

VII- A JUSTIÇA PENAL E OS DIREITOS HUMANOS

EDMUNDO OLIVEIRA

Professor Titular de Direito Penal e Criminologia da Universidade Federal do Pará; Pós-doutorado em Criminologia pelo Centro de Pesquisas de Política Criminal da Universidade de Paris; Ex-Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Diversamente do que acontece nas relações de coordenação entre particulares, regidas pelo Direito Privado, os liames entre o indivíduo e o Estado são de subordinação do primeiro ao segundo. O Poder Público exerce sobre cada pessoa o seu domínio e se apresenta como autoridade que impõe encargos e deveres. Ele tem a missão de conduzir a sociedade aos seus altos destinos, dirigindo a atividade das pessoas no sentido da realização do bem comum. O homem é célula da sociedade e, conseqüentemente, sua atividade social está subordinada aos fins da comunidade. Esse é o fundamento da soberania interna do Estado; toda força vem daí.

O Poder Público não se exerce em benefício daqueles que dele estão revestidos. Em si mesmos, esses não têm nenhuma superioridade sobre os demais indivíduos. A força de que estão armados tem sua razão de ser nos fins comunitários que eles estão encarregados de alcançar como tutores da ordem.

Isso leva a entender o objeto da Justiça Penal. Por definição, ela é um meio de regular a atividade dos cidadãos segundo o bem da sociedade. Seu domínio é limitado às ações que prejudicam o corpo social. Para que um ato seja delituoso, e conseqüentemente punível, não basta que ele se mostre um malefício; é preciso que seja socialmente mau, danoso à sociedade e capaz de comprometer os seus fins. O delito é, antes de mais nada, um ato contrário à ordem pública, consistente nessa na disposição harmoniosa dos elementos sociais e na regularidade de sua ação para o bem comum. A razão de ser da sociedade é a insuficiência de cada homem para atingir sozinho o maravilhoso desenvolvimento de que é

suscetível; para reinar sobre a natureza que o envolve; para obter do corpo social o que só ele pode ministrar. A união das individualidades, para a consecução desse fim, multiplica-lhes ao infinito o seu escasso poder. E permite a cada um especializar seus esforços ao sabor de suas aptidões e aproveitar-se dos resultados adquiridos pelas gerações antecedentes. Em uma palavra, a sociedade é a fonte de todo progresso.

Para que essa associação natural produza as vantagens que dela se esperam é necessário que as diversas atividades que lhe servem sejam coordenadas e atuem harmoniosamente. Missão complexa, que se estende a todas as manifestações da vida em sociedade. Realizar essa condição é a primeira tarefa do Poder Público e essa incumbência se estende a todas as manifestações da vida social. O cumprimento desse encargo torna-se mais fácil na medida em que as pessoas lhe reconhecem a utilidade, aceitam o Poder Público como artesão de uma obra benfazeja e lhe dão o seu apoio.

A tarefa dos governos é facilitada quando ela se dirige primariamente às condições gerais a que as atividades particulares devem se adaptar. Dessa forma eles deixam à iniciativa privada uma área dentro da qual se satisfaz o natural amor à independência.

Não basta, porém, que cada um contribua para o edifício social com o resultado de seu labor. É preciso que a solidariedade de todos coopere para regular o modo pelo qual cada um possa gozar dos frutos de sua colaboração. Se os indivíduos quiserem usar o patrimônio comum em seu proveito exclusivo, os conflitos de interesses tornarão inviável o bem de todos e a segurança de cada qual. A situação será mais caótica e pior que o isolamento mítico de Robinson Crusóé.

A fruição e o gozo de cada pessoa são, pois, limitados pelos das demais. É preciso que cada um se modere de maneira a respeitar os direitos dos outros e se disponha a arcar com os sacrifícios exigidos pelo bem comum. Sem isso, os próprios interesses individuais correm perigo. Cada um deve abster-se dos atos que contrariem os fins da sociedade. Em outras palavras: deve eximir-se de praticar crimes.

Assegurar essa condição do bem social é missão do Poder Público. Encargo aparentemente simples, mas na realidade prática bem difícil. Longe de contar sempre com a obediência espontânea dos particulares, a autoridade se vê compelida a sofrer os arrebatamentos do egoísmo. Esse é o papel que o Direito Penal deve desempenhar.

Para prevenir e evitar o crime, o legislador começa por definir as ações que ele considera lesivas. Com isso, logra evitar que os homens de bem as pratiquem. Mas haverá sempre os que desprezem essa advertência e infringam o preceito legal. Não pode, então, o Estado ficar indiferente e, muito menos, premiar o infrator. Tem ele de reforçar o preceito com a ameaça de um mal, de uma pena, para os que infringirem. Dessa maneira consegue dissuadir alguns dos que pretendiam cometer crimes. E a intimidação terá sido benéfica até mesmo para os intimidados. Mas, se, apesar da cominação de pena, alguém vem a delinquir, então é preciso mostrar que a promessa de castigo não era vã, mas real e eficaz.

Para atemorizar, a pena deve produzir no destinatário da norma uma impressão molesta, fazendo ver que a infração do preceito legal acarretará a privação de coisas, materiais ou imateriais, que lhe são caras. A pena deve pesar como algo pior que a perda do bem pretendido pelo que se dispõe a delinquir. Ela deve atingir aqueles bens mais prezáveis, como a liberdade, o conforto, o patrimônio, a honra. A promessa de privação de tudo isso deve servir ao desencorajamento do possível delinquente. Mas dentro de que limites? A gravidade do crime é que determina a força de prevenção e de repressão que há de ser dada à pena. Se todos os que praticam crimes fossem ameaçados de um castigo terrível, as pessoas acabariam por familiarizar-se

com essa idéia e ela perderia seu poder repulsivo. Uma severidade exagerada daria lugar à revolta contra o sistema e excitaria nos homens de bem a compaixão que terminaria por transformar o celerado em mártir, coberto pela auréola da simpatia popular. Se a pequenos delitos fossem cominadas penas excessivas, a ameaça de castigo se voltaria contra a sociedade e o Poder Público. E até os grandes criminosos se aproveitariam da desconsideração popular pelo sistema penal. E não seria impossível que os próprios tribunais desapplicassem a lei por entender que summum jus, summa in iuria: o excesso de rigor da lei é a maior das injustiças. Isso ficou patente quando da aplicação do Decreto-Lei nº 975, de 20 de outubro de 1969, que definia como crime contra a Segurança Nacional o transporte em aeronave de mercadorias contrabandeadas e cominava a pena mínima de oito anos. Corajosa e acertadamente o Egrégio Superior Tribunal Militar reformou a sentença de um Conselho de Justiça, preferindo absolver o réu - um abuso de Direito - a aplicar-lhe aquela pena monstruosa. E a lei caiu em desuso.

O caráter preventivo da pena perde sua razão de ser se o legislador a torna ineficaz. O critério correto decorre de um conjunto de circunstâncias entre as quais prevalecem as subjetivas: o motivo do crime, as chances de impunidade, a maior ou menor facilidade de cometê-lo influem de maneira poderosa na determinação do agente. Uma inclinação pessoal, a força de um hábito, a condição social do indivíduo podem tornar o crime mais, ou menos, provável.

A par da função preventiva, a pena tem ainda uma finalidade repressiva.

O Estado deixa ao indivíduo o exercício da sua liberdade de escolha entre os motivos e os modos de agir. Mas essa franquia não deve estimular o egoísmo, a prepotência, a autolatria. Quem abusa da liberdade, prejudicando outrem, torna legítima a ação do Estado, que visa a proteger o bem comum. Entre esse e o bem particular existe uma hierarquia que o crime viola. E, uma vez praticada a lesão, só resta ao Estado punir o autor. Entram em cena a Polícia, o Ministério Público e o Órgão Jurisdicional.

Se o Poder Público, instituído para o bem comum, sofrer uma afronta e não for tratado

segundo as exigências de sua natureza e de sua finalidade, daí surgirá uma situação injusta. E toda injustiça deve ser reparadora. O autor do crime atenta contra o fim social do Estado e, em consequência, deve-lhe uma reparação. Na realidade o criminoso atinge mais longe do que ao particular ofendido: ele compromete a paz e levanta o clamor público. O exemplo por ele dado pode contagiar os fracos. É preciso puni-lo.

Mas isto só não basta. É conveniente emendá-lo e fazer que a pena sirva de escarmento aos que estão à beira do abismo. Para realizar plenamente os seus fins, a pena deve ser:

- proporcional à gravidade do crime e à culpabilidade do agente;
- eficaz na defesa da sociedade;
- reparadora do dano causado;
- exemplar para todos;
- tranquilizadora dos homens de bem; e
- medicinal para o próprio delinqüente.

A degradação moral do criminoso é progressiva; pouco a pouco ele perde o senso ético e se deprava. O hábito do crime pode formar nele uma segunda natureza. É preciso elevá-lo do aviltamento em que caiu. Cumpre ajudá-lo a quebrar as cadeias que o escravizam e redimi-lo. As influências malignas que atuam sobre ele podem ser destruídas, e até neutralizadas pelos bons exemplos e estímulos benéficos que ele receber. Convém acordar nele as virtudes que dormem nos desvãos de seu espírito. Supor que nenhum valor moral lhe resta seria desconhecer a natureza humana. Certamente ele não é um anjo, mas também não é um animal. Ele continua a ter as noções do bem e do mal e se os pés o atraem para o chão, a cabeça o faz olhar para cima. Este é um fato de verificação diária e as teorias devem subordinar-se aos fatos.

Quem lida com criminosos conhece os resíduos de moralidade que eles apresentam. É objeto de verificação diária que eles têm o sentimento de sua reprovabilidade; que, freqüentemente, se sentem desprezíveis; que almejam o perdão dos parentes pela falta cometida; que reconhecem a justiça da pena imposta; que a aceitam com dor mas também com resignação. Nem é raro o caso de criminosos que se denunciam espontaneamente à Justiça ou até se

suicidam para livrar-se do remorso que os acabrunha.

Ponto de partida para uma política criminal justa e eficiente é, portanto, o de que a pena deve ser não somente afiativa, mas também corretiva.

E não é só. Consistindo na privação de um bem jurídico do criminoso, ela não deve atingir certos direitos que são sagrados e inalienáveis para todo homem. Há de ser proporcional ao dano causado pelo crime e ao grau de culpabilidade, isto é, de reprovabilidade do criminoso. Aqui também se aplica o princípio físico da ação e reação: toda ação provoca uma reação de igual intensidade e em sentido contrário. A pena que excede essa medida é iníqua e contraproducente. Destinada a restabelecer o equilíbrio, ela o estaria comprometendo e pesando demais num dos pratos da balança. A pena que se põe aquém ou além do nível justo falha à sua finalidade.

Essas considerações suscitam um grave problema: a pena justa é praticamente alcançável? É fácil teorizar; difícil é pôr em prática. Mas não devemos nos contentar em que a justiça reine em alturas inatingíveis. Se, por um lado, é vã a pretensão de realizar um Direito Penal Olímpico, por outra parte não devemos renunciar à busca de uma solução razoável e que se aproxime o mais possível do ideal. Em outras palavras, temos que agir como em Matemática: por aproximações. Para isso devemos confrontar o proveito ilícito buscado pela vontade depravada do delinqüente com sacrifício que o castigo lhe imporá.

De que valeria, por exemplo, infligir uma pena infamante àquele que voluntariamente degradou o próprio nome nos caminhos do vício?

Por outro lado, não se deve esquecer que é dramática a situação do sistema prisional no Brasil.

Na verdade, a solução para os problemas que afetam o sistema penitenciário brasileiro só será obtida se baseada na convicção de que esta não é uma questão isolada, estanque. Ao contrário, necessita ser entendida como um verdadeiro sistema de vasos comunicantes, fundamentada em quatro pontos:

- a justiça social;
- o sistema policial;
- o sistema judiciário; e
- o sistema penitenciário.

Além disso, exige uma ampla discussão nacional, a envolver todos os segmentos sociais, cujos componentes não podem mais continuar contaminados e imobilizados pelo preconceito e pela indiferença.

Todo o corpo social, todos os cidadãos precisam entender que a punição se aplica ao criminoso e não ao crime, isto é, o alvo da pena corporal deve ser a pessoa e não o histórico dos crimes praticados. Toda a população deve dispensar àquele que um dia delinuiu - e está pagando seu débito com a sociedade - tratamento condizente com sua condição de ser humano, mesmo porque a Constituição Federal, em seu art. 5º - que trata dos direitos e garantias individuais - estabelece, em seu inciso 48, que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

Cumpra, também, atentar para o fato de que a própria sociedade é pródiga em fatores criminógenos, mas não se preocupa em eliminá-los, por crer que basta retirar o infrator do convívio social. As muralhas, de profundo significado simbólico, demonstram que valem menos como fator de segurança: são uma forma de se esconder, de não se querer ver o que existe por trás delas, numa perversa atitude de autodefesa.

A questão penitenciária, desse modo, é grave, e sua solução extremamente complexa. E o ponto de partida é a compreensão de que, enquanto persistirem as causas geradoras da criminalidade violenta, enquanto não se reformular o sistema penal brasileiro - destinando-se os estabelecimentos penais somente aos efetivamente perigosos -, nenhum Governo conseguirá equilibrar o sistema penitenciário. A solução está, assim, integrada à reorganização do Estado, ao estabelecimento de políticas públicas eficientes e justas, com vistas ao bem-estar de toda a sociedade.

O dilema não reside, simplesmente, na redução da massa prisional, uma vez que o esvaziamento dos cárceres não deve pagar o alto

preço do afrouxamento da repressão. Compatibilizar o ideal de uma cadeia humanizada com a necessidade de assegurar a coibição dos defeitos não é tarefa de fácil realização. Igualmente difícil é a empreitada de oferecer ao preso tudo de quanto ele precisa em matéria de assistência, de ocupação, de lazer, de reconhecimento aos seus direitos não atingidos pela sentença criminal, de respeito às convicções religiosas, de relação com a família e com a comunidade.

Essa dificuldade é atestada pela crueza existencial das prisões, daí a nossa preocupação, quando assumimos o Ministério da Justiça, de imediatamente, determinar o aperfeiçoamento da legislação penal, apoiando a filosofia de reservar a precisão aos casos em que o condenado represente perigo concreto para a sociedade, porque, em muitas circunstâncias, a reinserção pode ser alcançada com alternativas como a multa, a prestação de serviços à comunidade, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim-de-semana, entre outras medidas que poderiam ser adotadas no Brasil.

É preciso, portanto, recorrer a penas alternativas para que o juiz possa, em cada caso concreto, aplicar a mais hábil para contrabalançar a malícia do delinquente. Esse deve sofrer a diminuição do suposto bem que o levou ao crime.

Mas o Direito também não pode multiplicar ao infinito os tipos de pena. Daí a necessidade de prudência e sabedoria que devem nortear o legislador na escolha das penas; elas não devem ser de um só tipo, nem hão de multiplicar-se demasiadamente. E mais: a pena imposta na sentença condenatória não pode ficar imutável; ao contrário, cumpre torná-la dúctil e maleável na fase de execução a fim de que ele vá se adaptando às mudanças apresentadas pelo condenado.

É assim que a sanção penal cumpre verdadeiramente a sua missão de exercitar um permanente processo de diálogo entre o condenado e o Estado.