

O NOVO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Guilherme LOPES FELICIO¹

RESUMO: Uma comissão de juristas nomeados pelo Senado elabora o anteprojeto de um novo Código Penal Brasileiro. Além de avaliar mais de cento e trinta leis extravagantes, será preciso revisar toda a história do Código Penal, comparar o modelo de outros países, reestudar as escolas penais clássicas. O Código Penal necessita, ainda, de uma filtragem constitucional. Para isso, há de analisar qual será o vetor do Direito Penal, fundado em um funcionalismo mínimo, moderado, ou extremado e, cautelosamente, se refletirá em um Estado autoritário, liberal ou social, considerando que há a existência hoje de bens jurídicos universais que requerem tutela imediata, considerando que o Direito Penal deve ser efetivo e proteger a sociedade, considerando sua legitimação, fundamento e seus princípios, obedecendo a *última ratio* e a dignidade humana. É necessário um novo olhar para o Direito Penal. Direito Penal do Risco, Direito Penal Contemporâneo? Adoção do Princípio da Codificação? Intervenção Mínima ou tolerância Zero? Direito Penal ou Premial?

Palavras-chave: Código Penal. Estado. Risco. Funcionalismo.

1 INTRODUÇÃO

Um grande avanço se espera do nosso Direito Penal Brasileiro esse ano. Uma comissão de juristas nomeados pelo Senado elabora o anteprojeto de um novo Código Penal com previsão de conclusão antes da Copa do Mundo no Brasil.

Face a Constituição Federal de 1988, a existência de bens jurídicos universais, a evolução do Direito, as novas concepções filosóficas e sociológicas, as interpretações dos tribunais e as políticas criminais, a tendência é que o Direito Penal adote uma postura diferente de seu classicismo, com a mudança de algumas tipificações penais e comissão de penas em atendimento ao Estado Democrático de direito e aos Princípios Constitucionais, em especial o Princípio da Proporcionalidade das Penas e Princípio da Dignidade Humana.

¹ Advogado. Pós-graduando em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

Bacharel em Direito em 2009 pelas Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. e-mail: Guilherme.felicio@hotmail.com

2 DIREITO PENAL DO RISCO

Professor Miguel Reale, em sua Dialética do Direito dizia que uma sociedade que tem mais moral, não precisa de direitos, de regulamentação de comportamento. Ao passo que, uma sociedade com baixa moral, precisa de leis.

O Direito Penal já existia por trás da religião, da educação primária. Por exemplo: filho fazia algo errado e apanhava do pai. Ele está sendo educado, é como uma pena no Código Penal.

Mas o Direito Penal precisa existir. Um Caso: Um padre de Atibaia molestou uma criança. A mesma mão que abusou a criança era a mão que tocava as pessoas, abençoando-as. Imagine quantas pessoas sofreram processos de crises de fé.

Estamos passando por uma transição mais gigantesca de todos. Hoje está havendo um Direito Penal de Risco.

A história para nós era Revolução Francesa (Período Humanitário). O Direito Penal é o Raio-X da sociedade. Quanto mais existe Direito Penal, mais as pessoas são pobres de espírito.

E se não enxergar o que acontece com a sociedade pós-revolução, estamos criando o Direito Penal diferente do Direito Penal Clássico. Quer dizer, um Direito Penal Contemporâneo com mistura de valores.

O Direito Penal era para ser *última ratio*, fragmentário. Hoje está protegendo bens universais, supraindividuais. E não era pra ser assim, era para tutelar as vítimas individualmente. Mas repercussão hoje é maior, qual seja, proteger a sociedade a todo custo. Há insegurança jurídica instalada.

Em suma, estamos passando por um processo violento da tecnologia, de rapidez de informação e comunicação.

O problema de informação rápida é o temor que causa à sociedade de fatos que objetivamente não eram para ser gravosos. Exemplo: o ataque em 2006 do PCC que toda a TV e a internet divulgaram. O país, em pânico, parou por causa disso.

O Direito Penal, ao invés de ser intervenção mínima, se tornou expectativa de solução dos nossos direitos. Isso significa hipertrofia legislativa, ou seja, criação de várias leis “descodificadas”, quando que não é preciso tutelar todos

os bens jurídicos. Por exemplo: Por que criar o artigo 302 do CTB? O homicídio culposo não bastaria (artigo 121, §3º do Código Penal)? A culpa em 1941 era mais pura.

Nossa Constituição Federal é analítica, foi criada em 1988, numa época de catolicismo em que se buscava bem estar social.

Segundo Beccaria, o Direito Penal deveria fundamentar sua existência: ou seja, por que punir? Jakobs, ainda, defende que só se deve punir se funcionar mesmo, se o direito for correspondido.

2 ASPECTOS RELEVANTES DO CÓDIGO PENAL DE 1940

O nosso “atual” Código Penal Brasileiro é de 1940, baseado no Código Penal Italiano de Arturo Rocco de 1937, extremamente facista, nascido de uma época policialesca em que regia um Estado autoritário, preocupado em reprimir condutas que não são necessárias à proteção, um Direito Penal de “*prima ratio*”, voltado para o indivíduo.

Isso explica porque há previsão legal de tantos crimes contra o patrimônio. Outro exemplo são os crimes de perigo abstrato, influenciado pelo alemão Mezger. Por que punir esses crimes? Nesses crimes se punem sem haver resultado, é uma forma de resposta pronta do Estado.

A Alemanha, comandada por Hitler, também se inspirava em um Estado autoritário. Interessante os julgamentos dos Tribunais de Noorenberg, pós-segunda guerra mundial: Gale, oficial alemão, comandante nazista, foi condenado à pena de morte e disse que não queria ser assistido por advogado, pois estava perante um Tribunal de Farça, em que eram vencedores julgando vencidos, e que ele já estava condenado, sem discussão, apesar de cometer crimes alegando em sua defesa estrito cumprimento de dever legal, obedecendo às ordens de superior hierárquico.

Com um olhar ainda na História, o Código Penal de 1940 adotou a concepção filosófica da Escola Clássica Tradicional-Causalista de Francesco Carrara, considerando a conduta humana como uma movimentação corpórea,

excluindo o elemento subjetivo. Mas essa teoria não explica satisfatoriamente a tentativa.

O crime era fato típico antijurídico e culpável. Um dos percussores dessa teoria é o Professor Antônio Magalhães, que além desses três requisitos diz que o crime deve ser punível.

Em 1984, houve uma reforma na parte Geral do Código Penal com a Lei n.º 7.209/84 em que também foi criada uma comissão de jovens juristas com ideias de Direito Penal como “*ultima ratio*”, partindo da premissa de um Estado Democrático de Direito cuja regra não é proibir tudo, mas permitir, reprimindo somente o necessário. Assim como a função da pena, onde seu caráter não pode ser apenas retributivo, mas garantir a reinserção social.

Essa reforma abandonou os preceitos da Escola Clássica Tradicional-Causalista italiana e adotou a Concepção Finalista alemã de Hans Welzel, deslocando o dolo e a culpa para a conduta.

Nessa concepção, crime é fato típico e antijurídico (a culpabilidade é pressuposto de pena) e a divisão tripartida de crime de Nelson Hungria (desenvolvida por Heleno Cláudio Fragoso). A teoria finalista deslocou o dolo e a culpa para a conduta, o fato típico, ou seja, a conduta já traz o elemento subjetivo.

Então, há uma divisão em nosso diploma penal: a Parte Geral do Código Penal com a reforma de 1984, inspirada na Alemanha, e a Parte especial facista da Itália.

3 MOVIMENTO FUNCIONALISTA

Uma grande preocupação hoje do Direito Penal é construir política criminal. E nos questionamos: Qual a verdadeira função hoje do Direito Penal? Há três vertentes:

Winfried Hassemer, membro do Tribunal Constitucional Alemão, defensor do Funcionalismo Mínimo, bem coloca que o Direito Penal deve ser legítimo, precisa passar por uma filtragem constitucional. Para ele, o Direito Penal deve se fundamentar na Constituição.

Daí surge os Mandados de Criminalização, em que o legislador não tem a faculdade, mas a obrigatoriedade de legislar determinados temas, pois, previstos no corpo da Constituição Federal. Exemplo: Tráfico de entorpecentes, terrorismo e tortura. Professor Antônio Carlos da Ponte ainda acrescenta que deve respeitar uma pauta mínima de Direitos Humanos. Países como Irã, Cuba, China e EUA tem um Direito Penal fundado na Constituição.

Claus Roxin, percussor da Teoria da Imputação Objetiva, adota um Funcionalismo Moderado, que nasceu no Direito Civil e não no Direito Penal, criando uma linha divisória entre o risco permitido e o proibido.

Nessa teoria não importa o “*conditio sine qua non*” ou o “juízo hipotético de eliminação de Tyren”, mas se o agente ultrapassar a linha divisória. Porém essa concepção é alemã. Por exemplo: uma placa de trânsito escrita “pare”. Se atravessar a rua, na Alemanha, é crime. No Brasil isso não é possível, porque o brasileiro ultrapassa a rua. Aqui os valores são diferentes, por isso difícil a aplicação.

Em uma terceira vertente, Gunther Jakobs, num Funcionalismo Extremado, defende um Direito Penal do Inimigo. Para ele, as pessoas tem um contrato social com o Estado que, se violado, o agente pode não ser tratado como igual, mas como inimigo. É o Direito Penal de 3ª velocidade. Há flexibilização de garantias penais, punição de atos preparatórios e aplicação da pena quando necessária.

Esse Direito Penal do Inimigo sofre críticas por parecer um regime nazista. Mas essa questão é delicada. O Direito Penal mudou como a própria sociedade. Há bens jurídicos tradicionais em que o Direito Penal atinge seus objetivos quando na sua forma tradicional (1940).

4 CONSIDERAÇÕES E PONDERAÇÕES DO NOVO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O problema está nos novos bens jurídicos, difusos e coletivos, bens pertencentes a sociedade como um todo (meio ambiente, paz pública...), que se lesionados, a extensão do dano atinge tanto o seio social que é difícil ou quase impossível a reparação.

E como deve atuar o Direito Penal nesse caso? Prospectivo ou Retrospectivo? Que pune após ou antes do crime? No caso do terrorismo, é preciso esperar um atentado terrorista para o Direito Penal funcionar? Não seria melhor, “nesse caso”, um Direito Penal que pune atos preparatórios?

O Direito Penal não poderia esperar ocorrer uma lesão para então punir. Poderíamos, ainda, entregar alguns delitos para a esfera administrativa, ou criar um novo ramo do Direito, como ressaltava Jesús-Maria Silva Sanchez um, Direito de Intervenção, entre o Direito Administrativo e o Direito Penal?

Então, não há como se cogitar em Direito Penal do Inimigo, mas tratando-se de direitos difusos e coletivos, é preciso uma flexibilização, mas com limites.

Em suma, a nova comissão do Direito Penal avaliará 130 leis extravagantes, para criar o Código Penal.

Antes de tudo, é preciso avaliar três pontos relevantes para uma construção sólida do Código Penal.

Em primeiro, a nova comissão deve adotar a Concepção Tradicional do Direito Penal ou a Teoria Finalista? É preciso olhar a realidade no Brasil. A maioria dos crimes estão ligados ou ao patrimônio ou ao tráfico. Não há muita punição contra crimes de ordem econômica e tributária, porque o sistema penal é seletivo ao banco dos réus.

Para isso mudar, esperamos do Direito Penal. Começa-se pela Imputação, então, teremos um Direito Penal mesmo, não Direito Premial, mas não significa que deve regulamentar tudo.

O que é certo ainda é que o bem jurídico precisa estar no corpo do Código Penal. Daí questiona-se o segundo ponto, um grande avanço seria adotar o Princípio da Codificação, daí nasceria um novo olhar para o Direito Penal.

O Direito Penal representa o papel do Estado. Um Direito Penal que reprime todas as condutas será um Direito Penal de “*prima ratio*”, reflexo de um Estado autoritário. E o que se busca é um Estado Democrático de Direito.

O Código Penal Republicano de 1890 é o pior diploma que já existiu, punia o agente a partir de nove anos. Ele substituiu o Código Penal de 1830, que foi o melhor diploma que já tivemos, pois, o legislador estudou português para fazê-lo. Resumindo, nosso Código Penal é pendular: ora bom, ora ruim. O desembargador

Vicente Pirangibe, em 1832, unificou e consolidou as leis penais. O Código Penal de 1830 adotou o Princípio da Codificação.

Por último, o Código Penal será reflexo de qual forma de Estado? Absolutista, liberal, social? Se for necessário passar por uma releitura ou legitimação para se adequar à Constituição Federal, então deverá atuar como “*ultima ratio*”.

Lembrando que o Código Penal de 1940 possui um caráter autoritário face à época em que foi formulado, na Era Facista, com base no Código Penal Italiano de Arturo Rocco. No entanto, com a reforma de 1984, adotou um caráter mais liberal, preocupado com a tutela dos bens jurídicos individuais, que como dito, explica a proteção de tantos crimes contra o patrimônio.

Hoje há existência massiva de bens jurídicos difusos e coletivos, a qual é preciso uma resposta iminente do Direito Penal para protegê-los. A tendência, talvez, é buscar uma harmonização de um Estado Social e Liberal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal. Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **O direito como sistemas de garantias**. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de (org.). O novo em direito e política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal. Parte general**. Tradução: J. Cuello Contreras e J. L. S. Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**. Tradução: Muñoz Conde e Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2003.

ROCCO, Arturo. **El objeto del delito y de la tutela jurídica penal**. Tradução: Gerônimo Seminara. Montevideo-Buenos Aires: Júlio César Faria Editor, 2001. 462p.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Tradução: Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Veja, s/d. 27/28p.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1986.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Tradução: Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 1971.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal: Parte general. Volume 3**. Buenos Aires: Ediar, 1981. 242p.