

A REFORMA DA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL PROPOSTAS PRELIMINARES

ALBERTO SILVA FRANCO

Desembargador aposentado. Membro da Comissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal.
Membro da Associação Juízes para a Democracia. Sócio fundador do Instituto Brasileiro
de Ciências Criminais e Diretor da Revista Brasileira de Ciências Criminais

1. Todo movimento tendente à reforma de uma codificação obriga a uma prévia definição de direções, dos rumos enfim, que se pretende imprimir ao trabalho a ser empreendido.

Uma coisa é o processo de mera atualização de texto, ou seja, o aproveitamento da estrutura física do código existente, com a introdução de novas figuras delitivas ou a exclusão de tipos já esclerosados. A legislação penal continuaria, nesse caso, atrelada aos mesmos pontos de partida que lhe serviram de alavanca. O CP de 40 foi publicado numa época em que os padrões éticos possuíam grande estabilidade. A sociedade brasileira, isolada do contexto mundial, não apresentava um nível maior de complexidade e sua economia de sustentação, até então de caráter eminentemente rural, dava os primeiros passos no sentido da industrialização. Ideologicamente, o país estava inserido numa linha autoritária e o modelo de legislação penal adotado foi o Código Rocco que atendia, em princípio, a um esquema centralizador do Estado. A ordem e a relevância do quadro referencial de bens jurídicos tutelados não sofreriam, numa ótica estritamente atualizadora, nenhuma alteração de monta, como se a Sociedade e o Estado fossem realidades quase inertes, estáticas, sem nenhum dinamismo interno.

Posição inteiramente diversa é aquela que parte da consideração de que o CP retrata, mais do que qualquer outra codificação, não apenas a fase por que passa um determinado país, "o momento de civilização a que o mesmo chegou",¹ mas também o jogo de interesses que encontra significado nas forças políticas que exercem pressão ou têm hegemonia em nível legislativo. Uma reforma penal exige, portanto, não somente a atualização, pura e simples, do elenco de figuras criminosas, mas, em verdade, uma tomada de posição diante da realidade ética, política, econômica e social do país. Não basta o trabalho de pinçar, nessa realidade, a partir de um quadro legislativo já estruturado (e, na hipótese em exame, num regime político autocrático), condutas que se afigurem lesivas ou que ponham em perigo alguns bens jurídicos. É mister algo mais. É necessário que se definam, no contexto de uma determinada estrutura estatal, para efeito de equacionar a relação tensional "delinqüente-sociedade", as linhas mestras de intervenção do Estado no direito de liberdade do cidadão. É indispensável que se esclareçam quais as forças políticas que estão à retaguarda dessa estrutura estatal e quais os princípios idôneos a limitar, no processo legislativo, o exercício do poder punitivo. Só, então, se tornam factíveis a seleção dos bens,

valores e interesses merecedores de tutela penal, e a descrição, com propriedade e, de forma clara, taxativa, dos comportamentos que se mostrem reprováveis e, portanto, em condições de receber sanção punitiva. Sob tal enfoque, não se pode fugir à idéia de que uma reforma penal não significa apenas coloca em dia a pauta típica, mas dotar o país de um sistema punitivo que se mostre, na medida do possível e nos limites do referencial político dominante, adequado às necessidades de seu momento histórico e sensível às transformações sofridas pela sociedade.

Entre o Código de 40 e a atualidade já transcorreu mais de meio século e nesse lapso temporal, o mundo (e nele, o Brasil) se modificou, de modo marcante. Uma guerra mundial e conflitos limitados foram travados. Assistiu-se à derrubada dos "muros" ideológicos, mas os totalitarismos continuaram às soltas. As sociedades modernizaram-se e os processos de desenvolvimento tecnológico, desprovidos de qualquer direção ética, tiveram impulso incomum. A energia atômica tanto foi manipulada para o bem, como para o mal. Aviões supersônicos, satélites com as mais variadas finalidades, e mísseis reduziram os espaços físicos e tornaram menor o universo: puseram em xeque a idéia de soberania nacional e desvendaram os segredos militares estatais. Os meios de comunicação de massa assumiram um poder político de incrível expansão e de difícil controle. Os computadores, dos mais simples aos mais aprimorados, passaram a ser instrumentos de uso comum, armazenando um volume inimaginável de informações. Aparelhos extremamente sofisticados invadiram a privacidade das pessoas. As ciências bio-médicas chegaram às técnicas de reprodução assistida e a engenharia genética não terá dificuldade maior, num

futuro não tão remoto, de produzir concretamente o homem-clone do *Admirável Mundo Novo*. A psicanálise desvendou os intrincados atalhos da alma humana e a mulher, após longa luta, ocupou, na sociedade, o seu espaço público.

Participando desse mundo tão complexo e tão diferenciado, o Brasil conheceu, em confronto com o ano de 1940, transformações profundas, radicais. Depois de um período não muito longo de regime democrático, chafurdou-se em cheio na doutrina autoritária da segurança nacional, de onde logrou, depois de décadas, e após obstáculos imensos, sair para atingir, agora, com a CF de 1988, o Estado Democrático de Direito. A sociedade brasileira já é outra bem diversa, apresentando níveis e padrões variados de desigualdades, que permitem a convivência, lado a lado, num equilíbrio de contínua instabilidade, segmentos sociais de alto gabarito econômico e extrema pobreza. A economia tornou-se um processo de difícil compreensão: a industrialização deu causa a uma concentração de riqueza em mãos de poucos e um inquestionável alargamento das faixas dos hipossuficientes. Os meios de comunicação de massa inseriram a comunidade nacional no contexto mundial e num processo de contínuas e expressivas mudanças no qual determinados valores éticos perderam o peso e o significado que lhes eram emprestados, nos idos de 1940, num mundo praticamente paralisado no tempo.

É evidente, assim, que uma reforma da Parte Especial do CP requer mais do que uma simples atualização do texto de 40, pois a adoção desse entendimento não conduziria ao rejuvenescimento de uma estrutura envelhecida, atacada de ancilose. O Brasil de hoje é um outro país e uma reforma do sistema penal deve captar a nova realidade para dela extrair todas as suas conseqüências.

2. A tarefa de reformular a Parte Especial do Código Penal, sob o enfoque da perspectiva aventada, impõe a menção a algumas propostas preliminares que devem servir de diretivas para que se leve a termo o plano de trabalho. Tais diretrizes podem ser explicitadas através das seguintes idéias-força:

2.1 A necessidade de que a Parte Especial do CP se mostre conforme à CF e aos Tratados ou Convênios Internacionais subscritos pelo País.

A Constituição Federal de 1988 constituiu, no Brasil, um Estado Democrático de Direito, fundamentado nos princípios especificados em seu art. 1.º. Esta definição constitucional tem um significado próprio que não pode ser descurado pelo legislador ordinário, máxime em matéria penal. Um Estado Democrático de Direito não convive, por ser um Estado de Direito, com um poder punitivo estatal absoluto, desregrado, ou puramente persecutório, mas apenas com um poder punitivo submetido ao Direito, isto é, limitado pelo princípio da legalidade, nos seus aspectos de garantia criminal, penal, processual e de execução. Além disso, um Estado Democrático de Direito, por ser um Estado Democrático, não suporta um poder punitivo estatal que desrespeita a dignidade da pessoa humana, que não reconhece a cidadania, que despreza o pluralismo político ou que infringe o princípio da igualdade real entre os homens. Ora, num Estado Democrático de Direito, é, portanto, a Constituição o eixo, o ponto central que suporta todo o sistema punitivo. Tanto a tábua de direitos e liberdades fundamentais do cidadão, como os princípios que regem a vida política, econômica e social do país, reconhecidos na CF ou resultantes de compromissos assumidos na ordem internacional, constituem a matéria prima de que o legislador ordinário, na seleção dos bens jurídicos, na descrição típica ou na cominação de pe-

nas, deve levar na devida conta. Com razão, afirma-se que “o marco constitucional é, pois, uma referência inicial que permite fazer a seguinte e fundamental consideração: todos e cada um dos bens jurídicos que o CP tutela, encontram base constitucional e, o que é mais importante, não há nenhum só delito em que não seja factível apreciar sua vinculação a um valor constitucionalmente declarado”.²

2.2 A “dignidade da pessoa humana”, como limitação material ao exercício do poder punitivo e conceito-chave da Parte Especial do Código Penal.

Um Estado Democrático de Direito define-se, substancialmente, pelo reconhecimento e pelo acatamento de certos valores básicos dos quais se destaca, como sendo o mais relevante, o da “dignidade da pessoa humana” (art. 1.º, III, da CF). Com inteiro acerto, Vieira de Andrade destacou que a dignidade da pessoa humana, como princípio constitucional estruturante “está na base do estatuto jurídico dos indivíduos e confere unidade de sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais. Estes preceitos não se justificam isoladamente pela proteção de bens jurídicos avulsos; só ganham sentido enquanto *ordem* que manifesta o respeito pela unidade existencial de sentido que cada homem é para além de seus atos e atributos. E esse princípio da dignidade da pessoa humana há de ser interpretado como referido a cada pessoa (individual), a todas as pessoas sem discriminações (universal) e a cada homem como ser autônomo (livre)”.³ É evidente, assim, que a dignidade da pessoa humana funciona como suporte de *todos* os direitos fundamentais consagrados na CF. E se assim o é, não pode o legislador ordinário, em especial, o legislador penal, furtar-se à sua vinculação ao princípio. Bem por isso, numa página modelar, Juarez Tavares observa que “a proteção

à dignidade serve de parâmetro ao legislador na configuração dos tipos, bem como na responsabilidade pelo seu cometimento, pelo pressuposto da culpabilidade. Concebida, agora, não mais como preceito puramente abstrato, mas valor concreto de cada ser humano, a invocação à dignidade impede a promulgação de leis discriminatórias, que, por exemplo, criem tipos abertos para criminosos reincidentes ou perigosos, ou que lhe reservem cominações de penas indeterminadas. Igualmente, tendo em vista a concretude dessa dignidade no mundo social, induz ela a consideração de todos os seus condicionamentos, o papel social do réu, sua postura diante das exigências da própria ordem jurídica e a possibilidade concreta de seu atendimento. Por isso, seria atentatória à dignidade uma lei que dispensasse o mesmo tratamento a menores e adultos, a mentalmente sãos e enfermos, a indígenas e civilizados. Do mesmo modo, a norma que equiparasse condutas dolosas e culposas, ou que não tomasse em conta as atitudes posteriores ao fato, que lhe minorassem as consequências ou a que estendesse a exigência de reparação do dano tanto aos solventes quanto aos insolventes, fizesse converter em pena punitiva de liberdade, independentemente da capacidade financeira do agente em poder pagá-la ou não. Como a premissa da proteção à dignidade é a de que a ordem jurídica não pode tomar o cidadão como simples meio, mas como fim, emerge a consideração de que, por isso, são inconstitucionais as leis que impliquem um maior sofrimento, miséria, marginalização ou desigualdades, o que passa a constituir um absoluto impedimento à restauração da pena de morte, ou a assumir nas penas privativas de liberdade exclusiva pretensão de prevenção geral ou especial, inobstante o comprovado insucesso de sua execução".⁴

Mas a dignidade da pessoa humana não funciona apenas como um conceito negativo para efeito de vincular o legis-

lador penal, impedindo-o de formular dispositivos legais que possam ferir aquele princípio fundamental. É também um conceito positivo na medida em que centra, na Parte Especial do CP, a tutela da pessoa humana, com a composição típica das condutas tendentes à sua lesão e com a previsão de penas a elas aplicáveis. Se a estrutura física ou psíquica da pessoa é violada (vida, integridade individual, identidade pessoal, liberdade de autodeterminação, etc); se a sua dimensão estática (honra, privacidade, inviolabilidade do domicílio, etc) ou se sua dimensão dinâmica (liberdade de locomoção, liberdade sexual, liberdade de manifestação de pensamento etc) são atingidas;⁵ se ela é subordinada a penas humilhantes ou cruéis; é ainda a pessoa humana, que sofre na sua dignidade. A pessoa humana carece de dignidade toda vez que sua liberdade, sob o ângulo que for apresentada, padeça de qualquer tipo, por menor que seja, de restrição.

2.3 A preocupação, como objetivo básico da Parte Especial do CP, em apontar a lesão ou o perigo de lesão a bens jurídicos.

É fora de dúvida que a legislação penal positiva deve ser organizada em função de determinados bens jurídicos merecedores de proteção, de defesa. É indubitoso também que os bens jurídicos servem de parâmetros para a ordenação sistemática da Parte Especial na medida em que permitem classificar e aglutinar os diferentes comportamentos humanos idôneos a atingi-los. Dizer isso não é, no entanto, dizer tudo, nem o mais importante. Mais do que uma afirmação formal de que o bem jurídico é o fulcro, o ponto central do delito, interessa enfatizar que só a exteriorização da lesividade ou do perigo de lesão ao bem jurídico poderá ensejar o exercício do poder punitivo em relação ao direito de liberdade do cidadão. O princípio da ofensividade é, portanto, o

centro de gravidade de todo o direito penal não totalitário na medida em que permite apartar da noção de crime as meras atitudes interiores, as condutas que não ultrapassem o âmbito do próprio autor, as opções pessoais que expressem o direito à diferença ou os fatos materiais não lesivos de nenhum bem jurídico. Mas não é só. O conceito de bem jurídico não pode prescindir de um conteúdo material porque, caso contrário, como observa Muñoz Conde não escapa à “perversão”. A elevação à categoria de bem jurídico, quer dizer, de valor respeitável e que deve ser respeitado, de determinadas vantagens e interesses em benefício de uns poucos em prejuízo da maioria é uma forma evidente de manter o *status*, de reagir frente a tudo que signifique progresso e de conservar, a todo custo, a atual situação. Deste modo, abusa-se do Direito Penal como sistema de repressão em defesa de algumas minorias dominantes, colocando-se, por exemplo, a oposição política à margem da lei, castigando os ataques a bens jurídicos instrumentais — a propriedade privada, por exemplo — com a mesma gravidade ou até mais gravemente do que os ataques à vida, à saúde ou à liberdade ou considerando como “direitos naturais”, imutáveis e permanentes, o que não é mais do que interesse pessoal e egoístico dos que detém o poder.⁶ Bem por isso, a idéia de Estado Democrático de Direito, cujos valores fundamentais são a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político, a justiça, a liberdade e a igualdade “deve presidir a formação desse conceito material de bem jurídico. Um conceito elaborado sobre tais bases estaria em melhores condições para desempenhar a função garantidora que normalmente se lhe atribui, desde o momento em que poderia aparecer como concreção de um preceito constitucional, vinculante para o legislador ordinário não apenas ideologicamente, mas também a partir da mais estrita positividade”.⁷

2.4 A configuração da Parte Especial do CP a partir do princípio da intervenção mínima

Embora o texto constitucional não se refira explicitamente ao princípio da intervenção mínima, força é convir que tal princípio se mostra em concordância com os princípios e garantias fundamentais enumerados na Constituição Federal e seu reconhecimento pode ser tranquilamente efetuado, com base no § 2.º do art. 5.º que reza: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, etc”. E, realmente, é um contra-senso que se constitua um Estado Democrático de Direito, firmado sobre a “dignidade da pessoa humana” e com objetivos definidos de construir “uma sociedade livre, justa e solidária” e de promover o “bem de todos” e se admita, ao mesmo tempo, um Direito Penal que se imiscua em todo e qualquer conflito, por mais tênue que seja, surgido na sociedade. A existência de normas punitivas para efeito de reger relações tensionais, de mínima intensidade, provocaria, sem dúvida, uma inflação penal a dano da liberdade e da dignidade da pessoa humana e, portanto, do próprio Estado Democrático de Direito. Bem por isso é inarredável o reconhecimento, em nível constitucional, como regra implícita ao sistema, do princípio da intervenção mínima pelo qual o Direito Penal só deve intervir em relação às condutas humanas que constituam ataques graves e consistentes a bens jurídicos de relevância. A intervenção do Direito Penal na vida social deve, destarte, ficar reduzido ao mínimo possível.

A acolhida do princípio da intervenção mínima, na construção da Parte Especial do CP é, portanto, de inquestionável relevância. A manifestação preliminar do legislador penal sobre os bens jurídicos que devem ser protegidos; a preferência a ser estabelecida entre eles, e o signi-

ficado de cada um constituem, sem dúvida, tarefa fundamental, pois é a partir dessas tomadas de posição que a postura ideológica desse legislador — o seu respeito ou não ao Estado Democrático de Direito — poderá ser avaliada. Além disso, o princípio da intervenção mínima correlaciona-se estreitamente com dois outros significados relevantes do Direito Penal: o seu caráter fragmentário e a sua natureza subsidiária. O caráter fragmentário do Direito Penal deixa patente a sua impossibilidade de formular um sistema contínuo de ilicitude e o força, por isso, a selecionar os bens tuteláveis e as formas de sua ofensa. Por outro lado, a natureza subsidiária do Direito Penal indica que a intervenção penal do Estado só se mostra correta quando já se exauriram todas as demais possibilidades não penais para a solução dos conflitos. Destarte, “excluem-se do Direito penal todos aqueles problemas que possam ser razoavelmente resolvidos por via do direito privado ou do direito administrativo”.⁸

2.5 A adoção, na Parte Especial do CP, de normas técnicas de composição de tipos e de cominação de penas, aptas a assegurar uma maior certeza do direito.

A técnica legislativa adotada para a descrição de condutas proibidas ou ordenadas e para a cominação de penas deve ser, atualmente, objeto de uma ponderada reflexão. É sabido que o legislador, por mais atento observador que possa ser, não tem condições de pormenorizar as condutas humanas ensejadoras de composição típica. A realidade é muito mais fértil e fantasiosa do que sua capacidade de percepção e de apreensão. Uma descrição fática, ainda que extremamente rica em minúcias, corre o risco de ser sempre insuficiente para abarcar todo o espectro de ações do ser humano que se mostra, a todo momento, surpreendente e problemático. O máximo de concreção

descritiva não impediria o surgimento de incontáveis procedimentos, merecedores de punição, que permaneceriam, contudo, em face da proibição de interpretação analógica, à margem do tipo. Daí procurar o legislador a montagem de estruturas típicas mais flexíveis, dotando-as de uma linguagem menos casuística, de forma a tutelar, com melhor eficiência, os bens, valores e interesses que embasam a sociedade. O apelo a uma redação genérica não significa, porém, que ele possa idear figuras criminosas com o emprego de expressões vagas ou ambíguas. Há que impor limites a esse processo de generalização, sob pena de inocular-se no sistema penal o vírus destruidor do princípio da legalidade, anulando-se, por via de consequência, a função garantidora do tipo. A adoção de um critério descritivo mais abstrato importa o dever do legislador de “classificar as características diferenciais que são decisivas para delimitar os tipos penais” e de “destacá-las com o emprego de conceitos específicos gerais. Somente através do jogo combinado de generalização e de diferenciação, criam-se as bases metodológicas da formação de tipos em direito penal, através das quais a função de garantia da lei penal alcança sua importância prática”.⁹ O desprezo ao “jogo combinado de generalização e de diferenciação”: conduz o legislador desavisado ou malicioso ao emprego de “cláusulas gerais” na descrição da conduta proibida ou ordenada, instalando-se assim o regime da indeterminação do tipo, o que se traduz na negação do próprio princípio da legalidade e no estabelecimento da incerteza na aplicação da lei penal. Destarte, a técnica legislativa de formar tipos, utilizando-se de cláusulas gerais é tida de todo incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Do mesmo modo, não pode o legislador penal determinar, de modo desproporcionado e desequilibrado, a medida da pena. Se se omite de sua específica

missão de determinar adequadamente um mínimo e um máximo de pena e estabelecê-la, por comodismo ou por irresponsabilidade, margens extremamente largas dentro das quais autoriza a atuação do juiz, a segurança de cada cidadão estará em jogo, pois, ao invés do desejado e discreto arbítrio judicial, indispensável à individualização da pena, instaura-se o regime da arbitrariedade judicial em que um quadro de inúmeras opções despropositadas encontra forma de expressão. As "margens penais" amplas convertem o juiz em legislador, já que envolvem uma renúncia do legislador à determinação da medida da pena, relegando essa missão ao juiz.

Em resumo, na estruturação da Parte Especial do CP, é mister que o legislador *defina* o fato criminoso, ou melhor, enuncie com clareza, esforçando-se na evitação de cláusulas gerais, os atributos essenciais e específicos da conduta humana, de forma a torná-la inconfundível com outra e *lhe comine* pena balizada dentro de limites não exagerados.

2.6 Tornar a Parte Especial do CP o centro do sistema penal, reduzindo, correlativamente, o peso da legislação especial, que assumiu proporções absurdas.

A quantidade de diplomas legais que abordam matéria penal tem sofrido, ultimamente, um acréscimo, que chega ao nível do disparate. Exemplificando-se, apenas, com os três últimos anos (1990, 1991 e 1992), o elenco de figuras criminosas, estruturadas à margem do CP, alcança um número assustador. No ano de 1990, foram publicadas as Leis 8.069 (Estatuto da Criança e do Adolescente), 8.072 (Crimes Hediondos), 8.078 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor), 8.137 (Crimes contra a ordem tributária, econômica e contra relações de consumo). No ano de 1991, a Lei 8.176, contendo novos crimes contra a ordem

econômica. No ano de 1992, a Lei 8.429, que cuida do enriquecimento ilícito e de atos de improbidade dos agentes públicos e, mais recentemente, a Lei 8.489 (Lei de Transplantes) que dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos ou científicos. Tais diplomas legais não se resumiram, apenas, em tratar matérias não versadas no CP. Foram muito além. Alguns (e, em particular, a Lei de Crimes Hediondos) deram-se ao luxo de modificar preceitos acolhidos na Parte Geral do CP e tumultuaram, em particular, o sistema de penas da Parte Especial, criando situações em que a pena cominada se mostra em absoluta dessintonia com a gravidade ou a danosidade do fato criminoso praticado.

A esta recente multiplicação de leis penais especiais, deve ser acrescido o número não pequeno de outros diplomas legais que, fora do CP, cuidam especificamente de matéria criminal (crimes falimentares, crimes de imprensa, crimes de tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinam dependência física ou psíquica, crimes de prefeitos e vereadores, crimes contra a propriedade industrial, crimes de abuso de autoridade, crimes relativos ao parcelamento do solo urbano etc.). É evidente a dificuldade criada pelo legislador, não apenas ao julgador, mas também ao intérprete, para um exame apropriado do quadro geral de figuras criminosas e de penas organizado no País. Para pôr cobro a tal situação, seria, sem dúvida, incorreto sugerir uma consolidação da legislação penal extravagante, pois se estaria, em verdade, criando uma Parte Especial paralela à do CP. A única proposta viável, nesta altura, mostra-se, sem dúvida, a de conduzir os crimes previstos na legislação especial ao próprio CP. Através desse processo de absorção seria possível evitar eventuais conflitos tipológicos; organizar um quadro de penas proporcionado e, portanto,

livre de distorções, e permitir a aplicação uniforme das regras contidas na Parte Geral do Código Penal. Só assim o CP poderá recuperar sua posição de centro de todo o sistema penal.

2.7 Solução, na Parte Especial, de pontos de divergência assinalados pela jurisprudência.

Uma nova Parte Especial do CP não pode ser elaborada com o desconhecimento de questões que têm sido objeto de discussões ou discordâncias em nível jurisprudencial. É possível a figura do homicídio qualificado-privilegiado? A gravidez resultante de atentado violento ao pudor poderá, ou não, tornar impunível o aborto praticado por médico? O que vem a ser o "perigo de vida" para efeito de tornar a lesão corporal de natureza grave? É admissível a difamação contra a pessoa jurídica? A "trombada" é furto ou roubo? O furto privilegiado é aplicável ao furto qualificado? É punível, ou não, o "furto de uso"? Qual o conceito de "arma" para efeito de aumentar a pena do roubo: é circunstância objetiva ou subjetiva? O estelionato absorve a falsificação de documento público ou esta àquele? Ou as duas figuras caracterizariam um concurso material ou um concurso formal de delitos? O estupro e o atentado violento ao pudor seriam apenas admissíveis em concurso material ou poderia entre eles existir continuidade delitiva? As presunções de violência, nos crimes sexuais, são de caráter absoluto ou relativo? Essas e inumeráveis outras questões que causam dissensões jurisprudenciais necessitam encontrar respostas em nível legislativo, o que evitaria, sem dúvida, a sobrecarga recursal que onera os Tribunais. Isto não significa que se encontre solução legal para toda e qualquer divergência: esta sempre existirá em número maior ou menor. O que se pleiteia, em verdade, é a possibilidade de

diminuição dos pontos de conflito já detectados.

2.8 Modificações de dispositivos da Parte Geral, em razão da Constituição Federal e da estrutura adotada pela Parte Especial.

A Lei 7.209, de 1984, provocou alterações substanciais em diversos institutos penais e no sistema de penas constantes da Parte Geral do CP.

Entre o referido diploma legal e o momento atual, foi promulgada a CF de 1988, com reflexos inquestionáveis em matéria penal como, por exemplo, o reconhecimento da imprescritibilidade de alguns delitos (a prática do racismo ou a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, art. 5.º, XLII e XLIII, da CF), a proibição de determinados tipos de sanção punitiva (pena de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis, art. 5.º, XLVII, da CF), a adoção de determinadas espécies de pena (art. 5.º, XLVI da CF), o direito da presidiária de permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5.º, L, da CF), etc.

Torna-se, desse modo, discutível, em face do novo texto constitucional, se a imprescritibilidade da pretensão punitiva estatal, em relação a certos e determinados fatos delitivos, não significaria uma ofensa ao princípio estruturante da dignidade da pessoa humana. Não haveria, nessa hipótese, como ressalta Juarez Tavares, uma posição incompatível com aquele princípio? Não se tomaria, então, o "ser humano como meio da consecução de fins políticos do próprio Estado, como objeto de prevenção geral, sem a menor consideração com as alterações que podem, ocorrer na personalidade e na mentalidade do autor desses fatos e a sua reinserção no meio social, já desprovido da ideologia discriminatória ou autoritária de que era portador"?¹⁰ E, nesse caso,

não se estaria diante de uma norma “inconstitucional”? Como seria solucionável este fenômeno de tensão ou até mesmo de antagonismo entre dispositivos constitucionais? Pelo reconhecimento de que existe uma “ordem de valores: preexistente e suprapositiva, que vincula e modela a própria Constituição, como defende, com propriedade, Juarez Tavares?” Ou se entende, como observa Gomes Canotilho, que, em matéria de interpretação constitucional, os princípios não obedecem, em caso de conflito, a “uma lógica de tudo ou nada”, “antes podem ser objeto de ponderação e concordância prática, consoante o seu “peso” e as circunstâncias do caso”?¹¹ Como equacionar a questão da imprescritibilidade de certos crimes em nível de Parte Geral?

Por outro lado, a partir do reconhecimento de que não se acomoda à CF o princípio da responsabilidade objetiva, a disciplina da embriaguez voluntária ou culposa não tem mais razão de ser. Da mesma forma, em face do princípio constitucional da humanidade da pena, como admitir medida de segurança sem prazo máximo de duração e, portanto, como uma sanção perpétua, de caráter penal?

Além disso, com a reformulação da Parte Especial do CP, outras mudanças, principalmente, no sistema de penas, podem tornar-se necessárias. Atualmente, entre as características do ordenamento punitivo, incluem-se: a) a existência de penas de larga dimensão temporal ao lado de penas de curta duração; b) as penas restritivas de direito como substitutivas da pena privativa de liberdade; c) a pena de multa, na modalidade do dia-multa, d) a possibilidade de aplicação da multa substitutiva em relação à pena privativa de liberdade não superior a seis meses.

É necessário que se modifique o critério cominativo da pena de privação de liberdade, levando-se sempre em conta

que a gravidade do delito é determinada pela quantidade mínima, e não, pela quantidade máxima de pena. Urge, ainda, que se preestabeleça uma proporção entre os dois extremos, mínimo e máximo punitivos, propiciando-se, desse modo, a formulação de um quadro punitivo mais equilibrado e sem distorções. É absurdo, ademais, prever-se penas privativas de liberdade de larga duração quando se sabe *a priori* que não são aplicadas. Por isso, é sempre preferível reduzir a duração legal dessas penas para torná-las de cumprimento efetivo. A pena máxima, regra geral, não deve ultrapassar a margem de vinte anos, admitindo-se, apenas, em situações típicas mais sérias, que se atinja o parâmetro de trinta anos. Mas, ao mesmo tempo, os regimes prisionais e alguns benefícios prisionais devem ser revistos e os indultos (ou comutações de pena) aplicados, indistintamente, devem ser banidos. Por outro lado, as penas privativas de liberdade, quando iguais ou inferiores a dois anos, devem ser substituídas pelas penas restritivas de liberdade (prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana, ou outras que possam ser criadas) ou quando iguais ou inferiores a um ano, pela multa substitutiva. As penas restritivas de direitos, com duração temporária variada, devem adquirir autonomia conceitual e podem, ou não, representar um *plus*, em relação à pena privativa de liberdade. Algumas vezes, previstas, alternativamente, podem ser impostas em lugar da pena privativa de liberdade, por atender melhor, em situações típicas especiais, às finalidades da punição. Outras vezes, cominadas cumulativamente, podem ser aplicadas com a pena privativa de liberdade. Uma nova Parte Especial do CP recomenda, portanto, uma modificação de amplitude, no sistema punitivo, e assim, uma reforma de alguns preceitos atinentes à Parte Geral.

2.9 A introdução, na Parte Especial do CP, de fatos contravencionais relevantes e a despenalização das demais infrações contravencionais.

Não há dúvida de que o Estado, de maneira progressiva, tem alargado sua atuação nos campos da economia, da saúde, da educação, da cultura, da ecologia etc. A crescente intervenção estatal estabelece regras de conduta que, não obedecidas, exigem a formulação de um quadro sancionatório. Exigir-se, no entanto, que tais sanções tenham um caráter penal constitui um manifesto desgaste, uma evidente diminuição para o Direito Penal. Na medida em que o princípio da intervenção mínima tem vigência e significado na área penal, é óbvio que o Direito Penal deve ser reservado a atuar exclusivamente nos casos de ataques graves a bens jurídicos relevantes. Os recursos de que dispõe devem ser endereçados às tarefas de prevenção e de repressão da criminalidade mais grave. Quando se cuida, no entanto, do que se denominou, no passado, de “delitos veniais”, o Direito Penal cede lugar à atuação de outros ramos do Direito. Destarte, o Direito Penal deve deixar aberto “um vasto campo ao direito de ordenação social naquelas áreas em que as condutas, apesar de socialmente intoleráveis, não atingem a dignidade penal”.¹² A despenalização das infrações contravencionais corresponde, portanto, a uma necessidade fundamental do moderno Direito Penal.

Por outro lado, os fatos contravencionais graves, que põem em perigo bens jurídicos de relevo (como, p. ex., a direção perigosa de veículos ou o porte de armas) e assumem, por isso, uma comprovada dignidade penal, devem ser incluídos na Parte Especial do CP e, portanto, criminalizados.

Desta forma, retira-se do Direito Penal uma sobrecarga que o condena, não poucas vezes, à uma posição inercial ou ineficiente.

3. A Parte Especial do CP de 1940 está dividida em títulos, capítulos e seções. Ao todo, onze títulos que correspondiam aos bens jurídicos fundamentais que o legislador, de então, considerou merecedores de tutela penal: a pessoa, o patrimônio, a propriedade imaterial, a organização do trabalho, o sentimento religioso e o respeito aos mortos, os costumes, a família, a incolumidade pública, a paz pública, a fé pública e a administração pública. Cada título, a exceção feita à organização do trabalho e à paz pública, ensejou a formulação de capítulos em que eram descritas as condutas que, sob os mais diversos ângulos, lesavam ou punham em perigo o bem jurídico protegido e em que eram cominadas as penas respectivas. Apenas, no capítulo referente aos crimes contra a liberdade individual, houve o desdobramento em seções.

O CP de 1969, que não chegou a vigor, obedeceu, em linhas gerais, na sua Parte Especial, o mesmo esquema organizacional. Foi estruturado, também, na base de títulos, capítulos e seções. Igual foi o número de títulos; iguais os bens jurídicos tutelados. Alargou-se, tão somente, a proteção no que se refere à organização do trabalho; além dela, assegurou-se também, em nível penal, a liberdade de trabalho. No mais, a codificação permaneceu inalterada. Os títulos desdobraram-se em capítulos e, apenas, no que se refere aos crimes contra a liberdade, foram admitidas seções.

O Anteprojeto do CP (Port. 790, de 27.10.1987), embora mantivesse a mesma divisão formal em títulos, capítulos e seções, e tivesse respeitado a mesma denominação dos bens jurídicos objetos de proteção, ampliou o rol desses bens para efeito de incluir, na área de tutela penal, a ordem econômica, financeira ou tributária, o meio ambiente e a memória nacional. Os títulos, ou seja, os bens jurídicos merecedores de defesa, elevaram-se de onze para catorze e continu-

aram divididos em capítulos. Apenas nos casos de crimes contra a liberdade individual e contra a degradação ambiental, admitiram-se seções.

Depois de meio século, é evidente que a Parte Especial do CP não pode mais remanescer com a mesma estrutura organizacional contida no CP de 40 e mantida, em linhas gerais, no CP de 1969, que não chegou a vigorar, e no Anteprojeto de 1987. Isto não significa que não continue a ser ordenada em títulos, capítulos ou seções. Do ponto de vista dessa técnica legislativa, não há o que mudar. Mas o Brasil de hoje é um outro país. E uma nova Parte Especial significa uma reavaliação do País do ponto de vista de sua realidade ética, política, econômica e social. Uma tomada de posição dessa ordem significa ter o passado, como ponto de partida de novas projeções, e não como âncora imobilizadora. Por isso, para tal tarefa, exige-se um planejamento mais engenhoso e moderno no qual a tutela da pessoa humana, em face do aparelhamento estatal, deve ter primazia. A ênfase especial que se deve atribuir à pessoa humana, posicionando-a como o centro de todo o esquema punitivo, mostra-se em conformidade com as propostas apresentadas e em plena concordância com as noções básicas do Estado Democrático de Direito que tem na cidadania, na pluralidade política, no princípio da igualdade real e, em particular, na dignidade da pessoa humana, os seus princípios estruturantes. Daí por que a Parte Especial do CP deve ser a expressão de uma sociedade aberta

e conflitiva e de um Estado Democrático, que admite interesses antinômicos; suporta a convivência dos opostos e tolera as condutas e as formas de vida que representam particulares visões morais ou culturais do mundo, desde que não acarretem danos, nem ponham em perigo os bens jurídicos de relevo.

NOTAS

1. Projeto de Lei Orgânica do Código Penal Espanhol — Exposição de Motivos.
2. Projeto de Lei Orgânica do Código Penal Espanhol — Exposição de Motivos.
3. Andrade, José Carlos Vieira de — *Os Direitos Fundamentais*, p. 101, Almedina, Coimbra, 1983.
4. Tavares, Juarez, "Critérios de seleção de crimes e cominação de penas", p. 77, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* — 1992.
5. Palazzo, Francesco, "Delitti contro la persona", *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXIII, p. 303, Milão, Giuffrè, 1983.
6. Muñoz Conde, Federico, *Introducción al Derecho Penal*, p. 49, Bosch, Barcelona, 1975.
7. Rosal, M. Cobo del & Anton, T.S. Vives, *Derecho Penal — Parte Geral*, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1990.
8. Projeto de Lei Orgânica do Código Penal Espanhol — Exposição de Motivos.
9. Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Parte Geral, vol. 1.º, p. 174, Barcelona, Bosch, 1981.
10. Tavares, Juarez, ob. cit., p. 78.
11. Canotilho, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, 5.ª ed., p. 196, Coimbra, Almedina, 1991.
12. Exposição de Motivos do Dec.-lei 433/82, que instituiu, em Portugal, o ilícito de mera ordenação social e respectivo processo.