

# O PRINCÍPIO DA CODIFICAÇÃO E A ADEQUADA PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS

*Alexandre Rocha Almeida de Moraes<sup>1</sup>*

## RESUMO

Este artigo pretende discutir os principais aspectos da sociedade contemporânea que fomentaram novos modelos de política criminal e que reclamam, para um direito penal consentâneo com os interesses da sociedade brasileira, a recodificação da legislação penal, com a imposição proporcional de penas aos bens necessariamente protegidos.

## PALAVRAS-CHAVE

Sociedade Contemporânea; Codificação; Proporcionalidade e Norma penal.

## ABSTRACT

*This article discusses the main aspects of contemporary society that has fostered new models of political and criminal claiming to criminal law in line with the interests of Brazilian society, the recodification of criminal law, with the imposition of penalties proportionate to the goods necessarily protected.*

## KEY WORDS

*Contemporary Society; Coding; Proportionality and Norma criminal.*

---

## INTRODUÇÃO

“Os pretensos sábios de hoje invejarão os calouros dos jardins de infância do amanhã” (LYRA, 1956, p. 19).

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça, Coordenador do Centro de Apoio das Promotorias de Justiça Criminais do Ministério Público do Estado de São Paulo, Mestre e Doutorando em Direito Penal pela PUC/SP.

Essa frase também vale para o Direito. Ainda mais em uma época de rompimento de paradigmas como a que se vive.

O direito, como se sabe, é um produto da humanidade, um raio-x da ética social, uma projeção dos contornos éticos e novos valores de uma dada sociedade.

*Ubi societas, ubi jus.* Mas qual o direito de nosso tempo?

RUSSELL advertiu que qualquer tentativa de enquadrar a história em compartimentos estanques é altamente artificial, por uma única razão: as tradições clássicas do passado sobreviveram em certa medida, ainda que a sua influência contínua fosse um tanto precária e restrita (RUSSEL, 2001, prefácio).

A revolução mercantil e o colonialismo (séculos XV e XVI), a revolução industrial e o neocolonialismo (séculos XVIII e XIX) e, atualmente, a revolução tecnológica e a globalização (séculos XX e XXI) formam três momentos diferentes do poder planetário. Os períodos de inquisição (século XV), os períodos derivados do iluminismo penal (séculos XVIII e XIX) e os períodos do positivismo *perigosista* dão lugar, agora, a um período de absoluta transição da política criminal e dogmática penal.

Com a revolução mercantil e o colonialismo via-se em um modelo de política criminal com penas infamantes, cruéis, com clara confusão entre papéis do Estado e da Igreja e com métodos inquisitórios pautando a persecução penal. Os riscos de morte, até então, encontravam-se em acidentes movidos por ações humanas próximas e catástrofes naturais: era a transição da manufatura para a industrialização, na qual a tutela dos bens clássicos mostrava-se suficientes.

As revoluções francesa e industrial deram azo a uma política criminal mais humanitária (iluminismo penal), mas a prevenção - que passou a pautar a política criminal - e o funcionalismo surgiram como instrumentos da política criminal.

Já a revolução tecnológica e a globalização formam um novo momento de incerteza penal. Para alguns, a denominada

“Era do Risco” (BECK, 1998) demanda a obrigação de tutelar bens transindividuais.

Já se fala, ademais, em diferentes velocidades do Direito Penal (SILVA SÁNCHEZ, 2002), marcadamente por conta de políticas criminais com parâmetros bem distintos: a) PRIMEIRA VELOCIDADE: o Direito Penal clássico de inspiração iluminista; b) SEGUNDA VELOCIDADE: Política do *plea bargaining* - a mitigação da pena de prisão e a flexibilização de garantias, sobretudo na tutela de infrações de médio e pequeno potencial ofensivo e, para alguns, na proteção de bens transindividuais (HASSEMER, *Crisis...*, 1993); c) TERCEIRA VELOCIDADE: Direito Penal simbólico e punitivista, que não só identifica um determinado ‘fato’, mas, sobretudo, um tipo específico de ‘autor’ (o inimigo), conjugando prisão e flexibilização de garantias.

### **Novos Parâmetros do Direito Penal**

A existência de diferentes modelos de política criminais merece, logicamente, um estudo à parte.

É preciso, contudo, traçar ao menos linhas gerais dos novos paradigmas do Direito Penal desse novo tempo: desformalização (flexibilização das garantias penais, processuais e executacionais); hipertrofia legislativa irracional de forma descodificada; simbolismo com a proteção deficiente de bens jurídicos; adoção indiscriminada do princípio da precaução e excessiva antecipação da tutela penal; explosão carcerária etc.

Enfim, houve evidente rompimento do paradigma do Direito Penal clássico (indivíduo) pelo conceito de *macrocriminalidade* (*crime organizado e terrorismo*), com o aumento da criminalidade de massa, além da proteção penal de bens difusos que a dogmática penal não estava acostumada a lidar: segurança viária, incolumidade pública, saúde pública, ordem urbanística, meio ambiente etc.

Ademais, o Código Penal de 1940 ainda é fruto de uma mentalidade de proteção dos interesses das classes burguesas e da

aristocracia. Atualmente, a burguesia e aristocracia, através dos chamados crimes de colarinho branco, sentam-se nos bancos dos réus.

Os reflexos no Processo Penal também foram inevitáveis: métodos técnicos audiovisuais, utilização de dados informatizados, presença de investigadores disfarçados ou infiltrados, invasão da privacidade de terceiros, privatização da segurança e, finalmente, a transação no Direito Penal.

Se o Direito é produto cultural da humanidade, que sociedade é esta que projetou um Direito Penal com essas características?

MORAES Jr. adverte que “enquanto a política criminal não for pensada a partir de uma realidade viva, nua e crua, em momento histórico dado e em função de exigências morais ainda vigorantes (...); enquanto inversamente, for concebida como material especulativo, livresco, acadêmico, o laxismo penal continuará transitando com desenvoltura, vendendo suas fantasias e entoando seu canto de sereia.” (DIP e MORAES JR., 2002, p. 24).

Prega-se academicamente a busca de um direito penal subsidiário e fragmentário, mas a evidente transição de valores e crise das demais formas de controle social transformaram o Direito Penal como única instância de solução de conflitos.

A antiga família que cumpria um papel de socialização primária, sobretudo pela educação materna, ainda não encontrou sua devida equação com a conquista feminina do mercado de trabalho. Escândalos sucessivos em diversas religiões e constante fuga ou migração dos processos de crença evidenciam que a Igreja, em sentido amplo, já não vem cumprindo seu papel de agência informal de controle social. A escola não consegue desenvolver um papel de socialização, eis que sempre foi pensada como instituição complementar na formação e estruturação dos jovens.

A ineficiência do Estado em executar políticas públicas básicas gera efeito em cadeia para o Direito e a desconfiança nos de-

mais ramos (como o Direito Administrativo, no caso brasileiro), acentuando o caráter de *sola ratio* do recente Direito Penal.

Não bastasse isso, a necessária tutela de novos bens transindividuais, além de novas demandas da modernidade (como os crimes telemáticos e praticados por meios eletrônicos) ensejam a formação de tipos completamente diversos dos padrões do Direito Penal clássico.

Na atualidade, há gestores atípicos da moral: associações ecológicas, feministas, de consumidores, de vizinhos, pacifistas, antidiscriminatórias ou, em geral, as organizações não governamentais (ONGs) que protestam contra a violação de direitos humanos em todas as partes do mundo, assim como um Estado de Bem-Estar Social e uma sociedade de classes passivas, o que necessariamente gera mais demanda normativa. Agora, pensionistas, desempregados, destinatários de serviços públicos, consumidores, etc. se convertem em ‘cidadãos’ e passam a exigir do Poder Político a tutela dos seus novos interesses, até então, estranhos ao sistema jurídico.

A ineficiência do Estado em fiscalizar e executar adequadamente o sistema penitenciário, mitigando a pena de prisão e sem mecanismos eficientes de fiscalização de institutos que afastem o cumprimento da pena privativa de liberdade em cárcere fechado (regime aberto, livramento condicional, suspensão condicional da pena, suspensão condicional do processo, penas restritivas etc.), também revela a prisão como único mecanismo eficiente para proteção da sociedade.

Não obstante, a globalização e a revolução tecnológica dos meios de comunicação acentuaram o aumento da sensação subjetiva de insegurança da população. E como é cediço, uma sociedade marcada pela insegurança somada a uma mídia sensacionalista e a um discurso criminológico de baixo custo tende a incrementar, na legislação penal, novos tipos de perigo abstrato, sob o fundamento da necessária precaução.

Essa é a equação da formação da sociedade de riscos: uma sociedade tecnológica, cada vez mais competitiva, passou a deslocar para a marginalidade um grande número de indivíduos, que imediatamente são percebidos pelos demais como fonte de riscos pessoais e patrimoniais, consolidando-se, pois, o conceito de ‘sociedade de risco’ (PRITTWITZ, 2004, p. 44).

Em outras palavras, a sensação subjetiva de insegurança gera reação irracional e irrefletida por parte dos atingidos que buscam, na lei penal, a resposta imediata para toda e qualquer dor.

É, pois é inevitável o processo de hipertrofia legislativa e descodificação da legislação em uma época de emergência: “antes se destacava ‘a espada do Estado contra o delinquente desvalido’ e agora começa a se constatar a operatividade do Direito Penal contra os ‘powerful’”, o que invariavelmente provocou uma transformação consequente também no âmbito do Direito Penal (*jus puniendi*): tende-se a perder a visão deste como instrumento de defesa dos cidadãos diante da intervenção coativa do Estado (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 51).

E, desse modo, a concepção da lei penal como “Magna Charta” da vítima aparece junto à clássica “Magna Charta” do delinquente: hipertrofia legislativa:

*(...) Quando muita coisa se criminaliza normativamente, parece que o delito se trivializa na ordem concreta. Além disso, leis que se sucedem vertiginosamente são leis que sempre estão a exigir um tempo de ponderação, de amadurecimento, para que suas normas implícitas sejam compreendidas pelos juristas (e leigos) e, depois disso, interpretadas diante da ordem jurídica concreta: o interregno é um campo muito propício para a insegurança (DIP e MORAES JR., 2002, p. 221).*

Todas essas características da sociedade contemporânea, em especial no Brasil, implicam em leis que alçam metas que estão além de seus limites operativos, o que, logicamente, gera desesperança a curto prazo e reclama “nova lei penal”.

## **Codificação e Proporcionalidade das Penas**

Este é o retrato do Direito Penal brasileiro: o discurso fragmentário tornou-se meramente acadêmico. Foram formatados, desde a Constituição de 1988, cerca de 800 novos tipos penais entre figuras simples e qualificadas, mas 75% não se sujeitam, na prática, à pena privativa de liberdade.

Contam-se, hoje, cerca de 160 leis extravagantes que contenham tipos penais, o que evidencia este momento de descodificação.

Como esperar legitimação social com tamanha hipertrofia legislativa? Como esperar eficiência de um modelo de política criminal meramente simbólica?

Recentemente a Lei nº 12.373, de 30 de novembro de 2012, acrescentou, dentre outros, o art. 154-A ao Código Penal, criminalizando a conduta de invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

A aparente proteção jurídico-penal é mais uma vez simbólica: penas de detenção de três meses a um ano e multa. Da mesma forma, se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido, ou seja, conduta evidentemente mais grave, as penas serão de reclusão de seis meses a dois anos e multa.

Em síntese, ainda que se trate de conduta mais grave, tanto uma quanto outra se submetem ao regime jurídico dos Juizados Especiais Criminais, permitindo o instituto da transação penal previsto no art. 76 da Lei nº 9.099/95.

Esse é o exemplo mais recente.

Em contrapartida, crimes graves como homicídio possuem penas que autorizam o regime inicial semiaberto. Pune-se o roubo com causa de aumento quando praticado com arma de fogo, ignorando-se o homicídio. Pune-se o homicídio culposo com penas que permitem a suspensão condicional do processo (art. 121, §3º) ou penas alternativas (art. 302, CTB). Isso gera, logicamente, uma reação da opinião pública, da mídia, da sociedade e do próprio Ministério Público que, por vezes, tenta corrigir essa evidente desproporção denunciando “culpa consciente” através da figura do “dolo eventual”.

O crime de ameaça, formatado na década de 40 do século passado, quando a difusão do uso de arma de fogo era ainda ínfima, é punido com pena de detenção, permitindo, salvo quando praticado contra a mulher em âmbito doméstico, o instituto da transação penal. Em outras palavras, um crime que configura, por vezes, um ato preparatório para o crime de homicídio não permite, pela atual sistemática normativa, a custódia cautelar. A Justiça Pública precisa aguardar a tentativa de homicídio ou a consumação do crime para buscar a punição. Ao invés de prisão preventiva para a ameaça, recolhe-se o cadáver com elevado custo familiar e social.

De outra parte, a produção excessiva de legislação extravagante permite incongruências absurdas como a hipótese de apropriar-se de bens de idoso, que apresenta pena menor quando feita por um curador (art. 102 do Estatuto do Idoso tem penas de um a quatro anos e multa; enquanto apropriar-se, na Condição de Curador, de bens de outra pessoa que não idosa, segundo o art. 168, §1º do Código Penal, tem penas de reclusão, de um a quatro anos, e multa, com aumento de um terço).

O mesmo se dá com os crimes de fraude processual. No Código Penal, apresenta penas de detenção, de três meses a dois anos, e multa, enquanto no Código de Trânsito Brasileiro, apre-

senta pena mínima maior (seis meses) e pena máxima em abstrato menor (um ano), com alternativa de pena pecuniária.

Por fim, a falta de legislação codificada e, em especial, a revisão periódica dos códigos, permite tipos penais com penas absurdamente desproporcionais frente a outros bens jurídicos mais relevantes. Bastaria mencionar a pesca de cetáceos, que tem penas de 02 a 05 anos na Lei nº 7.643/87, e a produção e comércio clandestino de açúcar (Decreto-Lei nº 16/66), que tem penas de seis meses a dois anos, ou seja, conduta mais grave do que uma ameaça de morte.

### **Considerações Finais**

É evidente que é preciso revisar, de forma sistemática, as penas de toda a legislação penal, valorando-se adequadamente os bens jurídicos. É evidente que é preciso incluir, para essa adequada proporcionalidade na valoração, os institutos despenalizados da Lei nº 9099/95 e atentar para a novas leis de medidas cautelares, para uma visão coerente das penas e consequências dos crimes.

Somente com a recodificação de toda a legislação penal, será possível a adequada ponderação dos bens jurídicos, a descriminalização de inúmeros tipos penais meramente simbólicos e a verdadeira legitimação social.

Isso porque a codificação serve para expor as incongruências à falta de sistematização, permite a seleção dos bens jurídicos constitucionalmente relevantes, afastando o modelo de Direito Penal simbólico que contamina todo o sistema. Além disso, a adequada ponderação de bens jurídicos, permite a delimitação das diferentes (e inevitáveis) velocidades do Direito Penal, adotando-se políticas criminais claramente diversas para crimes graves, de médio e pequeno potenciais ofensivos.

Impossível conceber uma política criminal típica da criminalidade de massa para os crimes hediondos e equiparados, para os crimes praticados por associações criminosas ou por crimi-

nosos de colarinho branco. Os métodos investigativos e medidas cautelares para a criminalidade de massa e os bens jurídicos individuais típicos do Direito Penal de inspiração iluminista não se prestam à persecução de crimes de lavagem de dinheiro, corrupção, tráfico de drogas etc.

É preciso, pois, evidenciar, com toda veemência, que para o combate desse novo tipo de criminalidade, é imprescindível a utilização de novos mecanismos de prova e da formatação de novos tipos penais. O discurso garantista deve ser adequado e proporcional ao prejuízo causado à sociedade.

Nem escravos, nem déspotas (HUNGRIA, 1955, p. 22).  
Nem arbítrio Estatal, nem libertinagem.

Se o Direito Penal é um retrato da sociedade, é preciso buscar um *Direito Penal da sociedade* (BONFIM, 1997), sem excessos e sem vacilações, com penas proporcionais ao bem protegido, sob pena de proteção jurídica deficiente: uma das facetas do princípio da proporcionalidade.

Com arrimo em MORAES Jr., ainda é possível recordar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição de 1793, “não apenas reitera a congenialidade e a imprescritibilidade do direito à segurança, como ainda esclarece que ela ‘consiste na proteção, concedida pela sociedade a cada um de seus membros, para a conservação de suas propriedades’ (arts. 2º e 8º)”.(DIP e MORAES JR., 2002, p. 16)

A punição “nem há de ser tão rápida que o delinquente virtual considere positiva a relação custo/benefício – se a pena é insuficiente, o risco sempre vale a pena -, nem tão longa que o criminoso potencial nela veja menos uma ameaça a temer e mais um desafio a enfrentar (o peso e a régua)”. (DIP e MORAES JR., 2002, p. 16)

Poder-se-ia começar pela discussão de um novo Código, estabelecendo a periodicidade para sua revisão, sem juízos aprio-

rísticos sobre o verdadeiro interesse da sociedade – destinatária da lei.

Para tanto, é preciso ouvi-la, entendê-la diante de seus novos contornos, e não imaginar uma Política Criminal meramente acadêmica que parece ter sido importada de países com realidades completamente diversas. Isso evitaria a frequente criação de legislação penal meramente simbólica como se o fundamento para um novo crime ou um novo instituto processual fosse simplesmente dar a aparência de proteção penal, criando-se nova vaga no sistema carcerário.

### **Bibliografia**

- BECK, Ulrich. *La sociedad de riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós. Tradução: Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás, 1998.
- BONFIM, Edílson Mougnot. *Direito Penal da Sociedade*. São Paulo: Oliveira Mendes, Livraria Del Rey Editora, 1997.
- DIP, Ricardo; MORAES Jr. Volney Corrêa Leite de. *Crime e Castigo – Reflexões Politicamente Incorretas*. Campinas: Millennium, 2002.
- HASSEMER, Winfried. *Crisis y características del Moderno Derecho Penal*. Madri: Actualidad Penal, n. 43, 1993;
- \_\_\_\_\_. *Três temas de Direito Penal*. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1993.
- HUNGRIA Hoffbauer, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 3.ed. v. I, Tomo 1º, arts. 1 a 10. 1955.
- IENH. *Manual de normas de ABNT*. Disponível em [www.ienh.com.br](http://www.ienh.com.br).
- LYRA, Roberto. *Guia do Ensino e do Estudo do Direito Penal*. Rio Janeiro: Revista Forense, 1956, p. 19.

- PRITTWITZ, Cornelius. *O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 47, mar./abr. 2004, Trad. Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito.
- RUSSEL, Bertrand. *História do Pensamento Ocidental*. 6.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001, prefácio, passim.
- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, in *Série as Ciências Criminais no Século XXI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 11, Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha, 2002.