

REQUERIMENTO N. 756, DE 2011, DO SENADO FEDERAL⁽¹⁾

Renato Stanzola Vieira

O Senador **Pedro Taques** solicitou a constituição de comissão de juristas (os nomes sugeridos, além daqueles a serem indicados pelo Conselho Federal da OAB, pelo Senado – para a consultoria em matéria legislativa – e os demais a serem apontados pelos partidos políticos com representação no Senado, foram os do Ministro do STJ Gilson Dipp, do Procurador da República Luiz Carlos dos Santos Gonçalves e do professor Luiz Flávio Gomes) para que, em 180 dias, elaborasse projeto de Código Penal “adequado aos ditames da Constituição de 1988 e às novas exigências de uma sociedade complexa e de risco”.⁽²⁾

Mais instigante do que perguntar – o que seria inoportuno e prematuro – se estamos na gestação de um novo Código Penal, é refletir sobre possíveis contornos que, desde já, se pretendam dar aos trabalhos. É útil atentar-se às primeiras decisões anunciadas para imaginar o projeto futuro.

Espera-se, na justificação da elaboração de novo Código Penal, que se vá atingir melhor “sintonia com as exigências contemporâneas de segurança e proteção da população”, o que demandaria a consequente “atualização dos preceitos normativos”.

Prestigia-se também a afirmação de que “a tutela do Direito se desloca de um lugar da não-intervenção estatal para o lugar da proteção coletiva da sociedade, tendo a dignidade da pessoa humana como valor central do sistema jurídico”, daí ter-se ponderado uma “maior proteção da sociedade a partir de dois vetores básicos: a proibição de excesso e a proibição da proteção deficiente.”

Seguindo a mesma linha de raciocínio, a chamada “escalada global do crime organizado” decorreria do “progressivo fomento do pensamento economicista e a impossibilidade de atendimento das inúmeras demandas e desejos alimentados por essa lógica”. Via de consequência, o sempre atrasado legislador ter-se-ia visto na contingência de mais e mais esparsamente legislar (que o digam as Leis ns. 7.492/86, 8.072/90, 8.137/90, 9.613/98 e tantas outras). Diminuir ou evitar a defasagem da legislação penal em face das cada vez mais velozes (e voláteis) atividades interessantes à esfera penal tornou-se (se não fora um dia, é caso a se pensar) uma ilusão. Não se conseguiu, como se diagnosticou no requerimento, atender às tais “necessidades prementes”. Ao contrário: à caoticidade do direito positivo, somaram-se o “prejuízo total da sistematização e organização dos tipos penais e da proporcionalidade das penas, o que gera grande insegurança jurídica, ocasionada por interpretações desencontradas, jurisprudên-

cias contraditórias e penas injustas.”

Que a legalidade – principalmente em matéria penal e processual penal – é o melhor norte à aplicação equânime e constitucionalmente justificável do direito aos cidadãos, não há dúvida. Daí porque se aplaudir a intenção (ainda se está no campo das *intenções*) de atingir segurança jurídica e interpretações uniformes das normas, o que poderá decorrer da revogação de leis esparsas que tipificam penalmente condutas, trazendo-as ao novo Código.

As questões que provocam essas primeiras reflexões são outras: de *que* proporcionalidade das penas se cuida – está-se a pensar em se instituir no novo Código preceitos primários sem pena mínima nos secundários? O que se quer dizer com a repetição da linguagem germânica⁽³⁾ de *proibição do excesso e proibição da proteção insuficiente*? É o vetor constitucional explícito ou, como se apregoa por setores doutrinários,⁽⁴⁾ também o implícito, aquele que determina o máximo e o mínimo da intervenção penal, além dela própria? A tal *proteção coletiva da coletividade* deve dar-se por meio de que tipo de atualização normativa, isto é, pressupõe-se a tutela penal?

Parece precipitado, já nas justificativas da ideia da composição da Comissão de Juristas, discutir, ante uma aparente atualização do direito brasileiro à luz do que há em sistemas alienígenas, o que pode ser a intenção de se dar uma nova feição do corpo máximo do Direito Penal. Ao que se lê dali, o risco é de, com o rótulo da proteção da dignidade humana (que historicamente, e no Brasil também, a tantos vieses ideológicos se prestou),⁽⁵⁾ propiciar expansão do poder estatal de reprimir e punir. E com isso não se pode concordar.

Seja por critérios de combate vistos aos excessos economicistas ou mesmo em virtude de combate ao que se toma por exacerbado individualismo, não parece ser, em primeiras impressões, legítima a abrangência que se quer dar ao novo Código Penal. A intervenção – está-se a falar, aqui, de *vigiar e punir* ou, noutro giro, de *delitos e penas* – não é constitucionalmente justificável, mesmo que se pretenda caminhar para um propalado Estado Social e Democrático de Direito. A trilha a uma sociedade mais

fraterna não pressupõe recrudescimento das penas e expansão dos tipos penais.

No plano da repetição de lições que veem uma *via de mão dupla* da proteção penal,⁽⁶⁾ não nos parece que se possa partir da premissa de que sempre a previsão

constitucional de bens jurídicos justifique, por si, a intervenção penal. O que se defende, na difícil e ainda acesa questão teórica da *proibição de proteção insuficiente e proibição de excesso*, não é que a Constituição seja um quadro mínimo a impor a tutela penal (da previsão do bem jurídico-constitucional, exigir-se-ia a incidência da norma penal *tout court*), mas sim que seja o máximo legitimador da intervenção (só teria, *a priori*, legitimidade constitucional a normatização da proteção de direitos que tivessem relevância constitucional). Esse parece ser o viés interpretativo que, sem negar a força normativa das normas constitucionais, reservam-

nas às grandes questões de imbricação jurídico-política e de proteção, mas não de ataque, aos direitos fundamentais.

E, mais que isso, como *nem tudo que reluz é ouro*, nem todas as normas constitucionais, por serem tais, justificam a incidência penal. O Direito Penal, na linguagem de **Janaína Paschoal**, não é um espelho da Constituição, mas tem justificação só na medida em que proteja aquelas normas que ostentem características de direitos fundamentais.⁽⁷⁾ Há que se cogitar, portanto, do que seriam, na linguagem próxima ao direito constitucional e ao direito penal brasileiros, “*preceitos fundamentais penais*”. Se não se tem conceito firme do que seja isso, ainda é arriscado se socorrer da porosa linguagem constitucional e da específica tábua valorativa para, a partir dali, e sem mais, imaginar a tal “*atualização dos preceitos normativos*” penais. É preciso cuidar para que não se patrocine interpretação constitucional que venha a privilegiar, inclusive, suas normas de direitos fundamentais não como de eficácia ótima para a proteção dos direitos, mas como justificadoras de sua restrição, em sentido contrário à proclamação libertária do constitucionalismo ocidental de todo o pós-Segunda Guerra.

A problemática, ainda, das *proibições* (do

Acredita-se ser mais exato imaginar que ao “se” (se algum bem constitucional merece uma tutela infraconstitucional, leia-se: idoneidade, merecimento) deve-se somar o “como” (que tipo de tutela é essa, leia-se: subsidiariedade, necessidade dessa ou daquela tutela).

excesso e da insuficiência),⁽⁸⁾ torna preocupante a ligação que pareceu se dar no requerimento, qual seja a da necessidade da proteção a bens difusos com a intenção de privilegiar a dignidade da pessoa humana. Acredita-se ser mais exato imaginar que ao “se” (se algum bem constitucional merece uma tutela infraconstitucional, leia-se: idoneidade, merecimento) deve-se somar o “como” (que tipo de tutela é essa, leia-se: subsidiariedade, necessidade dessa ou daquela tutela). O Direito Penal, portanto, deve continuar a ser visto como *ultima ratio*, e tal afirmação nada tem de individualista-econômica, mas é, sim, *liberal* no sentido político do termo.

Não é porque tem hierarquia constitucional que o bem jurídico torna obrigatória a incidência da norma penal.⁽⁹⁾ A ordem constitucional atende a outros patamares que não sua funcionalização para a intervenção da tutela penal.

Dado que ao tratamento da *proibição do excesso* e da *proibição de insuficiência* se espera atenção e cautela dos juristas que comporão a comissão,⁽¹⁰⁾ aproveita-se para, nos debates que certamente surgirão, provocar a atualização normativa para que se discutam outros tantos pontos, sempre a partir das mesmas premissas: sociedade de risco, proteção da dignidade da pessoa humana, leis consentâneas ao momento que vivemos.

Com o resgate das ideias da “necessidade” cogitada no requerimento, e também, como acima se disse, de idoneidade e subsidiariedade da intervenção penal, provoca-se a meditação sobre, por exemplo, a revogação do art. 22 da Lei 7.492/86, do catálogo dos crimes “*bediondos*”, de resquícios anacrônicos de moralidade no Código Penal (p.ex.: arts. 227 a 231-A, CP), resquícios de responsabilidade objetiva (p. ex.: art. 261, CP), revisão da ordem valorativa do Código – destacadamente no que se vê da prevalência indevida da proteção dada aos interesses patrimoniais.

Mais: pense-se nos debates sobre o fim da pena mínima ou, se a tanto não se chegar, sua fixação aquém do mínimo legal a depender da situação concreta julgada, a consideração da reincidência e seus efeitos na medida da pena e seu regime de cumprimento, a revogação da lei das contravenções penais, a firme previsão legal sobre a tipicidade dos crimes contra a ordem tributária – sobre a qual se jogou a responsabilidade no colo do STF que ainda, apesar do teor da Súmula Vinculante n. 24, não enfrentou o tema por completo – a revisão dos aspectos penais, inclusive das próprias penas, da Lei 8.666/93 e tantos outros.

São decisões difíceis as que aguardam o enfrentamento, como difícil foi a tomada de posição inicial estampada no requerimento. É necessário, pois, toda a atenção para debetê-las e, assim, dar-se legitimidade aos trabalhos da comissão recém-sugerida. Por isso se cogita, ainda, de sugerir maior pluralidade na com-

posição da Comissão, alvitando-se convites às Faculdades de Direito, às Defensorias Públicas dos Estados e da União e aos membros da sociedade civil para que os nomes indicados passem, a critério do Senado Federal, a fazer parte da Comissão e contribuir para reflexões mais fidedignas e que espelhem, assim, a complexidade dos debates acerca da necessária revisão do Código Penal.

NOTAS

- (1) Obrigado, Andre Kehdi e Fernando Gardinali. Vocês possibilitaram que eu escrevesse o artigo.
- (2) A íntegra do requerimento pode ser consultada em: <http://www.conjur.com.br/2011-jul-17/senador-comissao-juristas-trabalhar-codigo-penal>. Todas as menções doravante aspeadas são literalmente extraídas do citado requerimento.
- (3) O pai da expressão é, sabe-se, **Claus-Wilhelm Canaris: Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. **Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto**. 2ª reimpressão da edição de julho de 2003. Lisboa: Almedina, 2009, p. 60.
- (4) **FELDENS, Luciano, A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 94. Em direito comparado, dentre tantos, **PALMA, Maria Fernanda**. Constituição e direito penal. As questões inevitáveis. In: *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. **MIRANDA, Jorge** – org. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 230
- (5) O Ato Institucional n. 5, com o qual a geração dos ilustres componentes da Comissão conviveu, trazia em seus *consideranda* o seguinte: “*Considerando que a Revolução Brasileira de 31 de março de 1964 teve, conforme decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visavam a dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições do nosso povo, na luta contra a corrupção...*”.
- (6) No Brasil, destaca-se o excelente trabalho a respeito de **Luciano Feldens**, já citado.
- (7) **PASCHOAL, Janaina Conceição. Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 60 e 63.
- (8) Sobre a qual, diga-se, o STF com ela se defrontou poucas vezes (HC 84.424, Caso *Ellwanger* e HC 106.212 – Lei Maria da Penha).
- (9) Eloquentemente lição de **Alberto Silva Franco**: “*A Lei Maior não é uma varinha de condão idônea a solucionar magicamente todas as questões a ele atinentes. Constitui, sem dúvida, uma indicação válida, um critério relevante, um excelente ponto de partida, mas não é tudo*” (Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. In: *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Ano 6, fasc. 2º. Coimbra: Coimbra Editora, abril/junho 1996, p. 177).
- (10) Talvez o tratamento seja especificamente atribuído ao Procurador da República **Luiz Carlos dos Santos Gonçalves**, autor de importante obra monográfica sobre o tema (*Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007).

Renato Stanzola Vieira

Mestre em Direito Constitucional (PUC-SP).
Mestrando em Direito Processual Penal (USP).
Advogado,



(FUNDADO EM 14.10.92)
DIRETORIA DA GESTÃO 2011/2012

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE: Marta Saad

1º VICE-PRESIDENTE: Carlos Vico Mañas

2º VICE-PRESIDENTE: Ivan Martins Motta

1ª SECRETÁRIA: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

2ª SECRETÁRIA: Helena Regina Lobo da Costa

1º TESOUREIRO: Cristiano Avila Maronna

2º TESOUREIRO: Paulo Sérgio de Oliveira

ASSESSORES DA PRESIDÊNCIA:

Adriano Galvão
Rafael Lira

CONSELHO CONSULTIVO

Alberto Silva Franco
Marco Antonio Rodrigues Nahum
Maria Thereza Rocha de Assis Moura
Sérgio Mazina Martins
Sérgio Salomão Shecaira

COORDENADORES-CHEFES DOS DEPARTAMENTOS:

BIBLIOTECA: Ivan Luis Marques da Silva
BOLETIM: Fernanda Regina Vilarés

COORDENADORIAS REGIONAIS E ESTADUAIS:

Adriano Galvão

CURSOS: Fábio Tofic Simantob

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS: Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Fernanda Carolina de Araújo

INTERNET: João Paulo Martinelli

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Eleonora Nacif

MONOGRAFIAS: Ana Elisa Liberatore S. Bechara
NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Guilherme Madeira Dezem

NÚCLEO DE PESQUISAS: Fernanda Emy Matsuda

PÓS-GRADUAÇÃO: Davi de Paiva Costa Tngerino

RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Marina Pinhão Coelho Araújo

REPRESENTANTE DO IBCCRIM JUNTO AO OLAPOC:

Renata Flores Tibiryçá

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:

Helena Regina Lobo da Costa

PRESIDENTES DAS COMISSÕES ESPECIAIS:

AMICUS CURIAE: Heloisa Estellita

CÓDIGO PENAL: Renato de Mello Jorge Silveira

CORRETORA DOS TRABALHADOS DE CONCLUSÃO DO VI CURSO DE DIREITO PENAL ECONÔMICO E

EUROPEU: Heloisa Estellita

DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS

FUNDAMENTAIS: Ana Lúcia Menezes Vieira

DIREITO PENAL ECONÔMICO: Heloisa Estellita

DOCTRINA GERAL DA INFRAÇÃO CRIMINAL: Carlos

Vico Mañas

HISTÓRIA: Rafael Mafei Rabello Queiroz

INFÂNCIA E JUVENTUDE: Luis Fernando C. de

Barros Vidal

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato Campos Pinto de

Vitto

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: Maurício

Zanoide de Moraes

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS: Maurício de

Melo Ribeiro

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

15º CONCURSO IBCCRIM DE MONOGRAFIAS DE

CIÊNCIAS CRIMINAIS: Diogo Rudge Malan

17º SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Carlos Alberto

Pires Mendes