regime semi-aberto *ab initio*, com progressão ou regressão de pena, a serem cumpridas nos institutos penitenciários próprios, ou seja, numa *casa de detenção* ou numa *penitenciária agrícola*, por exemplo. Não obstante isso, criminosos já condenados a penas de reclusão se encontram em “depósitos de

presos”, nos cárceres de delegacias, em flagrante desacordo com o que preceitua a lei.<sup>3</sup>

Esse desrespeito à letra da lei não se deve somente ao descaso das autoridades competentes, mas principalmente à impossibilidade de cumprir suas determinações. Simplesmente, não há vagas. A lei penal prevê a progressão de pena como modo de, gradualmente, promover a reintegração do indivíduo à sociedade (como se afirma, categoricamente, na exposição de motivos da Parte Geral do Código Penal, item 38). Assim, o indivíduo condenado ao cumprimento de uma pena em regime fechado, numa penitenciária, recluso, sem nenhuma atividade social, progride de acordo com requisitos de ordem objetiva e subjetiva, para o regime semi-aberto; neste ele poderá exercer diversas atividades sociais, até mesmo trabalhar dentro da penitenciária, progredindo para o regime aberto; neste ele terá ampliados ainda mais seus privilégios em relação à pena, como, por exemplo, poderá trabalhar fora do presídio, tendo de se apresentar e pernoitar num terceiro tipo de prisão: *a casa do albergado*.

Teoricamente, este caminho conduziria o indivíduo ao reconhecimento de seu erro, à valorização de sua liberdade, da vida e do convívio social, dando-lhe a noção exata do quanto é importante a conduta socialmente condicente e a liberdade. Não obstante, a precariedade do sistema faz com que indivíduos de maior periculosidade convivam com indivíduos de menor periculosidade; grupos perigosos e desorganizados de criminosos convivam com organizados grupos de subversão política, revolucionários oriundos de organizações paramilitares, numa promiscuidade propícia à proliferação e ao desenvolvimento da criminalidade.

O Estado depende enormes recursos para manter esse sistema, que serve de retroalimentador da violência; os indivíduos encarcerados não apre-

3 Lei n. 7.209/84, Código Penal em seu Título V, Capítulo I, Seção I, art. 33, § 1º, alíneas a, b e c, que determinam onde as penas em seus respectivos regimes deverão ser executadas, bem como a Lei n. 7.210/84, a Lei de Execução Penal, em seu Título IV, Dos Estabelecimentos Penais, e de seu Título V, Da Execução das Penas em Espécie.

sentam nenhum aspecto produtivo, mas, pelo contrário e muito freqüentemente, papéis, significativamente, negativos. Não há como defender a pena privativa da liberdade senão como uma questão de política criminal – tendo havido um crime, é necessário que haja a punição, que, por excelência, é a privação da liberdade. Mas essa punição apresenta inúmeros aspectos negativos e amplamente conhecidos.

## 2.4 Expectativas da sociedade em relação à pena e ao Direito

É preciso coragem para admitir que não há como a sociedade manter um sistema penitenciário tão falho e ineficiente, que está muito próximo do completo esgotamento, ou exigirá uma punição a toda a sociedade, mediante o investimento inadiável de recursos para sustentá-lo, recursos que poderiam ser destinados a áreas socialmente mais relevantes, como a da saúde e a da educação.

E novamente uma inquietante pergunta surge, quase imediatamente, em nossa mente: Como resolver o problema? O que fazer com os detentos?

A resposta é menos complexa do que pode parecer: prendê-los; puni-los da maneira como determina a lei, na medida de seus crimes e culpabilidade. Não há que se pensar em outra saída para aqueles que se encontram na situação caótica desse sistema. A pergunta a ser feita então passa a ser: o que fazer daqui por diante?

É preciso ceder à exigência que a sociedade impõe ao Direito. É impossível continuar a resistir ao manifesto ímpeto reformista que domina a sociedade. Resistir-lhe é perder “o trem da história”, é se furtar à oportunidade de orientá-lo de modo coerente e honesto, é, enfim, arriscar a continuidade da existência do próprio Direito. Isso não é uma verdade apenas para o Direito Penal, mas para todo o Direito. A sociedade exige que o Direito e a Justiça – e ela não faz distinção entre um e outro – seja rápida e pronta a atender seus interesses. Cada vez mais saídas extrajudiciais, como a promoção de mediadores para decisões de questões contratuais nas áreas

comerciais e mesmo cíveis, ou aperfeiçoamentos em contratos de modo a evitar a necessidade de mediação judicial, são implementadas. A sociedade não está satisfeita com a Justiça, numa tendência muito nítida no Brasil, que já fala até na absurda possibilidade de um controle externo do Judiciário. Uma verdade irrefutável se apresenta diante de nós: para que o Direito sobreviva é preciso que evolua. Evoluir no momento implica alterar posturas, contemporizar e transformar.

É preciso que o Direito Penal seja revisto em toda a sua estrutura; é preciso perceber no Direito Processual a necessidade de agilizar procedimentos e processos, de compatibilizar a demanda com a oferta; é preciso que o Judiciário se conscientize de que o número de juízes é insuficiente para atender parte da população que se dirige aos fóruns e tribunais a cada ano. É preciso reformar, sob pena de extinção do Direito como o conhecemos. E por tudo que sabemos hoje, isso pode implicar o fim da própria democracia.

Não obstante essa realidade ser bem conhecida de todos nós, é comum ocorrer a tomada de atitudes irresponsáveis no sentido de orientar contrariamente a reforma, sob a alegação de que a tendência é de se ir ao encontro dos interesses populares. A verdade é que a ânsia das massas nunca foi a melhor orientação a ser seguida. Senão vejamos: a maioria da população brasileira é a favor da pena capital. Esta é a melhor medida a ser adotada?

## 2.5 Da pena capital

Vamos analisar de maneira sucinta as críticas mais comuns à pena capital, de modo a não cansar muito o leitor que, provavelmente, já está afeito a essas críticas.

Uma das mais comuns feitas a essa pena é sobre as condições do ordenamento jurídico para aplicá-la. A falibilidade do sistema é patente. Injustiças podem ser cometidas e, se o aprisionamento já é irreversível, o que dizer da pena capital. Além disso questões de fundo ideológico-social

teriam enorme peso nas condenações. O caráter espetacular de tais processos tornariam a condenação muito mais importante do que a apuração dos fatos e a obtenção da justiça. O atual aparato estatal não tem condições materiais ou respeitabilidade para assumir a tal ponto a tutela da vida de um indivíduo. E não é só no Brasil. Enquanto preconceito e demagogia forem presentes em qualquer sistema político-social, essa medida estará sempre sob suspeição.

Outra crítica é o fato de que tais condenações não teriam, senão, efeitos negativos sobre os criminosos, uma vez que a lei penal intimida apenas o indivíduo de conduta reta; ele se mantém fora do crime, certamente, não só por temer a pena, mas, muito, por ter condições de fazê-lo, ao passo que o criminoso, que se aventurou no mundo do crime por ausência de opções, não terá nada a perder e, ao saber que poderá ser condenado à morte por um delito anterior, se tornará mais violento e cauteloso, procurando a todo custo evitar a captura, com uma conseqüente escalada da violência.

Outro ponto contrário à adoção da pena capital são as diversas estatísticas que comprovam que, onde a pena de morte foi adotada ou está em vigor, a violência não sofreu nenhum decréscimo, mas, sim, recrudescer em alguns desses lugares.

A divergência entre opiniões mostra que os motivos para a adoção de tal penalidade é de ordem muito mais emocional do que racional, baseando-se na já mencionada expectativa de vingança, que traria alívio à vítima ou aos seus familiares, o que é impossível de ser verificado ou avaliado. Do lado dos que são contrários, um argumento de peso: a morte do criminoso não traz em si a reparação do crime. Além disso, verifica-se que, nos países onde há pena capital, os processos são longos e permitem muitos recursos, estendendo-se por anos, ao longo dos quais o criminoso, mesmo insuspeito, condenado e comprovadamente culpado permanece em reclusão, o que fatalmente leva muitos deles a reconhecerem seus erros e a se modificarem, muito em função de sua própria força de vontade, já que o sistema não lhes propicia condições para tanto. Mas quando isso ocorre desaparece a razão de ser da pena, permanecendo apenas a pena em si. A pessoa que será exe-

cutada não é mais a pessoa que praticou o crime. Não obstante, a pena subsiste.

A idéia de pena de morte estabelece em si uma proposição ultrajante: que o valor de uma vida humana, se tanto, é uma vida humana. Um disparate que não merece maiores comentários.

À parte toda argumentação pró ou contra a adoção da pena capital, no Brasil tal discussão é impertinente, pois o constituinte, com grandes méritos, houve por bem erradicar de nosso ordenamento jurídico a possibilidade de mais esta mazela, como preceitua a Constituição Federal em seu Capítulo I, art. 5º, XLVII, salvo em caso de guerra oficialmente declarada contra nação estrangeira agressora. Esta disposição é categórica e inequívoca, não deixando margem nem mesmo à mais forçada das interpretações, como querem os defensores da pena de morte; esta agressão é uma cláusula pétreia de nossa Constituição. Além disso, o constituinte foi muito cauteloso ao afirmar que não haveria também penas de caráter perpétuo, de trabalho forçado, de banimento ou cruéis. A pena deve ter como objetivo precípuo reintegrar o indivíduo à sociedade, não fazendo sentido alijá-lo do convívio social, como a prisão perpétua ou mesmo uma pena muito longa, daí a complementação na medida do art. 75 da Parte Geral do Código Penal; nem tampouco o prepararia para esse convívio uma pena de trabalhos forçados, na qual ele não teria a noção de valorização de seu trabalho, sem falar no fato de que a escravidão foi abolida cem anos antes da Constituição Federal ter sido promulgada. Uma pena de banimento, da mesma forma, alijaria o indivíduo da oportunidade do convívio social útil em sua própria pátria.

Sem dúvida, não serão saídas demagógicas e irresponsáveis como esta que apontarão a solução para o impasse em que se encontra a sociedade diante da questão. Não é, por exemplo, com medidas como a da Lei n. 8.072 de 25/7/90 (a nefasta Lei dos Crimes Hediondos), tão hedionda quanto os crimes por ela defesos, que faz retroagir os avanços da Constituição e do Código Penal em matéria de política criminal, no tocante à reincidência específica (art. 83, V, do CP, introduzido pela Lei n. 8.072/90) e à progressão de pena (art. 2º, § 1º, da mesma lei). Não é legislando no afã de satisfazer

reivindicações e pressões populares que serão encontradas as soluções para os graves problemas que este país enfrenta.

## 2.6 Não existem soluções fáceis

As soluções são bem menos fantasiosas do que os críticos e céticos podem imaginar. Na realidade, nossa atual legislação prevê os elementos que poderão adequar a realidade penal à realidade deste país; soluções que poderão evitar a promiscuidade e a disseminação da violência nos presídios e através da sociedade; soluções rápidas e economicamente viáveis, com resultados efetivos e retorno em benefício da própria sociedade. Não se trata de investir em construção de presídios; trata-se de edificar algo muito maior e mais importante: a cidadania.

Este efeito soturno da pena deve ser extirpado. Este efeito, diga-se de passagem, não é exclusividade das penas, mas do próprio tratamento que a sociedade dispensa a todos os indivíduos oriundos das camadas mais baixas, notadamente no Brasil. Fala-se da perda da cidadania, da exclusão de milhões de cidadãos, da vedação de direitos e garantias a muitos deles, de uma das raízes da criminalidade. É preciso tomar o caminho de volta. Ao invés de negar a cidadania ao detento, é preciso dar-lhe esta cidadania, a qual ele, provavelmente, jamais teve acesso.

Não se fala do direito de voto. Votar não faz de ninguém cidadão, muito embora o argumento de que *preso não vota* seja um dos elementos responsáveis pelo descaso com que o sistema trata o detento. Não se trata também de uma idéia romântica, mas, ao contrário, do combate a uma situação economicamente negativa. A questão da violência, como já dissemos, é ruim para os negócios. A sustentação das políticas penais atuais implicam gastos estéreis e cada vez maiores. E, embora a criminalidade jamais tenha um fim, as atuais políticas penais não caminham no sentido de sequer controlá-la. E, não obstante, ainda abrigam as saídas para um sistema que parecia esgotado e fechado em sim mesmo.

Mas que saídas são essas? Uma delas, que vem sendo adotada com parcimônia, é a pena de prestação de serviços em lugar da pena de privação da liberdade. Uma saída economicamente mais responsável e coerente. Tal medida deveria ser apoiada e ampliada, dados os inúmeros benefícios que traz para toda a sociedade. É preciso ter em mente que se por vezes a pena é irreparável, o crime em si é muito mais. A existência do crime e da pena são duas coisas distintas. A única relação entre o crime e a pena está no fato de que o crime é o fato gerador da pretensão punitiva, a pena é a ação afirmativa de um direito do qual o crime é a negação, e não vai além disso. Quando alguém é morto, mas não se consegue identificar o culpado, o crime não desaparece; quando o culpado pelo homicídio é punido, o crime não desaparece.

Que não se use este fato para a proposição absurda de que, nesse caso, não há necessidade de punir o culpado, uma vez que o crime não será reparado. Tolice. A tendência a se adotar é de que a pena venha a reparar sempre os efeitos do crime, desde que sejam reparáveis, como no caso de crimes contra o patrimônio, por exemplo. Uma reparação não só à vítima direta, mas a toda a sociedade que foi agredida na crença em sua segurança. E deverá combater a prática de delitos, estimulando ainda as medidas de ressarcimento a toda a sociedade pelos efeitos do crime, ainda que irreparáveis, como é o caso do homicídio.

O que se propõe é que alguém que cometa um homicídio doloso seja condenado à prestação de serviços? De forma alguma. Um caso como este denota a profunda falta de respeito do indivíduo não só pelas normas ou pela sociedade, mas pela própria vida. A exposição de motivos da Parte Geral do Código Penal, em seu item 26, afirma que “uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade”. No caso de criminosos sociopatas, a lei instituiu as medidas de segurança, que se ajustam de maneira aparentemente adequada a este exemplo, é certo que com a necessidade de algum aperfeiçoamento. No caso de um criminoso não patológico, não basta apenas condená-lo à prisão, posto que isso acarreta a punição

de toda a sociedade, como já foi visto antes, e em nada contribui para a sua recuperação. O fato é que condenar um criminoso, “metê-lo atrás das grades” e abandoná-lo ao sabor de sua própria sorte não resolve nada. Ressalve-se aqui que ao Estado compete zelar pela integridade física e moral do indivíduo encarcerado (art. 38 do CP); e fazê-lo não constitui senão uma obrigação, além de uma imposição do caráter de recuperação do indivíduo contido na essência da pena. Isolá-lo do convívio social ou explorar sua capacidade de trabalho, além de não recuperá-lo, constituem infração à norma constitucional (art. 5º, XLVII, b e c).

É preciso encontrar uma alternativa que possa combinar na pena um meio de recuperar o detento e ressarcir a sociedade. É difícil imaginar tal solução sem o devido apoio de toda a sociedade. A segurança pública, não obstante, é um bem caro, que não pode ser relegado à sua própria sorte, abandonado como um problema do governo. É um bem de todos nós. É, portanto, fácil presumir que sua solução passa por alguns sacrifícios a serem impostos a todos. Esses sacrifícios devem ser bem pesados e conjugados com soluções objetivas para a problemática.

O consórcio das forças da iniciativa privada com o Poder Público seria bem visto, sobretudo com o intuito de transformar os atuais institutos penitenciários em centros de aprendizagem profissionalizante, dotando os detentos de novas perspectivas. Essa atividade deveria ainda ser remunerada, como a lei já determina que o seja (art.39 do CP), com algumas alterações de caráter punitivo ou restritivo no que diz respeito ao emprego deste pagamento (por exemplo, usar parte dessa remuneração para ressarcir danos materiais oriundos do ato praticado, determinação da aplicação desta remuneração, como numa poupança para o detento ou sua família, etc.).<sup>4</sup> Os resultados desta política não são plenamente determináveis, mas sua

4 Conforme preconiza o art. 29 da Lei n. 7.210/84 (a Lei de Execução Penal), com a ressalva da determinação judicial da aplicação dos rendimentos do trabalho do interno para fins de ressarcimento do bem jurídico ofendido.

implementação é possível e, diante de uma política que não surte mais efeitos, constituem uma opção válida.

A problemática do sistema penitenciário não é uma questão isolada, mas uma continuação de toda a crise do sistema penal. Mais uma vez é preciso ter em mente que este não é um problema local, regional ou mesmo nacional, mas um problema global (como se afirma, categoricamente, na exposição de motivos da Parte Geral do Código Penal, item 28; isto já em 1983), com dimensões diferentes em diferentes países, mas com as mesmas raízes, os mesmos sintomas e os mesmos descaminhos. A solução adotada aqui pode vir a ser a mesma solução para outros lugares. De toda forma, não se está só, na missão de encontrar uma solução para esta questão.

Não é aqui que as responsabilidades e possibilidades de viabilizar a recuperação do detento se encerram. A maioria das Constituições modernas traz em seu bojo o princípio geral da igualdade (um princípio extremamente abrangente, que vai além da igualdade legal e jurídica) e elementos de reforço deste princípio fundamentados em antigas e novas teorias. É o caso do princípio da ação afirmativa, que reafirma a igualdade entre os cidadãos, enunciando que *deve-se igualar os iguais e diferenciar os desiguais na medida em que se diferenciem*. Este princípio tem por objetivo oferecer a todos os indivíduos da sociedade igualdade de oportunidades, em virtude de diferenças sociais, sexuais e outras, como as deficiências físicas. Entre os efeitos objetivos da adoção dessa prática, encontram-se a assecuração de determinado percentual de vagas a candidatos do sexo feminino para disputar as eleições, concursos públicos a candidatos deficientes e incentivos fiscais a empresas que lhes concederem empregos, etc.

Como já foi visto, uma parte crucial da recuperação do ex-detento está na recondução deste ao seio da sociedade, para se comportar de forma produtiva e lícita, propiciando-lhe condições para a manutenção de uma conduta reta. Todavia, vimos também que à condenação penal segue-se a condenação social, que é ainda mais cruel e marcante. Apenas as boas intenções nunca bastaram para conter os efeitos nefastos do preconceito, nem mesmo a instituição da lei pode modificar uma característica cultural tão

profundamente arraigada. Não obstante, onde a lei e a consciência das pessoas falham, sua ganância pode obter resultados. A instituição por lei de incentivos fiscais e financeiros, com base no já referido preceito constitucional da igualdade, no intuito de reservar uma parcela do mercado de trabalho para a recuperação de ex-detentos, oferecendo um emprego aos que tivessem condições de ocupar um posto de trabalho, poderia dar frutos muito interessantes.

Não se trata de recompensar o criminoso com um emprego ao final da pena. Trata-se de eliminar um problema de toda a sociedade, propiciando ao egresso do sistema penitenciário uma igualdade de condições, da qual ele teria abdicado, segundo afirmarão alguns, mas que na verdade lhe foi tomada, ou pior, jamais lhe foi ofertada. Alguém poderia afirmar que isso viria agravar a crise social. Esta afirmação é um tanto equivocada. Não se trata aqui de criar uma reserva de mercado de trabalho para os egressos, mas de conduzir o indivíduo reabilitado e apto a desempenhar uma função útil à sociedade a um meio de prover seu próprio sustento, sem que ele reincida na vida criminosa. Afinal, quando o ex-detento cumpre sua pena, está livre para disputar uma colocação no mercado de trabalho como qualquer outro cidadão, embora carregue o estigma da marginalidade, da condenação e do preconceito. O custo social da reincidência é muito alto, sem falar no custo financeiro. Além do mais, dificilmente esse tipo de incentivo, a absorção pelo mercado de trabalho do ex-detento, possa fazer alguém em seu juízo perfeito lançar-se à criminalidade tendo em vista a possibilidade de arranjar um emprego.

Uma nova teoria da pena, que privilegie uma visão econômica mais racional e positiva da aplicação da pena ao criminoso condenado, representa um enorme avanço no sentido de chegar-se a um consenso necessário entre o aspecto retributivo da pena e a proposta de recuperação do indivíduo. O caráter intimidador da pena não é relevante, posto que o receio da punição nunca representou um empecilho para as mentes criminosas, funcionando, às vezes, ao contrário, como estímulo ao criminoso que, sabendo dos riscos a que estava se expondo, torna-se mais ardiloso e minucioso no intuito de cometer o crime e fruir dos resultados de seu ato.

### 3 CONCLUSÃO

É preciso que se conceba uma nova teoria da que não consista apenas de um momento – aquele em que o indivíduo paga, em conformidade com sua sentença, seu débito para com a sociedade –, mas de, no mínimo, dois outros: um anterior, no qual ela pode coibir o crime não apenas pela intimidação que, como foi visto, só influencia os indivíduos de conduta reta, mas como instrumento de conscientização da sociedade, expondo-lhe os custos com os quais terá de arcar e professando a necessidade de reformas estruturais profundas; e um outro momento, posterior ao cumprimento da sentença, quando o indivíduo condenado ainda está sob o estigma da condenação. A “tutela” da vida desse indivíduo ainda deve ser vista, sob as devidas proporções, como um dever do Estado, de modo a assegurar a toda a sociedade que aquele indivíduo, que o Estado garantiu ter pago seu débito e estar recuperado, não reincida.

No limiar de um novo milênio, não se admite mais que a sociedade ainda se negue a encarar os fatos. Estes são os fatos: a criminalidade é um subproduto das sociedades que pode ser controlado, mas não extinto; constitui um problema social, com raízes nas discrepâncias visíveis da estrutura social, na péssima distribuição de renda, na má qualidade de vida da maioria da população, na vedação da cidadania e de direitos básicos à maioria da população, tais como saúde e educação. A criminalidade não encontrará suas soluções em medidas judiciais paliativas, como um recrudescimento das formas de combatê-la ou um maior rigor nas punições a serem ministradas – nem com saídas judiciais, muito menos com saídas policiais. A pena não pode tratar só da punição do criminoso condenado, mas também de sua recuperação, da investigação de soluções economicamente viáveis e alternativas para a sociedade. Deve ser um dispositivo de combate à criminalidade, uma fonte de soluções que apresentem um contínuo processo de pesquisa e desenvolvimento de propostas, que forneça algum retorno à sociedade. O simples aprisionamento de indivíduos, além de não resolver a questão, ainda agrava o problema, quer em virtude de seus custos, quer por representar uma

sujeição do “responsável por delitos de pequena significação, na intimidade do cárcere, a sevícias, corrupção e perda paulatina da aptidão para o trabalho” (item 27 da Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal).

As reformas que poderão garantir à sociedade o controle da criminalidade não podem mais ser proteladas. Ao Direito Penal e ao Direito cabem encarar o fato de que sua sobrevivência está em dirigir este processo de reforma, indo ao encontro dos anseios de toda a sociedade. O próprio legislador reconhece a necessidade global dessas reformas e fornece os caminhos a serem trilhados. A crítica vazia do sistema penal não pode mais ocupar espaço. É preciso ter coragem para implementar as imprescindíveis reformas uma teoria da pena que privilegie uma visão histórico-econômica, tendendo a associar à necessidade de tornar a pena uma forma de conter o crime e punir o criminoso com a de torná-lo um indivíduo útil a toda a sociedade.

É impossível deixar de notar que a garantia da cidadania ao ex-detento, e mesmo ao detento, constitui um caminho obrigatório para este propósito. Basta notar que a vedação dos direitos inerentes à cidadania constitui uma das causas sociais da criminalidade. Persistir em negar a cidadania é no mínimo incoerente para quem se propõe a debelar a criminalidade.

É preciso ter em mente que medidas penais legais progressistas constituem o primeiro passo no sentido de controlar a criminalidade. Uma teoria da pena que propicie uma visão menos equivocada da função da pena por parte da sociedade, contudo, não pode ser vista como a solução final e definitiva. A teoria da pena em si é uma força viva que, como a sociedade, está em eterna necessidade de evolução. Além disso, não são só mudanças na legislação penal ou na legislação, é que solucionarão a questão da criminalidade ou da punição aos criminosos. É preciso uma mudança de atitude em toda a sociedade para que isso aconteça.

Contudo, devo admitir que uma nova teoria da pena, nestes moldes, é um ótimo princípio.

#### 4 BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR, Roberto A.R. de. *A crise da advocacia no Brasil – Diagnósticos e perspectivas*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1991, 166 p.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. P.M. Oliveira. São Paulo: Hemus, 1973.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, t.3.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- DUARTE, Gleuso Damasceno. *A Constituição: explicada ao cidadão e ao estudante*. 10. ed., Belo Horizonte: Lê, 1995.
- LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal – Parte geral*. Livro de aulas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal I – Parte geral*. 7. ed., São Paulo: Atlas, 1993.
- OLIVEIRA, Juarez de. *Código Penal*. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 1994.
- SERPA, Maria de Nazareth. *Mediação, alternativa judiciosa*. *Caderno de Estudos Jurídicos*. Belo Horizonte: PUC/Minas, p. 25-35, jun. 1993.

## BREVES ANOTAÇÕES SOBRE O PROCEDIMENTO DE PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA TELEBRÁS EM FACE DO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO\*

José Emílio Medauar Ommati\*\*

### Sumário

1. Introdução. 2. Os paradigmas constitucionais do Estado. 3. Do descumprimento do princípio constitucional da moralidade administrativa por parte dos agentes estatais envolvidos no procedimento de privatização do Sistema Telebrás. 4. Do desvio de finalidade cometido pelos agentes públicos. 5. Das irregularidades cometidas no procedimento de privatização da Telemig. 6. A teoria do fato consumado do Superior Tribunal de Justiça: um problema de hermenêutica jurídica. 7. Conclusão. 8. Bibliografia.

\* Parecer, transformado em artigo, elaborado na Procuradoria da República de Minas Gerais.

\*\* Aluno do 8º período de Direito da UFMG; monitor de Teoria da Constituição; estagiário na Procuradoria da República de Minas Gerais.