

A REFORMA PENAL ARGENTINA E NOS PAÍSES LATINO-AMERICANOS *

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Professor de Direito Penal na Universidade Nacional de Buenos Aires

A tarefa que tenho hoje é difícil, pois é muito difícil falar na Reforma Penal Argentina. É uma tarefa de grande imaginação, especialmente por que a Reforma Penal Argentina não existe. Existem alguns projetos, talvez esquecidos. A Argentina, como todos os países do Mercosul e como os países da nossa América Latina, não tem política criminal. Temos grandes problemas sociais e não temos soluções reais possíveis. Os nossos políticos têm que criar a ilusão de uma solução e, por vezes, a alucinação de uma solução. Nesta tarefa de criar, de inventar soluções mágicas, uma parte destas é destinada ao sistema penal, pelo seu poder punitivo. Os problemas sociais não têm solução e eles não sabem como resolver. Então, estão vendendo, como balconistas políticos, a mentira de que é possível resolver os problemas sociais, através do sistema penal.

Temos passado da ideologia da segurança nacional, dos anos 70, à ideologia da segurança pública, dos anos 90.

O poder passou, das agências militares, das forças armadas, às agências policiais.

Esse é um movimento não só latino-americano, está no mundo, mas, para nós, é muito mais dramático, pela maior estratificação da nossa sociedade. É a mesma idéia que está na Europa, é verdade, mas, na Europa, as vítimas dessas idéias são os turcos na Alemanha, os árabes na França, os negros na Itália. Na América Latina somos nós. Não temos condições de importar vítimas, pois estas são os nossos concidadãos.

Para os nossos políticos não fica claro que o sistema penal, como aparelho punitivo do Estado, seja o maior problema político, que diz com o futuro da nossa democracia. É este o momento de maior responsabilidade política do penalista e do jurista. Eu acho que, também, o momento é o

* Conferência proferida no 1.º Encontro Sobre Violência e Criminalidade no Mercosul, organizado pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Adaptação ao português realizada pelo Dr. Cláudio Barros Silva, Professor na Escola Superior do Ministério Público.

mais fascinante, pois é bom viver esta situação de grande responsabilidade, de mudanças sociais, de mudança das ideologias.

As ideologias não morreram, esgotaram-se, isto sim, as ideologias velhas. Agora estamos procurando idéias para atingir um pouco a realidade, pois não morreram as ideologias, morreram, apenas, algumas ideologias. E o mais fascinante, neste momento, é que também morreu a ideologia daqueles que falam sobre o fim das ideologias.

Realmente o momento é fascinante, todavia de enorme responsabilidade, porque sabemos que o Estado de Polícia, o Estado Policial, não morreu na Corte de Virgínia, tampouco morreu em 1789, com a declaração dos direitos do homem.

O Estado Policial existe nos Estados de Direito. Um ente que está no interior do Estado de Direito é, sempre, um sujeito contido, mas quando o Estado de Direito perder os seus mecanismos ou seus aparelhos de contenção, então o Estado Policial aparece com um grande poder. Isto sempre ocorreu em todo direito histórico, em toda história da evolução da democracia. O Estado Policial está no interior da democracia, contido. Ao percebermos esta realidade, neste momento histórico, saberemos que a nossa grande missão é a de limitação e contenção do poder punitivo do Estado. Não podemos cair na armadilha de acreditar que a miséria dos nossos povos, a concentração de riquezas, os grandes problemas de saúde, educação, os enormes problemas do desemprego, por si, possam produzir violência social.

O resultado da violência social não pode ser contido pelo sistema penal. O sistema penal é um aparelho sempre fraco e deve ser fraco, pois, se for forte demais, o sistema penal destrói o Estado de Direito, pois seria um poder sem controle e poder sem controle é corrupção, poder sem controle é ditadura, poder sem controle é redução dos nossos espaços democráticos, dos espaços democráticos da nossa população. Poder sem controle é totalitarismo, no fundo, ou ainda alguma coisa pior que o totalitarismo, é o autoritarismo. Totalitário não é qualquer um, totalitário é, mais ou menos, Hitler, mas, para chegar a Hitler, para chegar a Stalin, o totalitarismo tem um sentido criminoso. Todavia, o autoritarismo é a arbitrariedade total e é, portanto, ainda pior.

Neste momento, temos que falar em reformas penais, em sistemas penais, em idéias penais, mas cientes de que temos que fazer isto na frente de políticos que têm somente interesse no clientelismo político, na luta competitiva da concorrência política, segundo a natureza da própria atividade política, que é a concorrência. Sem dúvida, temos que fazer isto na frente de corporações policiais que querem poder, não poder pelo poder, não poder político, mas poder para ter condições de perceber, de diferentes setores da população, aquela parte do seu salário que não é pago pelo Estado. Temos que fazer isto na frente dos meios de comunicação social, que estão procurando retorcer. O retorcer é publicidade, o retorcer é dinheiro e sucesso na comunicação social. Este é o grande desafio que temos. E temos que fazer isto perante Judiciários que, como sempre, na América

Latina, são fracos, pois têm interesses em ser burocráticos, pesados e lentos, especialmente.

Neste sentido, no âmbito do Mercosul, o Brasil está um pouquinho mais à frente do que nós, na Argentina, graças à nomeação, por concurso, que tem no Brasil. Eu falo, sempre, que os Judiciários têm três estágios, três momentos históricos, na sua própria evolução: o momento primitivo, o momento tecnocrático e o momento político-democrático. O momento primitivo é o que temos nós, que é o da nomeação política. O momento tecnocrático é o que tem o Brasil, com a nomeação através de concurso, que é aquele que tem a Espanha, desde 1870, que tem a Itália, desde 1890, e o momento democrático, o momento político-democrático, é aquele do Conselho da Magistratura, com participação paritária, mais ou menos equilibrado, razoavelmente organizado, que é o que dá garantia de independência real do Judiciário. Independência através da parcialização do poder, sem diminuir a sua total independência. Neste sentido, diria que os países do Mercosul estão num momento primitivo, salvo o Brasil que está no segundo momento.

A estas corporações judiciárias, também, temos que colocar os nossos argumentos. Este é o marco do poder para expor argumentos. Dentro do Judiciário é que temos que projetar as nossas reformas, pensar, mudar e reformar as decisões, mas parece que é muito difícil, que é quase impossível. Estamos basicamente sem poder, sem condições de reformar nada.

Isto, todavia, não é totalmente verdadeiro. O poder que nós temos é do nível acadêmico, universitário-teórico do Direito Penal. Dizer que o teórico não faz mais do que escrever livros não é verdade. Esta é uma afirmação de um marxismo primitivo eu diria. Nem sequer Marx realmente acreditou nisto. Alguns marxistas, mas não Marx, este muito mais inteligente que alguns marxistas podem pensar assim. A colocação não é verdadeira, pois, se fosse, nós, os teóricos e os doutrinadores, não teríamos nenhum peso político e nenhuma ditadura no mundo nos teria perseguido, muito embora os ditadores conheçam bem o poder. Por causa disto, perseguiram ou utilizaram os doutrinadores, mais usaram do que perseguiram, infelizmente. Eles conhecem bem o poder, é verdade, e o sistema penal é um grande aparelho de poder e de sustentação do poder, na realidade.

Há alguns dias, li um trabalho de Stanley Cohen, que dizia o seguinte: "Se nós acharmos um estranho objeto e percebermos que o objeto, embora estranho, é um pouco regular. Ao começarmos a trabalhar, logo descobriremos uma pirâmide, pirâmide Maia, daquelas onde os sacerdotes falavam em cima. Começaremos a interpretar arqueológica e antropologicamente o sentido, o significado desta pirâmide. Vamos começar imaginando os escravos, os servos levando as pedras, caindo debaixo das pedras os mortos, o enorme esforço humano dos servos, dos escravos submetidos na construção da pirâmide. Imaginaremos os soldados, a força, a polícia os controlando na construção da pirâmide. Mas, no fundo, esta pirâmide seria a materialização da idéia dos sacerdotes. Sem os sacerdotes formulando a idéia, a

pirâmide não seria pirâmide, sem os sacerdotes subindo sobre a pirâmide para fazer todas as coisas, a pirâmide não seria pirâmide”. Nós somos os sacerdotes do sistema penal, nós somos os ideólogos do sistema penal. Se o sistema penal é o que é, é porque nós lhe demos um sistema de idéias, de legitimação, o que, por sua vez, é falso. A culpa de como está concebido o sistema penal é nossa e a responsabilidade de reformular esta ideologia, também é nossa.

Esse é o grande e real desafio do momento, que tem o fascínio do momento histórico. Neste momento, neste contexto geral, fizeram na Argentina alguns esforços para a reforma da lei penal, mas, para explicar o sentido dos esforços feitos, tenho que abordar um pouco da história, o que aconteceu com a nossa legislação penal nos últimos anos e, antes, colocar qual é a origem da nossa legislação penal.

Os senhores sabem que temos na Argentina um Código Penal que é de 1921. Este Código tem, na sua origem, estranhamente, o Código de Feuerbach, de 1813. Ninguém sabia alemão na Argentina, mas encarregaram um jurista argentino, no século passado, para fazer um projeto de Código Penal e ele achou a tradução francesa do Código de Feuerbach, feita em 1852 e, então, viu que era um Código liberal. Tendo simplificado a estrutura do Código de Feuerbach, o traduziu ao espanhol, com alguns erros, mas que resultou em nosso primeiro Código Penal, ainda no final do século passado. Por causa disto, o nosso primeiro Código Penal faz a classificação dos crimes, começando com crimes contra a vida. Todos os outros Códigos Penais, seguindo o modelo napoleônico, começaram a classificação com os crimes contra o Estado. Mas este Código, no momento da sanção, no final do século, já era velho. Era um Código do começo do século passado, Código praticamente contemporâneo ao Código de Napoleão. Este Código foi estabelecido por lei, na Argentina, por volta de 1889. Logo, começaram os trabalhos de reforma deste Código, que, final e felizmente, foram coroados no ano de 1920, sendo que o Código começou a vigorar no ano seguinte. Todavia, o Código Penal Argentino continuou sem alternativas até os anos 60. É um Código que não tem nada de extraordinário, salvo a sobriedade. Não tem definições de dolo, não tem definições de culpa, tem um artigo que se exime as responsabilidades, mais nada. É um Código dirigido a um trabalho dogmático, pois que não teve a intenção de levar à lei conceitos que devem ser feitos pelos doutrinadores. Não contém um tratado de direito penal, pois é um Código sóbrio, e isto já é uma grande vantagem. Outra grande vantagem que possui é que foi elaborado nos tempos do positivismo que define a periculosidade. Contudo, só contém uma referência de periculosidade feita no último momento, sem muito critério, quando da individualização da pena, junto com outras expressões que não têm nada a ver com o conceito de periculosidade. Estas são algumas vantagens do Código de 1921.

Devemos reconhecer, todavia, que foi um Código feito no tempo em que possuíamos repúblicas aristocráticas. Como a República Velha no Brasil,

a nossa oligarquia pecuária foi produto deste momento, mas ela, no fundo, tinha uma convicção liberal e o Código, num certo sentido, era mais ou menos respeitoso à concessão liberal, pelo menos a nível da evolução ideológica dos primeiros anos do nosso século. No entanto, este Código continua sem muitas modificações. Tentou-se reformar o Código várias vezes, mas sem sucesso, no ano de 1963, quando tínhamos uma ditadura militar com rosto civil, onde o Presidente Constitucional estava na cadeia e o Presidente do Senado exercia as funções como Presidente Constitucional. O Congresso estava fechado e, então, por via de decreto-lei, foi efetivada uma reforma de quase 150 artigos do Código, em 1963. Aos poucos voltou o governo constitucional, o governo de Ilha, o governo com postura radical, que, então, derogou, em 1964, a reforma feita no ano anterior, retornando o Código à normalidade do texto de 1921.

No ano de 1966, o golpe de Estado derrubou Ilha e, com a mudança de governo, estabeleceu-se uma Comissão constituída por três eminentes professores de Direito Penal, que projetam uma reforma perto de 200 artigos do Código, estabelecida, também, por decreto-lei, no ano de 1968.

Acabou a ditadura militar em 1973, quando o Congresso e o Governo Constitucional derogaram a reforma de 1968, voltando o Código à normalidade, ainda no ano de 1973, no Governo Perón.

Em 1976, caiu o governo peronista e, então, iniciou a última ditadura, a pior de todas, e, no mesmo ano de 1976, voltou a vigorar o texto derogado em 1973. Mais uma vez, 200 artigos vigoraram até o ano de 1984, ano em que o Governo Constitucional, também com postura radical, derogou a reforma imposta pela ditadura, voltando o Código às características estruturais de 1921, melhorando-o em algum sentido. Passa-se da reincidência fixa à reincidência real, o qual reduz o seu âmbito de incidência. A condenação mediante condições passa de dois para três anos e apenas as condenações até três anos, podem ser impostas condicionalmente. Reduz-se a única pena de rejeição que temos no Código, restando praticamente inaplicável. Tenho que confessar que, nestas três reformas, tive algumas coisas a ver, especialmente por acreditar que era impossível a derrogação da pena na rejeição.

Estou falando em pena de rejeição e os senhores estarão perguntando o que é pena de rejeição. Para mim, pena de rejeição são as chamadas de medidas de segurança. A medida de segurança é um nome inventado para disfarçar a pena de rejeição, por causa disso que falo em pena de rejeição, que é o verdadeiro nome e a verdadeira natureza das chamadas medidas de segurança. Era a velha pena de galés. A nossa pena de rejeição era efetivada no sul do país, na Antártida, na Terra do Fogo. Esta velha pena de rejeição foi mais ou menos disfarçada em 1945, mas é a mesma pena de rejeição que era imposta seguindo a fórmula da rejeição francesa de Napoleão III, de Napoleão, o Pequeno, de Napoleão, o Gostoso.

A pena é imposta quando o agente tem três sentenças condenatórias de mais de dois anos, sendo duas sentenças por um delito da mesma espé-

cie. A fórmula é muito complexa, pois reduziu-nos a relegação para a quarta multi-reincidência, a reincidência real, sempre sem possibilidade de prescrição da multi-reincidência, tornando praticamente impossível de se fazer aplicação real da pena de relegação. A derrogação da pena de relegação não tinha condições de passar no Congresso, então, na época, inventamos tantas condições e requisitos, que praticamente a medida passou a ser inaplicável.

Em 1984, este era o estado da nossa legislação penal, onde vigorava o velho Código de 1921, com sua tradição liberal, mais ou menos melhorado, por estas pequenas modificações.

Começamos, então, a pensar que era necessário reformar o sistema de penas. Nosso Código Penal tem praticamente uma única pena, que é pena privativa da liberdade, que, por sinal, está em todos os Códigos. Há, também, a multa e a inabilitação. A pena privativa da liberdade divide-se em duas: a reclusão e a prisão. Na prática, a divisão está derogada, pois não faz sentido, porque a Lei de Execução Penal não estabelece diferenças na execução das penas. Teoricamente, temos quatro penas: reclusão, prisão, multa e inabilitação, mas, na realidade, temos só uma pena, que é prisão. O juiz tem duas possibilidades: ou coloca o homem na cadeia ou deixa o homem na rua. Este é o sistema simplista de resolver a coisa, na prática, pois não temos outra possibilidade na lei. Começamos, então a pensar que era necessário fazer a reforma e refletir sobre o sistema de penas.

Na minha opinião, acho que não é conveniente fazer um novo Código Penal, pois o atual é aceitável. Um Código Penal traz a possibilidade de reformar alguma coisa, mas o fato de deixar o texto como está, entendo que é uma grande vantagem, por duas razões: uma, que talvez não seja a primeira, é que, em torno de um Código, se faz uma tradição, se estabelece uma doutrina, se constrói uma interpretação, se consolida um trabalho; a segunda é que, quando abrimos a luta de uma reforma penal, mobilizam-se formidáveis forças, que englobam interesses setoriais, classistas, corporativos etc., sendo o melhor deixar de abrir todas as frentes ao mesmo tempo. O correto é abrir uma só frente e discuti-la. Se abríamos todas as frentes, numa reforma total, certamente o resultado será terrível.

Levantar-se-ão os jornalistas, porque alguém escreveu, sabe-se o que, num artigo que ninguém leu; a Igreja, porque outro doido escreveu sobre o aborto, e assim nós iremos. É praticamente impossível fazer uma reforma penal total, pois ela é muito difícil nas circunstâncias como as do momento mundial. Devemos indicar e colocar, à frente, só um ponto de luta, para nele nos concentrarmos.

Seguindo este critério, perguntei a dois amigos deputados, em um determinado momento histórico, se eles estavam dispostos a postular no partido peronista, a possibilidade de efetivar a reforma, bem como se tinham interesse de apresentar à Câmara de Deputados um Projeto de reformas, mais ou menos integrado, do sistema de penas. Meus amigos sempre são meio doidos, como eu, mas aceitaram e levaram à Câmara um Projeto que refor-

mava todo sistema de penas. O projeto foi engavetado pela maioria. Todavia, foi publicada a primeira tentativa de reforma integral do sistema de penas. No ano seguinte, o Senado Federal convoca uma Comissão, fato que pode revelar a idéia e o nível de responsabilidade dos nossos políticos. O Senado Federal convoca uma Comissão para revisar um Anteprojeto de Código Penal feito pelo Senador Jiménez Montilla. A Comissão, integrada por 25 professores de Direito Penal, de todas as tendências, onde se reuniam as mais incompatíveis ideologias. Parte desta Comissão começou a se reunir, dividindo a tarefa. Em certo momento, a Comissão percebe que o Anteprojeto é um desastre e a Subcomissão encarregada da parte geral resolve trabalhar o Projeto de 1987. Devo esclarecer que o Senador também fazia parte do Partido Peronista, o mesmo Partido dos meus amigos que apresentaram um Projeto à Câmara dos Deputados, dois anos antes. Quando o Senador, autor do Projeto, percebeu que a Comissão estava trabalhando em outro texto, diferente do encaminhado por ele, buscou dissolver a Comissão.

Todavia, aquele Projeto absurdo de Jiménez Montilla, por absurdo que pareça, foi aprovado pelo Senado Federal. Perguntei, então, a alguns Senadores: “O que vocês fizeram, ficaram doidos?” Responderam-me, todavia, que não. Afirmaram que tinham a necessidade de resolver o problema de uma ponte, em uma Província, e, também, sobre a nomeação de alguns embaixadores, então disseram: “Trocamos com Jiménez Montilla o voto, mas estamos certos que a Câmara dos Deputados não vai aprová-lo jamais”. Certamente, não o aprovará jamais. O único Projeto de reforma integral do Código Penal, aprovado, desde 1921 até hoje, foi o Projeto de Jiménez Montilla, ou seja, o pior de todos.

Ninguém, até hoje, sabe quem é o responsável pelo Projeto. Formalmente é Jiménez Montilla, que é um político, mas desconhecemos autor responsável. Normalmente, sabemos que é difícil a elaboração de um Código Penal, que deve ter certa harmonia, pois os Códigos são autoritários, por vezes totalitários. Um Código, mesmo sendo um Código fascista, pode ser harmônico, pois um Código fascista é como uma estação de Milão. Uma coisa fascista, mas harmônica no seu fascismo, sem dúvida.

O Código Jiménez Montilla não tem nada de harmonia. O Projeto de Código Penal aprovado é um edifício onde a entrada é pela cozinha, só sai pelo banheiro, o comedor é no terraço, ou seja, uma coisa absurda como corredores que vão para muros, janelas onde têm que ter portas. Não tem arquitetura, não tem ideologia, não tem nada. Não sei se, em algum momento, em minhas críticas, fui forte demais. Mas logo começaram os escândalos, pois em um artigo de jornalistas alguém me perguntou: “É um Código autoritário?” “Não, não é um Código autoritário, é um Código doido, é um absurdo, ele não é autoritário, pois não é nada, eis o problema”. Se fosse autoritário, seria um Código fascista. Por sinal, o Código foi esquecido, este Projeto é uma anedota, nada mais. Isto demonstra o grau de responsabilidade de nossos políticos.

No ano seguinte, em 1991, é nomeado o novo Ministro da Justiça, que foi meu colega no Tribunal por muitos anos. Ele, então, solicitou que projetasse a reforma do sistema de penas do Código. Aquela situação anterior, promovida por dois deputados da oposição, do Partido Peronista, foi superada. Agora, no Governo, o Ministro da Justiça me solicitou um Projeto, não por questões políticas, porque Jiménez Montilla também era do Partido Peronista atualmente no poder. Fui solicitado porque ele é meu amigo e por meu trabalho, só isto.

Comecei, então, a trabalhar e, no final de dezembro/91, entreguei um Projeto de reformas ao sistema de penas do Código Penal e um Projeto de Lei de Execução Penal. O Projeto foi estudado no ano passado, em 1992. Todavia, o Ministro saiu do Ministério da Justiça. Com este fato, o Projeto parou e não chegou, ainda, ao Congresso.

Na semana passada, falei com dois amigos deputados, que fazem parte da Comissão de Legislação Penal da Câmara dos Deputados e, como não têm muita coisa para propor à Comissão, me pediram, se possível, para auxiliá-los a retomar as discussões sobre o Projeto de reformas do sistema de penas.

Este é o estado em que estamos neste momento, quanto às reformas penais.

O destino levou-me a dirigir, por dois anos, o Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Crime e Tratamento do Criminoso. Este é um nome enorme e grandioso. Neste Instituto das Nações Unidas, temos alguma possibilidade de discutirmos o Direito Penal e sua ideologia. A sede do Instituto está na Costa Rica e o governo da Costa Rica, especialmente a Corte Suprema de Justiça da Costa Rica, pediu-me para fazer um documento, o primeiro diploma de trabalho para reforma da legislação penal na Costa Rica. Eu achei que o Código Penal da Costa Rica também aceita uma reforma parcial, embora seja um Código com grandes problemas, pois é uma cópia do Código Penal Latino-Americano, de infeliz memória. Então, praticamente adaptei a reforma penal argentina ao Código da Costa Rica. O mesmo destino permitiu-me fazer parte da Comissão de Reforma Penal no Equador, junto ao professor espanhol Manuel de Rivacoba. Então, estamos trabalhando com uma Comissão equatoriana e temos praticamente terminada a Parte-Geral do Anteprojeto do Código Penal para a Corte Suprema do Equador.

No Equador, como na Costa Rica, a Corte Suprema tem faculdades de iniciativa legislativa e, então, tivemos condições de introduzir também as mesmas idéias sobre penas no sistema do Projeto do Código do Equador. No Equador não foi possível uma reforma parcial, o Equador tem um Código Penal que é muito antigo, que tem como modelo o Código belga. Não é um Código passível de ser salvo. É um Código belga que foi, também, gravemente atingido por uma reforma no ano de 1938, de jeito que, no Equador, estamos projetando uma reforma que praticamente é integral.

Quais são as idéias sustentadas nestas tentativas de reforma? Qual a idéia central, a idéia diretriz dos projetos?

Em primeiro lugar, achamos que temos que voltar inteiramente a um direito penal de culpabilidade, o que tem um caráter muito mais limitativo do poder punitivo do que qualquer outra versão do direito penal. Isto, por si só, já justifica as reformas. Nas suas versões, o direito penal de culpabilidade é mais limitativo. Em geral, a idéia básica é esta. Temos pensado em fazer uma diferença entre penalidade e penas. Por penalidade estabelece-se o grau da reação penal. O Código argentino, no Projeto argentino, tem pensado em estabelecer uma penalidade leve, que é aquela que vem estabelecida na parte especial, pena privativa de liberdade até um ano; uma penalidade menor que é a pena privativa de liberdade de até três anos; uma penalidade média, com pena privativa de liberdade de até oito anos; uma penalidade grave, com pena privativa de liberdade de até quinze anos, e uma penalidade máxima, com pena privativa de liberdade de mais de quinze anos até o máximo de vinte anos.

No Código Penal argentino temos a pena perpétua. A pena perpétua, como sabem os senhores, é a maior mentira do mundo. A pena perpétua não existe no mundo. A pena perpétua é uma mentira ao povo e não passa por outra coisa. Ninguém acredita na pena perpétua. Não existe prisão no mundo cheia de velhinhos. A pena tem limites naturais. Imaginemos o que aconteceria hoje com crimes horrorosos, hediondos. Estabeleceríamos pena perpétua para o ano 2035? Todos nós mortos ou velhos, ninguém lembraria do crime e, tampouco, algum jornalista que faz história nos jornais. Nós, hoje, lembramos de um crime ocorrido no ano de 1955 ou 1952?

As administrações penitenciárias terão outros problemas, pois não administrarão os problemas dos velhinhos na prisão. Não, a pena perpétua realmente é uma mentira. É a maior mentira do direito penal contemporâneo. E os europeus, o que têm gasto com os que têm pena perpétua? É curioso, ao lermos no Código Penal espanhol e no Código Penal italiano a pena perpétua. Mas, se fizermos visitas às prisões espanholas ou italianas veremos que o máximo que um preso fica na cadeia, na Itália ou Espanha, é 11 ou 12 anos, salvo Terrero, aquele pretendeu dar um golpe de Estado na Espanha, ao entrar, em 1981, na Câmara dos Deputados e submeter, sob ameaça, a todos os deputados. Sim, mas o fascista Terrero, não pediu a conversão da pena, por causa disto ainda está na prisão e a administração penitenciária não sabe o que fazer com ele. Ele quer estar na prisão por razões políticas, porque isto lhe dá mais cartaz frente ao povo e, tudo isto, não passa de medida política proposta por ele.

Na realidade, o Código Penal tem inovações, pois a Lei de Execução Penal permite contar 3 dias por 1 quando trabalha; 2 dias por 1 quando estuda; permite a saída em confiança, permite a boa-fé nos pedidos e, no final, o homem, com pena perpétua, está, na rua, aos 11 ou 12 anos. Assim, a pena perpétua é uma grande mentira. Também o é, por sinal, na Argentina.

Na Argentina, a pena perpétua no Código Penal leva à liberdade condicional aos 20 anos de cumprimento. Isto, no sistema federal, por vezes é problema, porque uma comutação, uma redução de pena assinada pelo próprio Presidente da República, pode virar um problema político nacional. Mas, os governadores constitucionalmente têm faculdades para reduzir penas impostas pelos Judiciários estaduais e, então, no dia do aniversário do governador, ele tira 6 meses, no dia do descobrimento do petróleo na Patagônia, ele tira 2 meses, no dia do Natal, ele tira 1 mês, no dia 25 de maio e 9 de julho, que são os dias da Independência (temos 2 dias de Independência), ele tira 15 dias e mais 15 dias, e, no final, a média fica entre 12 e 13 anos. Aspirar ter uma pena privativa de liberdade com o máximo de 20 anos é, apenas, vontade do sistema.

Temos que deixar de mentir. Vamos estabelecer um limite, que seja razoável, e acabar com isto. Por exemplo, vamos estabelecer o Natal. Vamos respeitar, ao menos, um pouco, as penas do Judiciário, que deve impor penas razoáveis. Vamos tentar traçar um equilíbrio entre as duas coisas. Não vamos mais mentir ao povo. Esta é, em parte, a idéia geral.

Qual é a razão da divisão da penalidade nestes cinco graus? A razão é de aumentar, acrescentar as possibilidades de reação penal nas mãos dos juízes, pois, com certeza, temos que confiar nos juízes. Devemos aumentar as suas faculdades. Por exemplo, na pena menor, o juiz hoje, na Argentina, só tem possibilidade de condenação condicional e de liberdade condicional, depois de oito meses, e de condenação domiciliar, que não é aplicável. Recolhimento domiciliar aos velhinhos, às mulheres honestas, que, todavia, não é aplicável, somente é possível em penas de até seis meses, ou seja, naquelas em que o juiz, tem possibilidade de levar o homem para a cadeia ou deixá-lo totalmente livre.

O Projeto permite, neste caso, a prisão de fim-de-semana, trabalhos públicos e em bens públicos, multa reparatória destinada à vítima, multa de 30 dias, uma pena de repreensão se reparar o dano, também a possibilidade de um indulto humanitário da pena de prisão se o homem tiver uma doença que reduza, em muito, suas possibilidades de vida, suas expectativas de vida. Mantém a condenação condicional, introduz remição, ou seja, a possibilidade de deter o processo, se o conflito tem condições de ser resolvido no seio de uma comunidade, de um grupo de convivência. Tem, também, a possibilidade do apenado trocar a pena privativa de liberdade pela pena de repreensão, de reprimenda. Deve o agente fazer a efetiva reparação do dano, visando a proteção da vítima e, no último caso, na reprimenda, tem também, tratando-se de estrangeiros, a possibilidade de prescindir da pena privativa de liberdade, sob a condição de que deixem, por 5 anos, o território da República, com o compromisso de não voltarem no período. Hipoteticamente, tem, também, a possibilidade de retardar a decisão final. Isto ocorre quando as penas são muito leves e, do mesmo jeito, vamos reduzindo, mas estabelecendo as alternativas para o resto das penalidades. Quando a penalidade é superior a 3 anos, o homem tem que

cumprir na cadeia uma parte da penalidade, mas achamos que também é necessário suprimir o sistema progressivo da execução das penas, substituir o sistema progressivo por um diagnóstico de execução, mais ou menos razoável. Temos sugerido, também, um sistema de cômputo da prisão preventiva. A prisão preventiva realmente é uma pena. Temos que admitir esta consequência inevitável, mas temos pensado que seria muito bom imputar à pena a prisão preventiva, regra que leva à conclusão de que 1 dia de prisão preventiva vale 1 dia de prisão, como se fosse pena definitiva, até os 6 meses. Depois, de 6 meses a 1 ano, 1 dia de prisão preventiva valerá 2 dias de prisão como pena definitiva; de 1 ano aos 18 meses, 1 dia de prisão preventiva equivalerá a 3 dias de prisão como pena definitiva, e, dos 18 meses para frente, 1 dia de prisão preventiva valerá 4 dias de prisão como pena. No sistema progressivo há um incentivo ao preso, com obrigação dos tribunais, com o fim de acelerar os seus processos. No fundo, a prisão preventiva é uma pena inevitavelmente violatória do princípio de presunção de inocência, mas não podemos prescindir da prisão preventiva. A prisão preventiva viola o princípio de inocência, é uma pena, e quanto maior for a prisão preventiva, progressivamente vai violando mais profundamente o princípio da presunção de inocência. Estamos reconhecendo esta violência, ao imputar à pena, esta progressividade, na tentativa de reparar o princípio de presunção de inocência.

O Projeto de Código tem uma só disposição que pode chamar a atenção da comunidade, que é uma disposição muito particular. É aquela que substitui, no último Projeto, a pena de medida de segurança. No art. 64 do Projeto, só nos casos de pena privativa de liberdade superior a oito anos, estabelecemos um regime seccional. É um artigo que tem o objetivo de fazer vendável o Projeto aos políticos e aos meios de comunicação. Somente nos casos em que existe um perigo de continuidade na atividade criminosa, derivado do alto grau de conhecimento tecnológico do criminoso, capaz de gerar perigo grave aos bens jurídicos. Criminalidade nuclear praticamente, criminalidade biológica. Nos casos de particulares, cujas relações profissionais sejam capazes de causar mortes ou perigo às relações econômicas nacionais. Jamais iremos pegar alguém nessas condições. O sistema penal não é direcionado a isso, pois a norma é para o caso de uma função de grande destaque que caracterize uma criminalidade altamente organizada ou ao exercício de uma função pública de alto poder decisivo, talvez o político. Aquele que tivesse cometido fatos contra a vida, saúde, integridade ou a liberdade das pessoas ou contra a liberdade sexual, com particulares sinais de alta crueldade ou atrocidade (aquele que matou a mãe com a árvore de Natal). Nestes casos, estabelecemos a impossibilidade da liberdade condicional até os 2/3 da pena.

A quebra de condições, ainda sob vigilância, no cumprimento de pena de 20 anos leva a possibilidade de voltar à cadeia nesses 5 anos, se descumpriu as obrigações impostas pelas condições de execução, nas instruções judiciais. No fundo, devemos dizer que estes são os casos de escândalo

público e, para estes casos, a pena pode atingir o limite de 25 anos, que praticamente é maior que o limite real e de fato, que tem as penas hoje.

Estas foram as idéias gerais dos Anteprojetos de reforma na Argentina que, por causa do destino, como falei, estão sendo discutidas agora na Costa Rica e no Equador. Mas, como falei no começo, a reforma penal argentina não existe. O processo de reforma está praticamente parado. Acho que não temos condições de enfrentar a realidade, transformando em lei estes Projetos na Argentina, no momento. Mas, acredito que é só neste momento.

Na história que contei, é possível deduzir que o que estou falando ocorre hoje. Amanhã, todavia, não sei, pois as condições são mutáveis, os políticos um dia falam uma coisa, no dia seguinte falam outra. Nos Partidos, de situação ou oposição, acontece a mesma coisa, o que corresponde a irresponsabilidade dos nossos políticos, que tem impedido uma boa reforma penal, em algum momento da nossa história. No entanto, há uma vantagem, pois pode haver a possibilidade de alguma reforma penal, com conteúdo progressista, no próximos meses ou nos próximos anos. É o grande desafio que tem os nossos países, jamais sabemos o que vai acontecer amanhã.