

A NOVA REFORMA PENAL

FERNANDO WHITAKER DA CUNHA*

A Academia de Ciências, Letras e Artes, representativo órgão cultural da Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo, instituída em 1987, homenageou, *in memoriam*, com a Láurea Acadêmica, meu pai Luiz Tavares da Cunha (1896-1977), que foi meu amigo, meu irmão e, na velhice, meu amado filho.

Grande delegado, meu pai foi na mocidade professor de História e publicou "Vida e Polícia" sobre crimes famosos ocorridos em São Paulo, de agradável leitura, que foi elogiado por Ivan Lins. Além disso, escreveu interessante estudo sobre polícia de costumes e um relato a respeito de lenda corrente nos barrancos do Rio São Francisco, onde, filho de um prestigioso coronel sertanejo, que teve sua residência transformada em Casa de Cultura, passou a infância.

Meu pai foi um dos fundadores da Associação, em 1949, encarnando com solidez o lema dela Ação, Lealdade e União e seus objetivos de lutar pelos interesses da classe e por seus altos valores que envolvem, sem dúvida, preocupações com a atividade legislativa que lhes digam respeito.

As reformulações das leis penais, no Brasil, não têm atingido os objetivos desejados, assistindo o perigoso aumento da delinquência, onde o crime organizado passou a ocupar lugar relevante. Além de não termos segurança, carecemos de educação e saúde, configurando um trinômio de necessidades indissolúvel que, aos poucos, devemos desfazer, mas medidas a curto prazo, para combater a criminalidade (as de médio e longo prazos que envolvem projetos educacionais e familiares, ações comunitárias e até arquitetônicas não podem deixar de ser tomadas), não podem ser procrastinadas e a principal delas é a construção de presídios, uma de nossas lacunas crônicas. A falta deles explica indultos apressados, penas inexpressivas e solturas absurdas. Países violentos como a Rússia, os Estados Unidos e a China possuem estabelecimentos penais

que recolhem uma considerável população carcerária A prevenção contra a pena de prisão é insustentável, porque, como dizia o ilustre Cesar Salgado, enquanto existirem crimes que ameacem a vida social ela não pode desaparecer porque imprescindível analgésico contra a relação de poder embutida em toda relação humana, que comporta vários perigos à sociedade quando tiranizada pelo crime.

A *occasio legis*, que encerra os fatores de influência presentes na elaboração das leis, alguns até de caráter pessoal, também atua sobre os encarregados de apresentar projetos e anteprojetos legislativos.

A comissão de 15 juristas encarregada de apresentar proposta de reforma penal, ao contrário das anteriores, não reuniu, salvo honrosas exceções, juristas de expressiva bagagem doutrinária. O mais eminente deles, o ilustre professor René Ariel Dotti, pediu afastamento do colegiado, que terminou por realizar um abrangente esboço de código penal unificado, com 541 artigos, que incorporou leis especiais, retornando ao modelo do estatuto repressivo de 1890.

É certo que apenas as infrações criminais lesivas de valores essenciais da vida coletiva podem ser punidas, em razão do caráter subsidiário do direito penal, mas isso não significa que por uma tendenciosa ficção científica se deseje descriminalizar ações antissociais que devem ser reprimidas, nem que se coloque, por vezes, o homem numa posição secundária no universo dos sujeitos passivos.

O entendimento de Edgar Rotman (*La Prevención del Delito*, p. 89, 2a. ed. San José, CR) de que “las sanciones genuinamente comunitarias deben reemplazar a la prisión efectivamente” é retórico, desprotegendo a todos no estado atual de nosso amadurecimento cultural.

É necessário pensar objetivamente, para uma ação eficaz. O capítulo da Constituição sobre segurança tem que ser reescrito, prestigiando e fortalecendo a polícia com novos quadros, maior independência e melhor remuneração; o elenco dos delitos hediondos deve ser ampliado, bem como a aplicação do dolo eventual.

O aborto não pode ser descriminalizado, flexibilizado ou autorizado, além das hipóteses legais (necessário para fins terapêuticos ou em caso de estupro), que podem abranger certas situações como o STF decidiu no caso de anencefalia do feto. Permiti-lo por discutível imaturidade psicológica da genitora ou por motivos econômicos, como em Portugal, é colocar valores secundários sobre a vida constitucionalmente assegurada.

Tanto a eutanásia (homicídio piedoso) como a ortotanásia (desligamento de aparelhos pelos médicos) podem ser admitidas em casos terminais e específicos, mas drogas não podem ser liberadas ou permitido seu uso ostensivo,

porque o Brasil não é um país pequeno como a Holanda que possibilita um melhor controle pelo poder público. Por outro lado, o usuário pode ser também traficante e não só para manter seu vício e a atitude preconceituosa deve ser considerada na fixação da pena. Diga-se de passagem que o pré-conceito não se confunde com a tomada de uma atitude cultural após reflexão (pós-conceito), o que se inclui no direito de expressão.

A maioria penal deve ser fixada em 16 anos porque é ingenuidade pensar que o menor de hoje é o mesmo de meio século atrás.

A própria Constituição admite o voto aos 16 anos e quem é capaz de influir no destino da nação deve, também, ser corresponsável, no mínimo, pelo próprio e, já com atraso, a legislação passe a contemplar crimes cibernéticos próprios e impróprios, sob os quais se encontram ocultos outros delitos, bem como o terrorismo, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, existente na França, e os crimes praticados por milicianos, que robustece o rol dos cometidos contra a administração pública tão agredida pela corrupção política, como já sucedeu em outras épocas, que conheceram a figura do *improbis administrator*.

A reforma de 1974 foi paradoxal. Numa fase de forte concentração política afrouxou com pertinência à criminalidade comum e o resultado foi desastroso. Advertimos pública e pessoalmente o então ilustrado Procurador Geral da República Henrique Araújo, envolvido com ela, na solenidade de posse na presidência do 11 Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro do valoroso e digno juiz e futuro desembargador Antonio Assumpção, à qual ele, como amigo e conterrâneo do empossando compareceu.

É preciso, ainda, que meditemos sobre disposições legais de outros sistemas, como a imprescritibilidade de certos crimes nos Estados Unidos e os que na reforma espanhola prevêm a prisão permanente revisável (a revisão será feita entre 25 e 35 anos de cumprimento da prisão), em delitos como o magnicídio e contra vulneráveis, a custódia de segurança, que admite a possibilidade de aumentar a condenação de presos especialmente perigosos e a fixação de 40 anos como tempo máximo de cumprimento da pena, o que tornaria as medidas acima desnecessárias, ainda porque, na ocasião, antes da crise do euro, a delinquência espanhola era inferior à da média europeia.

Foucault conceituava a governamentalidade como um conjunto de técnicas de governo (administração), que se assentam em expedientes de regulação e autorregulação dos fenômenos populacionais que sustentaria não só a chamada normalização, cujo objetivo era o controle subjetivo dos indivíduos pelo poder normatizador que deveria ser um biopoder, cujos traços bio-

lógicos fundamentais entram estrategicamente na biopolítica, analisando nova forma de exercício do poder.

Certamente, no exercício do governo a ênfase dos direitos humanos, democraticamente, deveria recair, preferencialmente, no devido amparo das vítimas, cujos direitos em certas "democracias" são postergados pela proteção demagógica aos infratores da lei, por serem órfãos de serviços de inteligência eficaz.

NOTA

* Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.