

**INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO**

A REFORMA PENAL EM CURSO E O ESTADO CONSTITUCIONAL

MÁRCIO FERNANDO DA SILVA PEREIRA

SÃO MATEUS

2018

MÁRCIO FERNANDO DA SILVA PEREIRA

A REFORMA PENAL EM CURSO E O ESTADO CONSTITUCIONAL

Monografia apresentada como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, da Faculdade Vale do Cricaré, elaborado sob a orientação do Prof. Rubens da Silva Cruz.

SÃO MATEUS

MÁRCIO FERNANDO DA SILVA PEREIRA

A REFORMA PENAL EM CURSO E O ESTADO CONSTITUCIONAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharelado em Direito.

Aprovado em _____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Rubens da Silva Cruz
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
ORIENTADOR

Prof.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ

Prof.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ

Este trabalho é dedicado aqueles que me educaram e ensinaram o caminho em que eu pudesse trilhar com sabedoria, honestidade e hombridade, a minha querida mãe e meu querido pai "*in memoriam*".

Agradeço em primeiro lugar ÀQUELE que primeiro me amou, que é o responsável pelo meu respirar, meu bom e salvador JESUS CRISTO, pois ele tem me sustentado, me capacitando a superar as adversidades que a vida me impõe de tempos em tempos. Meu total agradecimento a mulher da minha vida, minha esposa LURIANA BERNARDO, pois é uma guerreira ao meu lado, fiel companheira, que me ajuda nos momentos mais difíceis, se alegra com minha alegria, e me consola em minhas tristezas. Agradeço também a minha família abençoada, indivíduos com diversas características, contudo o que prevalece é o amor, e a vontade de ajudar uns aos outros. Agradeço também aos meus grandes amigos da faculdade, por terem compartilhado comigo suas experiências, alegrias e realizações. Agradeço todo corpo docente da Faculdade Vale do Cricaré, excelentes professores, que passaram todo conhecimento necessário, para que eu pudesse lograr êxito nesses 5 anos de faculdade. Em tempo, agradeço o meu orientador Dr. ° RUBENS DA SILVA CRUZ pela paciência e pelo tempo dedicado a me orientar da melhor maneira possível para que eu pudesse lograr êxito neste trabalho de conclusão de curso. Por fim, agradeço a todos que de forma direta ou indiretamente contribuíram para que essa obra fosse concretizada.

“Eu sou a videira, vós as varas; quem está em mim, e eu nele, esse dá muito fruto; porque sem mim nada podeis fazer.”

João 15:5

RESUMO

O presente trabalho visa estudar os diversos pontos em debate sobre o novo Código Penal, cujo projeto se encontra tramitando no Congresso Nacional, assim vale perpassar pela evolução da legislação penal. No início da sociedade brasileira não existia norma codificada, predominando o direito penal semelhantemente ao chamado Código de Hamurabi, ou seja, o princípio de talião, havendo penas corporais e banimento. O Brasil teve o Código Criminal do Império do Brasil, aprovado em 16 de dezembro de 1830; Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, Decreto nº847, de 11 de outubro de 1890; Consolidação das Leis Penais, aprovada e adotada pelo Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932; Código Penal, Decreto-Lei nº2.848. de 7 de dezembro de 1940 – cuja parte Especial, com consideráveis alterações, encontra-se em vigor até os dias de hoje; Código Penal, Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969 – que permaneceu por um período aproximado de nove anos em *vacatio legis*, tendo sido revogado pela Lei nº 6.578, de 11 de outubro de 1978, sem sequer ter entrado em vigor; Código Penal, Lei nº 7.209. de 11 de julho de 1984 – com esta lei foi revogada, tão somente, a Parte Geral do Código de 1940. Daí, a o projeto traz inovações com a tutela de bens coletivos, a adoção expressa da insignificância, a punição de pessoa jurídica, mas é alvo de críticas pela tendência de aumento da população carcerária, uso do crime de perigo abstrato, adoção da eutanásia e do aborto. Na contramão das críticas, fato é que a mudança é irremediável e urgente de um novo Código Penal se impõe dado que o Código de 1940 com a reforma de 1984 foi criado numa época em que o foco era a proteção do Estado e de suas instituições, mas atualmente, o viés constitucional obriga um direcionamento da norma penal com foco no ser humano, fim e razão de ser do Estado e do Direito. Para a realização deste trabalho, foi utilizada a metodologia da pesquisa bibliográfica, pautada nas legislações vigentes e revogadas, na jurisprudência, e na doutrina.

Palavras-chave: Novo Código Penal. Inovações. Críticas. Exigência constituciona

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 EVOLUÇÃO PENAL BRASILEIRA	10
1.1 PROCESSO DE TRANSMIGRAÇÃO DO DIREITO E A NORMA PENAL.....	10
1.2 OS CÓDIGOS PENAIIS E SEUS PRINCIPAIS ASPECTOS	12
1.2 CÓDIGO PENAL ATUAL: AVANÇOS E RETROCESSOS	13
2 O ESTADO CONSTITUCIONAL PENAL	15
2.1 CONCEITO, MISSÃO E ALCANCE DA NORMA PENAL FUNDAMENTAL	15
2.2 INTERVENÇÃO MÍNIMA E LEGALIDADE PENAL.....	16
2.2 A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE UM NOVO DIREITO PENAL.....	21
3 INOVAÇÕES DO NOVO CÓDIGO PENAL	22
3.1 A ÊNFASE DA TIPICIDADE MATERIAL E O COMBATE AO DIREITO PENAL ELITISTA.....	25
3.2 PROTEÇÃO AOS BENS COLETIVOS	27
4 CRÍTICAS AO NOVO CÓDIGO PENAL	28
4.1 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A TAXATIVIDADE	30
4.2 EXAGEROS NA OPÇÃO POR CRIMES DE PERIGO ABSTRATO	31
4.3 CRÍTICA AO CONCEITO DE DOLO.....	32
4.4 O FIM DO LIVRAMENTO CONDICIONAL E O PREJUÍZO À RESSOCIALIZAÇÃO	35
CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	47

INTRODUÇÃO

No cenário de tantas reformas, seja com o não tão novo Código Civil de 2002, com o ainda jovem Código de Processo Civil de 2015, com as reformas trabalhistas e minirreformas eleitorais, sem contar com a tramitação do novo Código de Processo Penal em curso, urge estudar o projeto do Novo Código Penal à luz de sua capacidade de trazer melhorias na redução da criminalidade e violência, cumprindo a Constituição e dos Direitos Fundamentais.

Para tanto, o primeiro capítulo versará sobre a evolução da normatização penal, desde o período primitivo no Brasil, demonstrando e passando pelos primeiros códigos e chegando aos dias atuais com o Código Penal de 1940 e sua Reforma da Parte Geral de 1984, trazendo em seu bojo o interessante detalhe do processo de transmigração do Direito.

Já o segundo capítulo abordará a necessidade de um Direito Penal Constitucional, uma vez que a Constituição Federal de 1988, traz os bens a serem protegidos, além do que, os limites e proteção e garantias do cidadão, que passou a ser entendido como fim do sistema e não objeto do mesmo, em razão da irradiação da dignidade humana.

O terceiro capítulo, por sua vez, ingressa no conteúdo do Projeto do Novo Código Penal, o qual se encontra tramitando no Congresso Nacional, mas desperta grande euforia da sociedade acadêmica do Direito, gerando aplausos e críticas. Então, vale muito percorrer suas principais novidades e aplicações.

Por fim, o quarto capítulo, se encarregará da salutar tarefa de transpassar a crítica, entender o ponto de vista da mais vasta doutrina e enfrentar os pontos positivos e negativos desse novo diploma legal se avizinha, e certamente modificará a vida de todos para sempre.

1 EVOLUÇÃO PENAL BRASILEIRA

Nos primórdios da sociedade brasileira não existia norma codificada, predominando o direito penal semelhantemente ao chamado Código de Hamurabi, ou seja, o princípio de talião, havendo penas corporais e banimento.

Numa fase seguinte pós colonização adotou-se no Brasil as ordenações da corte portuguesa, em seguida os códigos do período imperial e do início da república, vindo a culminar no Código Penal de 1940, com a reforma da parte geral em 1984, vigorando até os dias atuais.

Vale notar que atualmente, o sistema de codificação se mostrou insuficiente, havendo uma multiplicação de outras normas penais para tutelar diversas situações a exemplo da Lei 11.343/2006 que cuida dos crimes relacionados às drogas, da Lei 8072/90 que versa sobre os crimes hediondos e demais leis extravagantes que denotam uma falha do sistema de códigos.

A esse respeito, importa transcrever a visão de Cezar Roberto Bitencourt (2015, p. 89), sobre o período anterior ao Brasil Colônia e a tutela penal existente:

[...] Antes do domínio português, na primeira civilização brasileira adotava-se a vingança privada, sem qualquer uniformidade nas reações penais. No entanto, Bernardino Gonzaga afirmava que os nossos silvícolas não desconheciam o talião, ainda que de modo empírico, a composição e a expulsão da tribo. Relativamente às formas punitivas predominavam as sanções corporais, sem tortura. Na verdade, o primitivismo de nossos silvícolas não autorizava falar em uma verdadeira organização jurídico-social. Havia simplesmente regras consuetudinárias (tabus), comuns ao mínimo convívio social, transmitidas verbalmente e quase sempre dominadas pelo misticismo [...].

Assim, ficou claro que nesse período pré-colonial existia o direito penal, ainda que primitivo, marcado pela falta de uniformização, já que não havia código, bem como pela prevalência do costume. Importante frisar que, de certo modo, havia respeito pela dignidade humana.

1.1 PROCESSO DE TRANSMIGRAÇÃO DO DIREITO E A NORMA PENAL

O processo denominado de transmigração do direito é a utilização no Brasil, no período colonial e imperial de normas portuguesas, apenas transmitidas de Portugal

para o Brasil, objetivando regular as relações entre pessoas na nova colônia portuguesa.

Importa destacar esse processo na visão de Cezar Roberto Bitencourt (2015, p. 89):

[...] A partir do descobrimento do Brasil, em 1500, passou a vigorar em nossas terras o Direito Lusitano. Nesse período, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, publicadas em 1446, sob o reinado de D. Afonso V, consideradas como primeiro código europeu completo. Em 1521, foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas, por determinação de D. Manuel I, que, que vigoraram até o advento da Compilação de Duarte Nunes de Leão, em 1569, realizada por determinação do rei D. Sebastião. Os ordenamentos jurídicos referidos não chegaram a ser eficazes, em razão das peculiaridades reinantes na imensa colônia. Na realidade, havia uma inflação de leis e decretos reais destinados a solucionar casuísmos da nova colônia; acrescidos dos poderes que eram conferidos com as cartas de doação, criavam uma realidade jurídica muito peculiar. O arbítrio dos donatários, na prática, é que estatua o Direito de ser aplicado, e, como cada um tinha um critério próprio, era catastrófico o regime jurídico do Brasil Colônia [...].

Assim, uma das principais características do período colonial é o casuísmo, gerando imensa insegurança jurídica.

A inflação legislativa acontece nos dias atuais, pois o Código Penal Brasileiro não consegue conter todas as normas penais, mas pelo menos é uma norma nacional que regula os crimes e as penas em todo território da federação brasileira.

Interessa verificar as principais características das normas penais no Brasil Colônia:

[...] Formalmente, a lei penal que deveria ser aplicada no Brasil, naquela época, era a contida nos 143 títulos do Livro V das Ordenações Filipinas, promulgadas por Filipe II, em 1603. Orientava-se no sentido de uma ampla e generalizada criminalização, com severas punições. Além do predomínio da pena de morte, utilizava outras sanções cruéis, como açoite, amputação de membros, as galés, degredo etc. não se adotava o princípio da legalidade, ficando ao arbítrio do julgador a escolha da sanção aplicável. Esta rigorosa legislação regeu a vida brasileira por mais de dois séculos. O Código Filipino foi ratificado em 1643 por D. João IV e em 1823 por D. Pedro I [...]. (BITENCOURT, 2015, p. 90).

Pode se afirmar então que a legislação penal nesse período colonial afrontava seriamente a dignidade da pessoa humana.

1.2 OS CÓDIGOS PENAIS E SEUS PRINCIPAIS ASPECTOS

A técnica de codificação do direito ainda é bem utilizada, pretendendo dar maior segurança jurídica as situações fáticas e facilitar o conhecimento das pessoas quanto aos atos que devem ou não realizar e serem responsabilizadas.

Na esfera penal isso não é diferente, tendo o Brasil experimentado alguns códigos que pretenderam unificar o tratamento penal das condutas.

A esse respeito, ao conceituar o direito penal, Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 37) evidencia esse aspecto evolutivo, ao mesmo tempo em que diz não fazer distinção se o direito é chamado de penal ou criminal na técnica brasileira:

[...] é o corpo de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação. Para vários autores, há diferença entre direito penal e direito criminal, sendo este abrangente daquele, porque daria enfoque ao crime e suas consequências jurídicas, enquanto este seria mais voltado ao estudo da punição. Assim não nos parece e tudo não passa de uma opção terminológica. Já tivemos, no Brasil, um Código Criminal (1830), mas depois passamos a denominar o corpo de normas jurídicas voltado ao combate à criminalidade como Código Penal (1890 e 1940). O mesmo ocorre em outros países, havendo ora a opção pela denominação de direito criminal (v. g., Grã-Bretanha), ora de direito penal (v. g., Itália) [...].

É inegável notar que não importa se o instrumento legislativo é denominado de Código Penal ou Código Criminal, o que interessa é o conteúdo capaz de trazer a tona condutas proibidas e suas respectivas sanções, permitindo a previsibilidade das ações humanas, bem como prevenindo a sociedade e os sujeitos das condutas mais lesivas aos bens jurídicos relevantes para a dignidade humana e a convivência em sociedade.

No contexto atual, o que é inafastável é que o conteúdo criminal e penal deve observância irrestrita aos mandamentos constitucionais, sobretudo que asseguram a vida, a liberdade, o patrimônio, a segurança, a igualdade, a integridade física, enfim, resguarda o núcleo do mínimo suficiente para a existência digna da pessoa.

Com relação ao Código Criminal de 1832, a doutrina afirma que ele surgiu num contexto de maior necessidade de justiça e equidade, exigidas inclusive pelos modelos internacionais, o que era também reclamado pela Constituição do Império de 1824. Vale então a pena, verificar como surgiu esse famoso Código Criminal Brasileiro de 1832:

[...] A Constituição brasileiro de 1824 determinou a urgente e imperiosa necessidade de elaboração de um Código Criminal, fundado nas sólidas

bases de justiça e da equidade (art. 179, XVIII). Em 1827, Bernardo Pereira de Vasconcellos e José Clemente Pereira apresentaram, individualmente, um projeto de código criminal, ambos de excelente qualidade. Preferiu-se, no entanto, o de Bernardo Pereira de Vasconcellos por ser aquele que, mais amplo ao desenvolvimento das máximas jurídicas e equitativas, e por mais munido na divisão das penas, cuja prudente variedade muito concorria para o bem regulada distribuição delas, poderia mais facilmente levar-se a possível perfeição com o menor número de retoques acrescentados àqueles que já a comissão lhe dera, de acordo com seu ilustre autor. Em 1830, o imperador D. Pedro I sancionou o Código Criminal, primeiro código autônomo da América Latina [...] (BITENCOURT, 2015, p. 90).

Veja-se que o Código Criminal Brasileiro buscava atender as determinações da constituição, presando pela individualização da pena, dada a variedade e divisão das penas.

Outras características e observações sobre esse primeiro código autônomo da América Latina e suas aspirações merecem registro:

[...] Destacava Aníbal Bruno que o novo texto fundou-se nas ideias de Bentham, Beccaria e Mello Freire, no Código Penal francês de 1810, no Código da Baviera de 1813, no Código Napolitano de 1819 e no Projeto de Livingston de 1825. Todavia, não se filiou estritamente a qualquer deles, tendo sabido mostrar-se original em mais de um ponto. Com efeito, o Código Criminal do Império surgiu como um dos mais bem elaborados, influenciando grandemente o Código Penal espanhol de 1848 e o Código Penal português de 1852, por sua clareza, precisão, concisão e apuro técnico. Dentre as grandes inovações, nosso Código consagrou, como destacam Régis Prado e Zaffaroni, o sistema dias-multa em seu art. 55, tido, equivocadamente, como de origem nórdica [...].

1.2 CÓDIGO PENAL ATUAL: AVANÇOS E RETROCESSOS

O Código Penal atual é da década de 1940, com reforma mais significativa em 1984. Rogério Greco (2016, p. 5), sintetiza os avanços legislativos em matéria penal ao longo a história do Brasil, localizando o Código Penal Atual:

[...] Código Criminal do Império do Brasil, aprovado em 16 de dezembro de 1830; Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, Decreto nº847, de 11 de outubro de 1890; Consolidação das Leis Penais, aprovada e adotada pelo Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932; Código Penal, Decreto-Lei nº2.848, de 7 de dezembro de 1940 – cuja parte Especial, com consideráveis alterações, encontra-se em vigor até os dias de hoje; Código Penal, Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969 – que permaneceu por um período aproximado de nove anos em *vacatio legis*, tendo sido revogado pela Lei nº 6.578, de 11 de outubro de 1978, sem sequer ter entrado em vigor; Código Penal, Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984 – com esta lei foi revogada, tão somente, a Parte Geral do Código de 1940 [...].

Assim, verifica-se que, embora não se tenha uma grande quantidade de códigos, o que indicaria maior maturidade e estabilidade, somada a segurança jurídica, o fato é que, essa imagem deve leva em conta as inúmeras leis esparsas.

Avançando sobre a estrutura do atual CP, a doutrina faz as principais observações:

[...] O nosso atual Código Penal é composto por duas partes: geral (arts. 1º a 120) e especial (arts 121 a 361). É a Parte Geral do Código destinada à edição das normas que vão orientar o intérprete quando da verificação da ocorrência, em tese, de determinada infração penal. Ali encontramos normas destinadas à aplicação da lei penal, preocupando-se o legislador em esclarecer, v.g., quando se considera praticado o delito, ou seja, o tempo do crime; cuida de conceitos fundamentais à existência do delito, como a conduta do agente (dolosa ou culposa), bem como o nexo de causalidade entre esta e o resultado... A Parte Especial do Código Penal, embora contenha normas de conteúdo explicativo, como, v.g., aquela que define o conceito de funcionário público (art. 327), ou mesmo causas que excluam o crime ou isentem o agente de pena, é destinada, precipuamente, a definir os delitos e a cominar as penas [...].

Portanto, embora tenha se mantido quase que estável durante todos esses anos, o fracasso da codificação se impõe observar, dada a inflação normativa penal. Essa descodificação não é bem vista por parcela da doutrina que destaca a violação de vários princípios, a exemplo, da necessidade, sistematicidade, racionalidade, unidade, simplicidade e proporcionalidade, conforme salienta Sergio Gabriel Torres (apud GRECO, 2016, p. 07).

Logo pode ser afirma que a maior glória do Código Penal é uma Parte Geral moderna, à luz da doutrina alemã, notadamente na proteção de bens jurídicos constitucionais, porém pecou por não evitar a proliferação de leis esparsas.

2 O ESTADO CONSTITUCIONAL PENAL

É cediço que o Código Penal Brasileiro é uma norma datada da década de 1940, havendo necessidade de, ao interpretar seu ordenado, fazer o devido filtro constitucional, ou seja, todo instituto do Direito Penal deve ser lido à luz do que prescreve a Constituição Federal de 1988.

Nesse mesmo sentido, todas as leis posteriores a Constituição Federal de 1988 visa justamente compatibilizar as normas penais aos princípios constitucionais, sobretudo à dignidade da pessoa humana, à humanidade da pena, à proporcionalidade, à individualização da pena, dentre outros.

A exigência de um novo Código Penal se impõe dado que o Código de 1940 com a reforma de 1984 foi criando numa época em que o foco era a proteção do Estado e de suas instituições, mas atualmente, o viés constitucional obriga um direcionamento da norma penal com foco no ser humano, fim e razão de ser do Estado e do Direito.

Portanto não se tem mais um direito penal apenas restrito às leis penais, mas partem e se encontram no próprio texto constitucional e seus princípios irradiadores.

2.1 CONCEITO, MISSÃO E ALCANCE DA NORMA PENAL FUNDAMENTAL

Saber a missão do Direito Penal é importante, pois deve derivar dos valores estabelecidos pelas normas constitucionais, informando ao legislador e ao aplicador do direito criminal o que se quer alcançar.

Discute-se se o Direito Penal visa manter e reforçar o caráter coercitivo do sistema ou proteger bens jurídicos, sendo este último o argumento preferido pela corrente majoritária baseada nas lições de Claus Roxin.

Dessa maneira, Rogério Sanches Cunha (2014, p. 36), sintetiza as duas correntes que militam sobre a missão do Direito Penal, abordando o funcionalismo, dado que constitui setor da doutrina que visa analisar a real função do Direito Penal:

[...] Para o funcionalismo teleológico (ou moderado), que tem como maior expoente Claus Roxin, a função do Direito Penal é assegurar bens jurídicos, assim considerados aqueles valores indispensáveis à convivência harmônica em sociedade, valendo-se de medidas de política criminal. Já de acordo com o funcionalismo sistêmico (ou radical), defendido por Gunther Jakobs, a

função do Direito Penal é a de assegurar o império da norma, ou seja, resguardar o sistema, mostrando que o direito posto existe e não pode ser violado. Quando o Direito Penal é chamado a atuar, o bem jurídico protegido já foi violado, de modo que sua função primordial não pode ser a segurança de bens jurídicos, mas sim a garantia de validade do sistema [...].

Desse modo, em pesem as considerações importantes do funcionalismo sistêmico e a necessidade óbvia de proteger o sistema, algo que não pode ser desconsiderado pelo Direito Penal, todavia, no Brasil, a maioria esmagadora da doutrina se filou a corrente de Claus Roxin, na qual o Direito Penal é um instrumento, ainda que em *ultima ratio*, que visa a proteção de bens jurídicos, ou seja, visa salvaguardar os valores elencados pela Constituição Federal, como imprescindíveis para a sobrevivência da sociedade e do Estado, a exemplo daqueles bens jurídicos descritos no caput do artigo 5º da Lei Maior.

2.2 INTERVENÇÃO MÍNIMA E LEGALIDADE PENAL

Tanto a intervenção mínima quanto a legalidade são princípios basilares do Direito Penal Brasileiro, evitando a atuação exacerbada do modelo criminal e protegendo a dignidade humana dos indivíduos.

Inicialmente vale destacar a definição do que vem a ser princípio, conforme lições de Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 43):

[...] etimologicamente, princípio tem vários significados, entre os quais o de momento em que algo tem origem; causa primária, elemento predominante na constituição de um corpo orgânico; preceito, regra ou lei; fonte ou causa de uma ação. No sentido jurídico, não se poderia fugir de tais noções, de modo que o conceito de princípio indica uma ordenação, que se irradia e imanta os sistemas de normas, servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. Há princípios expressamente previstos em lei, enquanto outros estão implícitos no sistema normativo. Existem, ainda, os que estão enumerados na Constituição Federal, denominados de princípios constitucionais, servindo de orientação para a produção legislativa ordinária, atuando como garantias diretas e imediatas aos cidadãos, bem como funcionando como critérios de interpretação e integração do texto constitucional [...].

Assim, a doutrina assevera que tanto a legalidade, quanto a intervenção mínima derivam da Constituição de 1988.

Há aqui uma necessidade de se diferenciar os princípios das regras, nos termos que ensina José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 19):

[...] A doutrina moderna tem-se detido, para a obtenção do melhor processo de interpretação, no estudo da configuração das normas jurídicas. Segundo tal doutrina – nela destacados os ensinamentos de ROBERT ALEXY e RONALD DWORKIN - , as normas jurídicas admitem classificação em duas categorias básicas: os princípios e as regras. As regras são operadas de modo disjuntivo, vale dizer, o conflito entre elas é dirimido no plano da validade: aplicáveis ambas a uma mesma situação, uma delas apenas a regulará, atribuindo-se à outra o caráter de nulidade. Os princípios, ao revés, não se excluem do ordenamento jurídico na hipótese de conflito: dotados que são de determinado valor ou razão, o conflito entre eles admite a adoção do critério da ponderação de valores (ou ponderação de interesses), vale dizer, deverá o intérprete averiguar a qual deles, na hipótese sub examine, será atribuído grau de preponderância. Não há, porém, nulificação do princípio postergado; este, em outra hipótese e mediante nova ponderação de valores, poderá ser o preponderante, afastando-se o outro princípio em conflito [...].

Dessa maneira os princípios convivem e se diferenciam das regras, mas ambos são dotados de valor normativo.

Vale ainda observar que a força dos princípios é algo relativamente recente, ganhando destaque com o chamado neoconstitucionalismo, uma fase atual do constitucionalismo que visa limitar o poder do governante através das constituições.

Essa fase nova do direito, dando ênfase aos princípios coincide com a maior valorização da constituição, conforme assevera Luís Roberto Barroso (2006, p.5):

[...] Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição [...].

Com a valorização da Constituição alcançando status jurídico suas normas passam a ser reconhecidas com força obrigatória e vinculante.

Dessa maneira, os princípios extraídos da Constituição, de igual modo passam a obrigar os poderes públicos, tanto no momento de criar a norma penal através do Poder Legislativo, quanto no momento de o Poder Judiciário aplicar a pena.

Dito isto, vale examinar o que vem a ser os princípios da intervenção mínima, o qual traduz o papel fragmentário e subsidiário do Direito Penal, ou seja, tal ramo do direito somente poderá atuar na falha das demais agências de controle social a exemplo da família, igreja, escola e dos outros ramos jurídicos. O Direito Penal é a

última trincheira, a última arma, a derradeira ferramenta a ser lançada mão pelo Estado para atuar na vida social. Por outro lado, o Direito Penal não protege os bens jurídicos por inteiro, atuando somente nos casos mais relevantes de agressões mais violentas aos bens jurídicos especialmente protegidos pela Constituição Federal.

Então, vale inicialmente lançar mão das lições de Cezar Roberto Bitencourt (2015, p. 53 e 54), que fala do princípio da intervenção mínima no que tange a ser limitado do Estado e seu caráter de *ultima ratio*:

[...] O princípio da legalidade impõe limites ao arbítrio judicial, mas não impede que o Estado – observada a reserva legal – crie tipos penais iníquos e comine sanções cruéis e degradantes. Por isso, impõe-se a necessidade de limitar ou, se possível, eliminar o arbítrio do legislador no que diz respeito ao conteúdo das normas penais incriminadoras. O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. [...].

Veja-se que o ilustre mestre observa a convivência entre o princípio da intervenção mínima e a reserva legal, bem como traduz que o princípio ora em estudo visa limitar todo amplo poderio do Estado em editar normas penais e suas sanções, devendo os Poderes Públicos observar as limitações constitucionais.

Quanto a faceta da fragmentariedade derivada da intervenção mínima, ensina Bitencourt (2015, p. 55 e 56):

[...] A fragmentariedade do Direito Penal é corolário do princípio da intervenção mínima e da reserva legal, como destaca Eduardo Medeiros Cavalcanti: “o significado do princípio constitucional da intervenção mínima ressalta o caráter fragmentário do Direito Penal. Ora, este ramo da ciência jurídica protege tão somente valores imprescindíveis para a sociedade. Não se pode utilizar o Direito Penal como instrumento de tutela de todos os bens jurídicos. E neste âmbito, surge a necessidade de se encontrar limites ao legislador penal” (...) Resumindo, caráter fragmentário do Direito Penal significa que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes. Além disso, (...), o princípio da fragmentariedade repercute de maneira decisiva tanto na determinação da função que deve cumprir a norma penal como na delimitação de seu conteúdo específico [...].

Geralmente os valores considerados imprescindíveis para a tutela penal estão elencados na Constituição Federal de 1988, sobretudo no artigo 5º:

[..] TÍTULO II
 DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS
 CAPÍTULO I
 DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS
 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
 I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
 II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
 III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
 IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...].

Logicamente não só esses os valores que devem ser protegidos, mas há um elenco considerável nesse dispositivo constitucional.

Já a subsidiariedade pode ser evidenciada nos seguintes ensinamentos do Cezar Roberto Bitencourt (2015, p. 54 e 55):

[...] Assim, o Direito Penal assume uma feição subsidiária, e a sua intervenção se justifica quando – no dizer de Munoz Conde - fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do direito. A razão desse princípio – afirma Roxin – radica em que o castigo penal coloca em perigo a existência social do afetado, se o situa à margem da sociedade e, com isso, produz também um dano social (...) Quando nos referimos a proteção subsidiária de bens jurídicos como limite do ius puniendi estatal, avançamos, portanto, ainda mais na restrição do âmbito de incidência do Direito Penal. Pois o caráter subsidiário da proteção indica que a intervenção coercitiva somente terá lugar para prevenir as agressões mais graves aos bens jurídicos protegidos, naqueles casos em que os meios de proteção oferecidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico se revelem insuficientes ou inadequados para esse fim. Com esse esclarecimento acerca do papel central que ocupa a proteção subsidiária de bens jurídicos na exegese de todo o sistema de Direito Penal, estamos, portanto, em condições de explicar os demais princípios limitadores do poder punitivo estatal [...].

Portanto, a intervenção mínima cuida de aspecto fragmentário, ou seja, só atuando o Direito Penal em casos de agressões intoleráveis a bens mais relevantes e pelo caráter subsidiário, deve atuar apenas o Direito Penal, quando fracassam os demais setores de proteção da sociedade.

Quanto ao princípio da legalidade, o qual deve ser aplicado a todos os ramos do Direito, no Direito Penal não é diferente, significando a limitação estatal para criar infrações penais e sanções por intermédio de lei em sentido estrito, bem como a vedação a punições não previstas em lei.

Nesse ponto, Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 50) alude os vários significados atribuídos à legalidade:

[...] há três significados: a) político - garantia constitucional dos direitos humanos fundamentais; b) jurídico em sentido lato (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme art. 5º, II, CF; c) jurídico em sentido estrito ou penal (fixador do conteúdo das normas penais incriminadoras). Neste último prisma, é também conhecido como princípio da reserva legal, ou seja, os tipos penais incriminadores somente podem ser criados por lei em sentido estrito, emanada do Legislativo, de acordo com o processo previsto na Constituição Federal. Há ainda, o que se chama de reserva legal qualificada, que é a reserva de lei, dependendo das especificações feitas pela Constituição Federal. Assim, não basta editar uma lei para disciplina determinado assunto, sendo imprescindível que se respeite o âmbito estabelecido pelo constituinte [...].

Dessa maneira, o autor trouxe a legalidade como princípio que abarca pelo menos quatro situações distintas, no aspecto político, jurídico em sentido amplo e em sentido mais penalmente diferenciado e a reserva legal.

Interpretando esse princípio da legalidade ou reserva legal, no bojo do artigo 1º do Código Penal, Rogério Sanches Cunha (2015, p. 21 e 22), traz os seus principais desdobramentos:

[...]Não basta que a norma penal incriminadora tenha sido instituída por lei em sentido estrito (princípio da reserva legal), mas esta deve também ser anterior ao fato criminoso (princípio da anterioridade), escrita, estrita, certa e necessária. Daí porque a doutrina desdobra o princípio em exame em outros cinco: a) não há crime (ou contravenção penal), nem pena (ou medida de segurança) sem lei estrita (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), proibindo-se a utilização da analogia para criar tipo incriminador, fundamentar ou agravar a pena. Entretanto, a analogia *in bonam partem* é perfeitamente possível, encontrando justificativa no princípio da equidade; b) não há crime (ou contravenção penal), nem pena (ou medida de segurança) sem lei anterior (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*), proibindo-se a retroatividade maléfica; c) não há crime (ou contravenção penal), nem pena (ou medida de segurança) sem lei escrita, excluindo-se o direito consuetudinário para fundamentação ou agravamento da pena. Entretanto, tem o costume grande importância no direito penal, em especial na elucidação do conteúdo dos tipos. Por fim, sua aplicação *in bonam partem* é, por alguns doutrinadores, reconhecida como legítima (ainda que para abolir a sua eficácia social); d) não há crime (ou contravenção penal), nem pena (ou medida de segurança) sem lei certa (princípio da taxatividade ou da determinação). Este princípio é dirigido mais diretamente à pessoa do legislador, do qual se exige clareza na elaboração dos tipos penais, sem margens para dúvidas, permitindo à população em geral o pleno entendimento da norma penal. Dessa forma o cidadão adquire segurança, habilitando-se a calcular exatamente os inconvenientes de uma conduta criminosa...; e) não há crime (ou contravenção penal), nem pena (ou medida de segurança) sem lei necessária, desdobramento lógico do princípio da intervenção mínima. A soma desses princípios constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera de liberdades individuais, por isso estampada não somente no art. 5º, XXXIX da CF, mas também nos arts. 9º da Convenção Americana

de Direitos Humanos e 22 do Estatuto de Roma (que cria o Tribunal Penal Internacional) [...].

Logo, ambos os princípios, legalidade e intervenção mínima, são exigências constitucionais para um Direito Penal consentâneo com os novos valores do Estado Brasileiro, inclusive consta de instrumentos internacionais de proteção a dignidade humana.

Portanto, mesmo o Novo Código Penal não deve se afastar da legalidade, tampouco da intervenção mínima e seus desdobramentos, aliás, tem por fim realizar tais valores constitucionalmente considerados.

2.2 A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE UM NOVO DIREITO PENAL

Para o Dr. Lênio Streck (2018), o grande mérito do Projeto é buscar uma teoria do bem jurídico fundamentada e adequada à CRFB/1988.

Assim, o bem jurídico a ser protegido é aquele que a Constituição determina, ou seja, o Projeto traz punições aos crimes de colarinho branco. Trata-se de bens de proteção do Estado, punindo-se crimes fiscais, malversação de recursos públicos, corrupção e etc.

O Código Penal é um modo de defesa de um Estado Constitucional. O bem jurídico de hoje não é o mesmo da década de 1940, e sim, aquele que a CF exige (erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades e etc.).

Uma sociedade complexa como a brasileira, exige do legislador adoção de opções, considerando que o mandado constitucional de criminalização (art. 5º, XLIII, XLIV da CF/88). “Novas Constituições exigem novos códigos”. O erro dos códigos é punir os pobres (STRECK, 2018).

3 INOVAÇÕES DO NOVO CÓDIGO PENAL

Mesmo tendo sido reformado em 1987, o atual Código Penal necessita ser modificado, dado que foi feito anterior a CF/88 e este é um argumento insuperável.

Por outro lado, a existência de diversas leis esparsas, muitas vezes adotando teorias diversas, causando insegurança jurídica, é fator que requer uma espécie de unificação do Direito Penal em um único instrumento.

Sociologicamente é necessário ter novo Código Penal, já que a sociedade é outra, as aspirações são outras, o momento é outro, e os legisladores são outros.

Inicialmente vale citar alguns dados do projeto do Novo Código Penal (site do Senado Federal, 2018):

[...] PROJETO DE LEI DO SENADO nº 236, de 2012 - (NOVO CÓDIGO PENAL)

Apelido: (NOVO CÓDIGO PENAL)

Autoria: Senador José Sarney

Assunto: Jurídico - Direito penal e processual penal.

Relator atual: Antonio Anastasia Último local:15/09/2016 - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (Secretaria de Apoio à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania Último estado:15/09/2016 - MATÉRIA COM A RELATORIA

• **Explicação da Ementa:**

Institui novo Código Penal, sendo dividido em Parte Geral (art. 1º ao 120) e Parte Especial (art. 121 ao 541). Sendo a Parte Geral dividida nos seguintes Títulos: I - Aplicação da Lei Penal (art. 1º ao 13); II - Do Crime (art. 14 ao 44); III - Das Penas (art. 45 ao 70); VI - Da Individualização das Penas (art. 71 ao 94); V - Medidas de Segurança (art. 95 ao 98); VI - Ação Penal (art. 99 ao 104); VII - Barganha e Colaboração com a Justiça (art. 105 ao 106); VIII - Extinção da Punibilidade (art. 107 ao 120). A Parte Especial tem os seguintes Títulos: I - Crimes Contra a Vida (art. 121 ao 154); II - Crimes Contra o Patrimônio (art. 155 ao 171); III - Crimes contra a Propriedade Imaterial (art. 172 ao 179); IV - Crimes Contra a Dignidade Sexual (art. 180 ao 189); V - Crimes Contra a Incolumidade Pública; VI - Crimes Cibernéticos (art. 208 ao 211), VII - Crimes Contra a Saúde Pública (art. 212 ao 238); VIII – Crimes Contra a Paz Pública (art. 239 ao 258); IX - Crimes Contra a Fé Pública (art. 259 ao 270); X – Crimes Contra a Administração Pública (art. 271 ao 324); XI – Crimes Eleitorais (art. 325 ao 338); XII - Dos Crimes Contra as Finanças Públicas (art. 339 ao 347); XIII – Crimes Contra a Ordem Econômico-Financeira (art. 348 ao 387); XIV – Crimes contra Interesses Metaindividuais (art. 388 ao 451); XV – Crimes Relativos a Estrangeiros (art. 452 ao 457); XVI – Crimes Contra os Direitos Humanos (art. 458 ao 503); XVII – Crimes de Guerra (art. 504 ao 541). O Código entrará em vigor noventa dias após a data de sua publicação (art. 542). Indica, de forma específica, todas as disposições legais que serão revogadas (art. 543) [...].

Muitas são as inovações, conforme se pode observar. Vale ressaltar uma previsão da barganha e colaboração com a justiça, algo que já vem sendo defendido pelos propagadores da justiça restaurativa.

Assim, o resultado positivo é a maior ênfase a ser dada a vítima, deslocando um pouco a foto do Direito Penal que sempre foi no indivíduo.

Com a barganha e a colaboração, há uma tendência de maior resolutividade dos casos, celeridade nos procedimentos, maior satisfação dos jurisdicionados, maior eficiência do trabalho policial e diminuição da população carcerária. Esse fato de maior diminuição da população carcerária vai de encontro aos críticos do projeto pelo aumento da população carcerária.

Apesar das críticas o projeto tenta ser sofisticado, adotando institutos utilizados em outros países, inclusive com institutos semelhantes no Brasil como a transação penal já praticada na Lei 9099/95 e a colaboração premiada prevista em diversos diplomas legais como a Lei de Organização criminosa (Lei 12.850/2013) em seu artigo 4º.

Sobre a transação penal é importante mencionar o artigo 76 da Lei 9099/95:

[...] Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível [...].

A doutrina assevera que tanto a transação pena, quanto a suspensão condicional do processo, esta última prevista no artigo 89 da referida lei, constituem medidas despenalizadoras.

Quanto à colaboração premiada, vale transcrever o dispositivo da Lei de Organização Criminosa:

Da Colaboração Premiada

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

§ 3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

Portanto, enquanto a transação penal permite aliviar o sistema penitenciário com a redução do número de presos, a colaboração premiada viabiliza maior eficiência da atuação policial e do Ministério Público, benefícios utilizados no projeto do Novo Código Penal.

3.1 A ÊNFASE DA TIPICIDADE MATERIAL E O COMBATE AO DIREITO PENAL ELITISTA

O projeto do Novo Código adota expressamente o princípio da insignificância, algo que já vem sendo adotado pela doutrina e largamente utilizado pela jurisprudência pátria.

Conforme assevera Cezar Roberto Bitencourt (2015, p.60 e 61), o princípio da insignificância foi observado pela primeira vez por Claus Roxin em 1964, que voltou a repeti-lo em sua obra *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, partindo do velho adágio latino mínima *non curat praetor*.

Sobre os desdobramentos do princípio da insignificância, acrescenta o autor:

[...] A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos...Concluindo, a insignificância da ofensa afasta a tipicidade. Mas essa insignificância só pode ser valorada através da consideração global da ordem jurídica. Como afirma Zaffaroni, a insignificância só pode surgir à luz da função geral que dá sentido à ordem normativa e, conseqüentemente, a norma em particular, e que nos indica que esses pressupostos estão excluídos de seu âmbito de proibição, o que resulta impossível de se estabelecer à simples luz de sua consideração isolada [...] (BITENCOURT, 2015, p. 60 e 61).

Daí, urge a importância do projeto do novo Código Penal, notadamente por adotar o princípio da insignificância, dando maior segurança jurídicas nas decisões judiciais, e além de tudo, promovendo um Direito Penal menos elitista, o qual que visará punir as infrações mais graves.

O novo CP vai adotar os vetores da insignificância já adotados pelo Supremo Tribunal Federal e pelas demais cortes do país, conforme lições de Rogério Sanches Cunha (2014, p. 73), que traz:

[...] A aplicação do princípio da insignificância não é irrestrita. Não é suficiente que o valor do bem subtraído seja irrelevante (furtar uma caneta da marca "Bic", por exemplo). Os Tribunais Superiores estabelecem alguns requisitos necessários para que se possa alegar a insignificância da conduta. São eles: (A) a mínima ofensividade da conduta do agente, (B) a ausência de periculosidade social da ação, (C) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e, por fim (D) a inexpressividade da lesão jurídica causada [...].

É forçoso entender que dessa maneira, com a adoção expressa da insignificância, o Direito Penal tende a ser menos elitista, cuidando somente dos casos mais relevantes na sua esfera. Essa redução do caráter elitista é no sentido de o

Direito Penal não punir somente as pessoas já marginalizadas que cometem crimes de bagatela.

Também se verifica uma previsão expressa da punição à pessoa jurídica, o que já vem sendo adotado na Lei de Crimes Ambientais, o que se encontram em perfeita consonância com o anseio da Constituição Federal de 1988 em tutelar o meio ambiente, conforme se verifica:

[...] DO MEIO AMBIENTE

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (Regulamento)

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; (Regulamento) (Regulamento)

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (Regulamento)

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; (Regulamento)

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (Regulamento)

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (Regulamento)

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados [...]

Logo, o novo CP vai acabar com eventuais celeumas doutrinárias no sentido da inviabilidade de punição penal de pessoa jurídica. Essa previsão expressa da punição penal da pessoa jurídica, fato que já vem sendo adotado pelo STF, corrobora então com a segurança jurídica e caminha no sentido de diminuir o Direito Penal elitista que só pune pessoas pobres.

Esse aspecto de combater o Direito Penal elitista é coadunado pelo Rogério Sanches (2018), ao debater sobre o projeto do Novo CP, inclusive alterando o espírito da lei dos crimes hediondos e adotando o princípio da insignificância.

3.2 PROTEÇÃO AOS BENS COLETIVOS

Pode-se verificar diversos temas que tutelam direitos ou bens coletivos, diferentemente do Código Penal atual que somente traz o título de crimes contra a administração pública.

Vale citar tais dispositivos previstos para constar no novo Código Penal:

X – Crimes Contra a Administração Pública (art. 271 ao 324); XI – Crimes Eleitorais (art. 325 ao 338); XII - Dos Crimes Contra as Finanças Públicas (art. 339 ao 347); XIII – Crimes Contra a Ordem Econômico-Financeira (art. 348 ao 387); XIV – Crimes contra Interesses Metaindividuais (art. 388 ao 451); XV – Crimes Relativos a Estrangeiros (art. 452 ao 457); XVI – Crimes Contra os Direitos Humanos (art. 458 ao 503); XVII – Crimes de Guerra (art. 504 ao 541)

É interessante ressaltar que o novo CP pretende unifica os crimes, de forma a pelo menos ter a maior quantidade de tipos penais previstos no próprio código, evitando leis extravagantes, bem como inova ao trazer tipos penais que protegem bens coletivos e difusos, conforme os títulos acima, punindo com maior ênfase os chamados crimes de “colarinho branco” (cometidos por pessoas de maior poder aquisitivo).

É uma nova fase já a muito tempo exigida pela ordem internacional, bem como determinada pela Constituição Federal ao prevê a proteção dos direitos humanos, os direitos dos consumidores e o meio ambiente, para citar como exemplo.

Portanto ao invés do Direito Penal ficar garimpando delitos e punindo por varejo, é mais eficiente eficaz tutela que visa toda a sociedade.

4 CRÍTICAS AO NOVO CÓDIGO PENAL

Inicialmente vale destacar que o Professor Juarez Cirino dos Santos (2018), em discurso na Comissão no Senado Federal que visa analisar o projeto de reforma do Código Penal faz duras críticas, enfatizando que não há necessidade de tal reforma, uma vez que, na opinião do grande autor, a Parte Geral do CP é moderna e atualizada. Ele exemplifica no fato que o Código Alemão é de 1876, sendo modernizado de forma setorial.

O pensamento do referido autor pode ser analisado em conjunto com o contexto de reforma da Parte Geral do atual Código Penal em 1984, conforme seguinte trecho da Exposição de motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, Lei n. 7.209, de 11-7-1984:

[...] Datam de mais de vinte anos as tentativas de elaboração do novo Código Penal. Por incumbência do Governo Federal, já em 1963 o Professor Nélon Hungria apresentava o anteprojeto de sua autoria, ligando-se, pela segunda vez, à reforma de nossa legislação penal. 2. Submetido ao ciclo de conferência e debates do Instituto Latino-Americano de Criminologia, realizado em São Paulo, e a estudos promovidos pela Ordem dos Advogados do Brasil e Faculdades de Direito, foi objeto de numerosas propostas de alteração, distinguindo-se o debate pela amplitude das contribuições oferecidas. Um ano depois, designou o então Ministro Milton Campos a comissão revisora do anteprojeto, composta dos Professores Nélon Hungria, Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso. A comissão incorporou ao texto numerosas sugestões, reelaborando-o em sua quase inteireza, mas a conclusão não chegou a ser divulgada. A reforma foi retomada pelo Ministro Luiz Antônio da Gama e Silva, que em face do longo e eficiente trabalho de elaboração já realizado submeteu o anteprojeto a revisão final, por comissão composta dos Professores Benjamin Moraes Filho, Heleno Cláudio Fragoso e Ivo D' Aquino. Nessa última revisão punha-se em relevo a necessidade de compatibilizar o anteprojeto do Código Penal com o do Código Penal Militar, também em elaboração...6. Essa, em síntese, a razão pela qual instituí, no Ministério da Justiça, comissões de juristas incumbidas de estudar a legislação penal e de conceber as reformas necessárias. Do longo e dedicado trabalho dos componentes dessas comissões resultaram três anteprojetos: o da Parte Geral do Código Penal, o do Código de Processo Penal e o da Lei de Execução Penal. Foram todos amplamente divulgados e debatidos em simpósios e congressos. Para analisar as críticas e sugestões oferecidas por especialistas e instituições, constituí as comissões revisoras, que reexaminaram os referidos anteprojetos e neles introduziram as alterações julgadas convenientes. Desse abrangente e patriótico trabalho participaram, na fase de elaboração, os Professores Francisco de Assis Toledo, Presidente da Comissão, Francisco de Assis Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Júnior, Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci e René Ariel Dotti; na segunda fase, destinada à revisão dos textos e incorporação do material resultante dos debates, os Professores Francisco de Assis Toledo, Coordenador da Comissão, Dínio de Santis Garcia, Jair Leonardo Lopes e Miguel Reale Júnior [...]. (Trecho da Exposição de motivos da nova Parte Geral do CP, 1984).

Dessa forma, tem razão o Doutor Juarez Cirino dos Santos, pois embora o Código Penal é data da década de 1940, foi muito bem reformado na Parte Geral em 1984, contando com revisões e comissões formadas pelos melhores penalistas da época, talvez, dentre os quais o maior penalista brasileiro de todos os tempos o Nelson Hungria, além do grande Francisco de Assis Toledo.

Já com relação a parte especial, para Juarez Cirino dos Santos (2018), nesse ponto sim, de acordo com o autor, há necessidade de mudanças, sobretudo para abarcar toda legislação criminal esparsa. Dessa maneira, urge a reforma, adotando-se o princípio da codificação.

Boa parte da doutrina concorda com o professor Juarez, já que, são diversas leis penais que causam, em muitos casos uma insegurança jurídica, assim, reuni-las num código só, ajudaria a resolver essa inflação legislativa no que tange a parte especial.

Por outro lado, o que deveria ser alterado é modelo brasileiro de se fazer leis penais, ferindo o princípio da intervenção mínima, pois ao contrário do que manda a principiologia, o Direito Penal tem sido utilizado na tentativa de implementação de políticas sociais, muitas vezes, lançado mão em primeiro momento para tentar resolver problemas sociais cuja responsabilidade seria de outras agências como a igreja, a escola, a família, e os outros ramos do Direito.

Tem aqui, o que a doutrina chama de direito penal de emergência, direito penal simbólico e direito penal promocional, conforme alude Rogério Sanches Cunha (2014, p. 39 e 40):

[...] Movido pela sensação de insegurança presente na sociedade, o Direito Penal de Emergência, atendendo demandas de criminalização, cria normas de repressão, afastando-se, não rara vezes, de seu importante caráter subsidiário e fragmentário, assumindo feição nitidamente punitivista, ignorando as garantias do cidadão. Esquecendo a real missão do Direito Penal, o legislador atua pensando (quase que apenas) na opinião pública, querendo, com novos tipos penais e/ou aumento de penas e restrições de garantias, devolver para a sociedade a (ilusória) sensação de tranquilidade. Permite a edição de leis que cumprem função meramente representativa, afastando-se das finalidades legítimas da pena, campo fértil para um Direito Penal Simbólico. Para muitos, a Lei nº 8.072/90 (crimes hediondos) é expressão desse Direito. Criticado pela doutrina, o Direito Penal Promocional (político ou demagogo) surge quando o Estado, visando concretizar seus objetivos políticos, emprega as leis penais como instrumento, promovendo seus interesses, estratégia que se afasta do mandamento da intervenção mínima, podendo (e devendo) valer-se, para tanto, dos outros ramos do Direito. É equivocada a utilização do Direito Penal como ferramenta de transformação social. Até 2009, a mendicância era infração penal [...].

Logo nada adiantaria reunir os crimes que atualmente estão em leis esparsas na parte especial do novo Código Penal, caso o sistema legislativo continue a utilizar o Direito Penal para realizar transformação social ou agir a cada reclame da sociedade, continuaria a banalização do aparelho repressor estatal.

Não obstante, o Professor Miguel Reale Junior (2018), cita o Prof da Universidade de Munique, Luis Greco, colocando-o como um dos principais seguidores de Claus Roxin e afirma que Luis Greco ao estudar o projeto do Novo Código Penal declarou que tal projeto é uma mescla de desconhecimento jurídico e linguístico, desatenção, falta de estudo e exibicionismo.

Miguel Reale Junior (2018), ressalta ainda que são inconstitucionais os artigos 105 e 106 do Projeto, pois a “barganha”, conforme adotada nos EUA, faz com que muitos inocente se declarem culpados somente para obter algum benefício e não sofrer um dano maior, já que, ao assumirem a culpa, o juiz vai aplicar a pena mínima. Bem como, o Ministério Público, oferece a barganha, quando não se tem a convicção do crime.

Com relação à delação premiada do artigo 106, faz duras críticas, pois, conforme inclusive já existe na legislação, permite que o indivíduo pratique crimes e quando se vê num barco a deriva, passa para o outro lado.

Outras críticas do Professor Miguel Reale Junior (2018):

- a) Quanto a eutanásia, prevista no art. 122, estabelece que pode haver perdão judicial para o parente que mata, independentemente do diagnóstico médico.
- b) No estado de necessidade: o projeto retira o núcleo do instituto ao não exigir a inevitabilidade de outro meio.
- c) No que tange ao concurso de pessoas, adota o domínio final, criminalizando como partícipe aquele que participa do crime ao não agir como deveria para evitar o resultado.
- d) Por fim, o Projeto traz punição severa para aquele que patrocinar, financiar e assistir confronto de animais com pena mínima de 2 anos, e caso o animal fique mutilado, aumenta-se da metade, e na hipótese de morte do animal, a pena mínima passa a ser de 4 anos. Além disso, o Projeto ressuscita o crime de molestar cetáceos (baleias, golfinhos), no art 399, com pena mínima de 2 anos, se morre, essa pena vai pra 4 anos.

4.1 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A TAXATIVIDADE

Nesse ponto, para o Professor Juarez Cirino dos Santos (2018), ainda sobre a Parte Especial, o autor argumenta que os autores do projeto estão perdendo a

oportunidade de descriminalizar diversas condutas, pois temos muitos crimes e penas excessivas. Para ele, a excessiva penalização já se mostrou incapaz de solucionar os problemas. O autor exemplifica que o Brasil quintuplicou a população carcerária em 20 anos, enquanto nos EUA, país de maior população de presos do mundo, demorou 30 anos para quintuplicar esses presos.

Por sua vez, o Professo Miguel Reale Junior (2018), faz críticas a falta de proporcionalidade, exemplificando que, na parte especial, o crime de furto qualificado teria pena semelhante a pena da lavagem de dinheiro.

No artigo 167 do Projeto, ao adotar a corrupção no setor privado, o legislador somente pune o agente como representante da empresa, limitando o alcance a diretores, faxineiros e etc.

Quanto aos crimes contra a honra, há exagero da pena mínima de 2 anos.

Também verifica falta de proporcionalidade, pois o Projeto reza que a pena mínima da omissão de socorro de criança a pena mínima é de 1 mês, mas se for de animais será de 1 anos, ou seja 12 vezes maior a proteção para animais do que para a pessoa humana.

No que tange o princípio da proporcionalidade a doutrina extraí duas faces: a proibição do excesso (*ubermassverbot*) e a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) (GRECO, 2016, p.127).

Sobre esses lados da proporcionalidade, Rogério Greco (2016, p. 127 e 128), acrescenta que:

[...] Por meio do raciocínio da proibição do excesso, dirigido tanto ao legislador quanto ao julgador, procura-se proteger o direito de liberdade dos cidadãos, evitando a punição desnecessária de comportamentos que não possuem a relevância exigida pelo Direito Penal, ou mesmo comportamentos que são penalmente relevantes, mas que foram excessivamente valorados, fazendo com que o legislador cominasse, em abstrato, pena desproporcional à conduta praticada, lesiva a determinado bem jurídico (...) A outra vertente do princípio da proporcionalidade diz respeito à proibição de proteção deficiente. Quer isso dizer que, se por um lado, não se admite o excesso, por outro, não se admite que um direito fundamental seja deficientemente protegido, seja mediante a eliminação de figuras típicas, seja pela cominação de penas que ficam aquém da importância exigida pelo bem que se quer proteger, seja pela aplicação de institutos que beneficiam indevidamente o agente etc. (GRECO, 2016, p. 128).

4.2 EXAGEROS NA OPÇÃO POR CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Para o Professor Miguel Rele Junior (2018), há exagerada opção do legislador pelos crimes de perigo abstrato, nos quais há uma presunção legal do perigo,

conforme se verifica no artigo 14 e demais dispositivos. Critica a adoção no p. único do art.14 a adoção da teoria da imputação objetiva, importação que acha errada, assim como sua aplicação, pois ao invés de se falar em risco proibido, o Projeto fala em “risco tipicamente relevante”. Logo, o risco é típico ou não é típico. Esse risco tipicamente relevante é difícil de ser medido no caso concreto.

Também faz menção à visão isolada de Roxin adotada com o termo “dentro do alcance do tipo”. Conforme disse Beccari, a lei deve ser clara e precisa. (Princípio da Taxatividade).

Quanto aos crimes de perigo abstrato, a legislação atual, a doutrina e a jurisprudência já consagram inúmeras hipóteses.

Rogério Greco (2016, p. 22 e 23), além de explicar o conceito de crime de perigo abstrato, dá exemplo de sua aplicação na legislação atual:

[...] Os crimes de perigo subdividem-se em: crimes de perigo abstrato e crimes de perigo concreto. Diz-se abstrato o perigo quando o tipo penal incriminador entende como suficiente, para fins de caracterização do perigo, a prática do comportamento – comissivo ou omissivo – por ele previsto. Assim, os crimes de perigo abstrato são reconhecidos como de perigo presumido. A visão, para a conclusão da situação de perigo criada pela prática do comportamento típico, é realizada ex ante, independentemente da comprovação, no caso concreto, de que a conduta do agente tenha produzido, efetivamente ou não, a situação de perigo que o tipo procura evitar. A doutrina aponta como exemplo dessa infração penal o crime de omissão de socorro, previsto pelo art. 135 do Código Penal, raciocínio com o qual não compartilhamos. Para a doutrina majoritária, o simples fato de deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo, sem risco pessoal, nas situações por ele elencadas, já configuraria no delito de omissão de socorro [...].

Tais crimes de perigo abstrato, ainda que guardem severas críticas dos setores mais conservadores da doutrina penalista têm sido muito utilizados na estratégia do legislador e aceitos na jurisprudência dos tribunais superiores.

4.3 CRÍTICA AO CONCEITO DE DOLO

O Professor Juarez Cirino dos Santos (2018) cita que o conceito expresso no parágrafo único do artigo 14 do novo CP: “alcance do tipo”, trata-se de um posicionamento isolado adotado por Claus Roxin, o qual é impossível de se explicar, dado tamanho do indeterminismo”.

Realmente o Direito Penal deve se pautar, dentre outros princípios pela certeza, determinação, taxatividade, valores intimamente ligados à legalidade.

A vedação das incriminações vagas e indeterminadas é uma função que decorre do princípio da legalidade, conforme observa Rogério Greco (2016, p.146 e 147):

[...] O princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais: 1ª) proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*); 2ª) proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*); 3ª) proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*); 4ª) proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*)... O princípio da reserva legal não impõe somente a existência de lei anterior ao fato cometido pelo agente, definindo as infrações penais. Obriga, ainda, que no preceito primário do tipo penal incriminador haja uma definição precisa da conduta proibida ou imposta, sendo vedada, portanto, com base em tal princípio, a criação de tipos que contenham conceitos vagos ou imprecisos. A lei deve ser, por isso, taxativa [...].

Logo, além de ser uma quarta função da legalidade, é decorrência lógica da reserva legal a determinação ou certeza da norma incriminadora, de modo que o Professor Juarez Cirino dos Santos, ao criticar a expressão “alcance do tipo”, conforme previsão do artigo 14 do futuro novo Código Penal tem toda razão na impropriedade do termo, afrontando os valores inerentes a legalidade, a reserva legal e a taxatividade.

Por fim, vale expor a crítica feita pelo autor ao conceito de dolo, adotando duas teorias antagônicas: consentimento e indiferença.

Para demonstrar o sentido do pensamento da crítica, vale as lições de Cezar Roberto Bitencourt (2015, p.357), o qual começa explicando o que seria a teoria do consentimento ou da vontade:

[...] Para essa teoria, tido como clássica, dolo é a vontade dirigida ao resultado. Para Carrara, seu mais ilustre defensor, o dolo “consiste na intenção mais ou menos perfeita de praticar um ato que se conhece contrário a lei”. A essência do dolo deve estar na vontade, não de violar a lei, mas de realizar a ação e obter o resultado. Essa teoria não nega a existência da representação (consciência) do fato, que é indispensável, mas destaca, sobretudo, a importância da vontade de causar o resultado. Na verdade, vontade e consciência (representação) são, numa linguagem figurada, uma espécie de irmãs siamesas, uma não vive sem a outra, pois a previsão sem vontade é algo completamente inexpressivo, indiferente ao Direito Penal, e a vontade sem representação, isto é, sem previsão, é absolutamente impossível, eis que vazia de conteúdo [...].

O autor prossegue destacando à vontade, inclusive diferenciando o dolo eventual da culpa consciente:

[...] A vontade, para essa teoria, como critério aferidor do dolo eventual, pode ser traduzida na posição do autor de assumir o risco de produzir o resultado representado como possível, na medida em que “assumir” equivale a consentir, que nada mais é que uma forma de querer. O consentimento do autor na produção do resultado seria, ademais, o fator decisivo para diferenciar o dolo eventual da culpa consciente, pois, nesta, apesar do conhecimento da perigosidade da conduta e da probabilidade de produção do resultado típico, o autor da conduta atua porque considera seriamente que o resultado não chegará a produzir-se [...] (BITENCOURT, 2015, p.357).

Esse tem sido o entendimento dos Tribunais Superiores, inclusive do STF.

A seguir o autor explica os desdobramentos da teoria da representação que traz a indiferença, conforme mencionou o Professor Juarez Cirino dos Santos:

[...] embora a teoria da vontade seja a mais adequada para extremar os limites entre dolo e culpa, mostra-se insuficiente, especialmente naquelas circunstâncias em que o autor demonstra somente uma atitude de indiferença ou de desprezo para com a ordem jurídica. Segundo a teoria da representação, cujos principais defensores, em sua fase inicial, foram Von Listz e Frank, para a existência do dolo é suficiente a representação subjetiva ou a previsão do resultado como certo ou provável. Essa é uma teoria hoje completamente desacreditada, e até mesmo seus grandes defensores, Von Listz e Frank, acabaram, enfim, reconhecendo que somente a representação do resultado era insuficiente para exaurir a noção de dolo, sendo necessário um momento de mais intensa ou íntima relação psíquica entre o agente e o resultado, que, inegavelmente, identifica-se na vontade. Na definição de dolo eventual, Von Listz e Frank, enfim, acabaram aderindo à teoria da vontade, ao admitirem a insuficiência da simples representação do resultado, exigindo, nesse caso, o consentimento do agente. E consentir, como já afirmamos, nada mais é do que uma forma de querer. Na verdade, a simples representação da probabilidade de ofensa a um bem jurídico não é suficiente para demonstrar que o agente tenha assumido o risco de produzir determinado resultado, uma vez que, embora sua produção seja provável, poderá o agente, apostando em sua sorte ou na sua habilidade, acreditar seriamente que o resultado não acontecerá, o que, como se sabe, caracterizaria a culpa consciente [...] (BITENCOURT, 2015, p. 357 e 358).

Pode-se então inferir que nenhuma das teorias explicadas, tanto da vontade, quanto da representação são suficientemente completas para explicar todos os fenômenos envolvendo o dolo, talvez daí o legislador do projeto do novo Código Penal tenha tentado unificar as teorias, adotando uma espécie de teoria mista, notadamente para abranger a maior quantidade de hipóteses.

Daí, para concluir, Cezar Roberto Bitencourt (2015, p. 358) diz qual caminho seguiu o atual Código Penal com a reforma efetuada em 1984:

[...] Pode-se afirmar que o legislador penal brasileiro manifestou sua adesão expressa à teoria da vontade ou do consentimento, na medida em que o art.

18 do nosso Código Penal destaca que se diz doloso o crime “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Contudo, no nosso entendimento, essa orientação acerca do dolo somente é admissível quando o conteúdo da vontade (enquanto querer ou assumir a produção do resultado) estiver vinculado ao conhecimento atual dos elementos objetivos do tipo (consciência ou representação) [...].

Vale mencionar outras críticas importantes do Professor Juarez Cirino dos Santos (2018):

- Com relação à Teoria do Crime, inicialmente o autor disse que não há necessidade de modificação da Parte Geral do Código Penal Atual, pois não se deve alterar aquilo que não traz prejuízos.
- Quanto ao princípio da insignificância, o Projeto o coloca como causa de exclusão do fato criminoso, quando a maioria da doutrina o entende como causa que exclui a tipicidade. E isso importa, pois no Projeto vamos ter que processar o indivíduo para demonstrar a insignificância.
- Também critica o fato de se exigir 3 requisitos para aplicação do princípio da insignificância, os quais derivam de acordo do Min. Celso de Mello que traz lesividade e ofensividade como termos diversos.

4.4 O FIM DO LIVRAMENTO CONDICIONAL E O PREJUÍZO À RESSOCIALIZAÇÃO

Um dos pontos mais debatidos e criticados sobre o Novo Código Penal, caso seja aprovado como se encontra no projeto é a extinção do instituto do livramento condicional.

De acordo com o Professor Juarez Cirino dos Santos (2018), um dos maiores penalistas do Brasil na atualidade, tal reforma, nesse ponto do fim do livramento condicional trata-se de mudança radical, dado que em todo mundo se adota, tanto o livramento condicional, quanto a suspensão da execução da pena.

Somada a essa crítica, o Professor Miguel Real Junior (2018) vai além, pois segundo o seu entendimento, essa mudança provocará um processo de prisionização, pois já existe um rigor na progressão de regime, além do que, a no Novo Código Penal, nesses moldes retirará do preso a esperança de melhorar a situação.

Por outro lado, Juarez Cirino dos Santos ainda faz duras críticas a excessiva valorização da reincidência, argumento que apenas do Supremo Tribunal Federal utilizar o referido instituto como baliza da individualização da pena, outros setores da doutrina como o jurista Eugênio Raul Zaffaroni defendem que a reincidência ofenderia a Constituição.

Sobre a reincidência, interpretando o Código Penal Brasileiro em vigor e a Lei de Contravenções Penais, Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 458), em seu Manual de Direito Penal, assevera o seguinte conceito:

[...] É o cometimento de uma infração penal após já ter sido o agente condenado definitivamente, no Brasil ou no exterior, por crime anterior (art. 63, CP). Admite-se, ainda, porque previsto expressamente na Lei das Contravenções Penais (art. 7º), o cometimento de contravenção penal após ter sido o autor anteriormente condenado com trânsito em julgado por contravenção penal. Portanto, admite-se, para efeito de reincidência, o seguinte quadro: a) crime (antes) – crime (depois); b) crime (antes) – contravenção penal (depois); c) contravenção (antes) – contravenção penal (depois). Não se admite: contravenção (antes) – crime (depois), por falta de previsão legal [...].

Assim, como uma condenação anterior transitada em julgado é levada em consideração para quantificação da pena na dosimetria da pena em outra sentença, discute-se se há violação do *ne bis in idem*.

Nucci (2016, p. 458), observa que um primeiro pensamento muito simplista vai dizer que ninguém deve ser punido duas vezes pelo mesmo fato, ou seja, se uma pessoa subtrai um bem, não poderá sofrer duas ou mais condenações pelo furto, e então após cumprir a pena não se poderia sofrer qualquer consequência da condenação anterior, o que implicaria afirmar que a reincidência seria uma forma de punir a pessoa duas vezes pelo mesmo fato, ainda que indiretamente.

Mas para Nucci (2016, p. 458), o sistema de fixação da pena leva em consideração não só o *ne bis in idem*, como os demais princípios, sobretudo a individualização da pena, conforme reza o artigo 5º, XLVI, da Carta Política, bem como está em consonância com o regramento penal.

Dessa maneira, Guilherme Nucci (2016, p. 459), conclui pela possibilidade de utilização da reincidência em perfeita consonância com a Constituição Federal de 1988 e o Código Penal Brasileiro, inclusive, seguindo a linha de pensamento do Supremo Tribunal Federal:

[...] Ademais, se a reincidência fosse considerada inaplicável, como agravante, o que se diria de todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal ?. Se alguém pode sofrer penalidade mais grave simplesmente por apresentar personalidade perversa, é mais que natural deva o reincidente experimentar sanção mais elevada. Nessa ótica encontra-se a jurisprudência majoritária. O Supremo Tribunal Federal, debatendo esta questão, concluiu ser constitucional a aplicação da agravante da reincidência, não se considerando *bis in idem*, mas apenas para da individualização da pena (RE 453.000-RS, rel. Marco Aurélio, 04.04.2013, v.u.) [...].

Daí a reincidência não seria uma violação da sistemática jurídica constitucional e sim uma realização da individualização da pena que deve reger a atuação do legislativo e do judiciário.

O Senado Federal recebeu diversas sugestões de mudanças no projeto do Novo Código Penal.

Inicialmente, os críticos atacam o sistema adotado no Código a ser aprovado, dado que, segundo eles, causará um aumento na população carcerária, senão vejamos:

[...] Especialistas em Direito apresentaram nesta segunda-feira (6) sugestões de mudanças ao projeto de lei do Senado (PLS) 236/2012, que reforma o Código Penal. Representantes de entidades de policiais, promotores, advogados, defensores públicos e juízes participaram de audiência pública da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ). O relator da proposta é o senador Antonio Anastasia (PSDB-MG).

O representante da Associação Nacional dos Defensores Públicos, Emanuel Queiroz Rangel, criticou medidas que, segundo ele, estimulam o encarceramento. Ele citou, por exemplo, o endurecimento de penas, a dificuldade para progressão de regime, a abolição do livramento condicional e a possibilidade de conversão de multa em prisão.

População carcerária

Para Rangel, o Brasil atravessa “uma epidemia de supere encarceramento”. O defensor público apresentou dados do estado do Rio de Janeiro, onde a população carcerária aumentou de 24 mil pessoas em 2003 para 51 mil em 2016.

— Será que isso refletiu uma melhora da segurança pública para a população fluminense? Não acreditamos que um projeto que amplia o leque do Direito Penal vá dar o resultado que se espera. O resultado vai ser o agravamento do que já se encontra. A gente precisa tentar romper essa lógica do encarceramento como método — argumentou [...] (site do Senado Federal, 2017).

Evidentemente, *prima facie*, com o fim do livramento condicional e o maior rigor nas penas, fatalmente, pelo menos no início, haverá um aumento da população carcerária, mas sem estudos fica difícil afirmar com certeza.

A culpa por uma população carcerária elevada não é somente do modelo penal, mas também da falta de políticas públicas, do cumprimento das leis e na demora das soluções processuais no âmbito da lentidão do Poder Judiciário.

Mas há quem defenda o Código Penal, exatamente mencionando a falta de políticas públicas e ressaltando o papel do Direito Penal, dado o seu caráter subsidiário:

[...] Criminalidade

O presidente da Associação Nacional dos Delegados da Polícia Federal, Carlos Eduardo Sobral, rebateu. Ele disse que o Código Penal “é um

instrumento de promoção da segurança pública” e que “há um clamor grande da sociedade para enfrentar a criminalidade”.

Sobral reconheceu que políticas públicas podem reduzir os índices de violência. Mas, segundo ele, os resultados dessas medidas podem demorar até 20 anos para aparecer.

— Onde há o Estado, o índice de criminalidade diminui. Mas o que fazer até o pleno funcionamento de boas políticas públicas de segurança, saúde e educação? Se chegarmos à conclusão de que temos criminosos que devem estar presos para proteger a sociedade, a solução não é o desencarceramento. A solução é construir e manter bons presídios, e não soltar — afirmou.

Homicidas soltos

O presidente da Associação dos Juizes Federais, Roberto Carvalho Veloso, salientou que o Brasil tem mais de 60 mil mortes violentas por ano. São casos de homicídios, latrocínios e lesões corporais seguidas de morte. Mas, segundo ele, apenas 8% desses crimes são levados a julgamento. Veloso defendeu a inclusão de medidas no Código Penal para desafogar as varas criminais em casos de baixo potencial ofensivo.

— Existem 5 mil processos judiciais para apurar pequenos delitos, pequenas falhas. O Estado deve se preocupar com os grandes crimes, os crimes graves. Os crimes leves precisam ser resolvidos de outra maneira — disse.

Uma das medidas sugeridas durante a audiência pública foi o *plea bargain*, uma espécie de acordo entre a acusação e o réu. De acordo com esse instrumento, o acusado se declara culpado em troca da redução da pena.

O representante do Conselho Nacional do Ministério Público, Victor Hugo de Azevedo Neto, defendeu a inclusão da medida no novo Código Penal. Ele recomendou, no entanto, que o *plea bargain* não seja adotado em julgamentos dos crimes contra a vida: homicídio, induzimento ao suicídio, infanticídio e aborto.

— É absolutamente impensável que um sistema de justiça criminal possa funcionar se tiver que investigar através de um inquérito do século passado e processar obrigatoriamente todos os fatos delituosos ocorridos no solo brasileiro. É absolutamente impossível. As partes poderão celebrar acordo para aplicação imediata de penas antes da audiência de instrução e julgamento — disse [...] (site do Senado Federal, 2017).

Realmente o Direito Penal só deve se ocupar dos casos mais graves, havendo necessidade de maior difusão da justiça restaurativa, o que diminuiria a população carcerária e solucionaria com maior rapidez e eficácia os crimes menos complexos.

Por fim, a Ordem dos Advogados do Brasil faz duras críticas ao Novo Código Penal, naquilo que chama de histeria punitiva, beirando uma ditadura:

[...] 'Histeria punitiva'

O representante da Ordem dos Advogados do Brasil, Raimundo Antonio Palmeira de Araújo, disse que o Brasil experimenta uma “histeria punitiva”. Ele criticou a possibilidade de inclusão no novo Código Penal da teoria do domínio do fato. De acordo com esse princípio, uma pessoa que tenha autoridade sobre outra que pratica um crime também poderia ser responsabilizada pelo mesmo delito.

— Vou ter muito cuidado com o que vou dizer, mas eu me preocupo muito no Brasil com a interpretação aberta demais das leis para que a ditadura não tenha trocado de roupa: tirado a farda e vestido outras vestes. Quando nós trazemos teorias abertas estamos trazendo também um sistema penal ditatorial muito forte, em que o indivíduo fica muito fragilizado — afirmou [...] (site do Senado Federal, 2017).

Em parte, a OAB tem razão no sentido de alertar para os exageros, postura que deve ter o legislador no sentido de observar a política criminal adotada no contexto da Constituição Federal, sobretudo à luz da dignidade humana e da proporcionalidade.

No sítio do Instituto Plínio Corrêa de Oliveira, o autor Gregório Vivanco Lopes (2018, p.1), expõe diversas críticas e observações ao projeto do novo Código Penal, inicialmente, fazendo diversos apontamentos no sentido de que o Brasil se encontra angustiado com as mudanças:

Projeto de Código Penal Angustia o País

As ameaças do Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) ressurgem com força coercitiva no anteprojeto de Código Penal, agora transformado em projeto que tramita no Senado. Estatização avançada, aborto largamente difundido, privilégios para os LGBT, drogas liberadas para cultivo e consumo próprios, enquanto os motoristas não podem tomar álcool; eutanásia favorecida, *bullying* penalizado, ampliação descabida dos crimes hediondos, indefinição do que possa ser “condição análoga à de escravo”, liberação total do lenocínio e do rufianismo, favorecimento do terrorismo praticado por movimentos ditos “sociais”, exaltação absurda dos animais. São estes alguns itens do ameaçador projeto, que será aprovado se não houver uma mobilização à altura da população.

O autor, ao final convoca as pessoas a uma mobilização nacional com o objetivo de discutir e se possível barrar a tramitação do projeto (LOPES, 2018, p.01).

Outro ponto criticado pela doutrina é a eutanásia, pois se argumenta que o novo código vai promover a descriminalização na prática de tal ação (LOPES, 2018, p. 02):

[...] Eutanásia: na lei, criminalizada; na prática, liberada

À eutanásia é cominada a pena de 2 a 4 anos.

Porém, ao julgar o crime de eutanásia, o juiz, avaliando “a *relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima*”, poderá não aplicar a pena. Na prática, se quem matou é parente da vítima, ou simples amigo, pode ficar isento de qualquer punição. A rigor, o parentesco ou a amizade deveria ser agravante, e não uma forma de descartar definitivamente o doente do convívio humano.

Nas condições previstas no projeto, quem quiser apressar o recebimento de uma herança, ou livrar-se de um parente incômodo, é só “eutanasiá-lo” e pronto.

Mas há mais. A liberdade total para o réu de eutanásia pode ser ainda mais generalizada, pois o juiz, limitando-se a avaliar “as *circunstâncias do caso*”, poderá não aplicar a pena. Na prática, fica ao arbítrio do juiz a aplicação ou não da pena. Basta que ele julgue, por quaisquer razões, que “as *circunstâncias do caso*” justificam a morte da vítima, e estão todos os réus livres. A vítima já foi para a eternidade e não vai voltar para reclamar. A não ser, é claro, no juízo infalível de Deus [...].

No atual ordenamento pátrio, à luz do CP, a eutanásia é tida como causa especial de diminuição da pena. Trata-se de uma das hipóteses do homicídio denominado de homicídio privilegiado que está previsto no artigo 121, § 1º, do atual Código Penal, dando direito a uma redução da pena variável entre um sexto e um terço (CAPEZ, 2014, p. 52).

De acordo com Fernando Capez (2014, p. 55), a eutanásia levada a prática, traduz o chamado homicídio piedoso:

[...] Significa boa morte. É o antônimo de distanásia. Consiste em pôr fim à vida de alguém, cuja recuperação é de difícil prognóstico, mediante o seu consentimento expresso ou presumido, com a finalidade de abreviar-lhe o sofrimento. Troca-se, a pedido do ofendido, um doloroso prolongamento de sua existência por uma cessão imediata da vida, encurtando sua aflição física. Pode ser praticada mediante um comportamento comissivo (eutanásia ativa) ou omissivo (forma passiva). No primeiro caso, por exemplo, o médico aplica uma injeção letal no paciente a seu pedido, por não suportar mais vê-lo sofrendo. O autor age, interfere positivamente no curso causal; já na segunda hipótese é a do paciente com câncer em estágio terminal, já inconsciente, o qual é transferido da UTI para o quarto do hospital ou para sua casa, mediante autorização expressa de sua família, presumida a sua aquiescência. Ninguém provoca a sua morte, mas a cadeia de causalidade prossegue, sem que seja interrompida pelo médico ou por terceiros. Geralmente, é o que ocorre na prática – há uma consulta à família, no sentido de manter os tubos e aparelhos ligados à pessoa, e com isso aprofundar sua degradação física ou paralisar o tratamento e aguardar o desfecho da natureza. Em nossa legislação, ambas as modalidades configuram homicídio privilegiado (CP, art. 121, § 1º - relevante valor moral), sendo a modalidade omissiva um crime omissivo impróprio, por quebra do dever legal (CP, art. 13, § 2º, a). É possível sustentar a atipicidade na eutanásia omissiva, sob o argumento de que, em situações extremas, não há bem jurídico a ser tutelado, já que a vida só existe do ponto de vista legal, mas em nada se assemelha aos padrões mínimos de uma existência digna, dado que a pessoa está apenas vegetando. Entretanto, é orientação pacífica na doutrina e jurisprudência que em ambos os casos ocorre homicídio privilegiado [...].

Então a persistir a redação do projeto, a eutanásia pode até ser descriminalizada, o que, por um lado atenta contra o direito à vida, mas por outro, pode efetivar a dignidade humana, ressaltar o caráter subsidiário do Direito Penal, sendo certo que constitui uma medida de política criminal.

A propósito, sobre política criminal sempre é oportuna a lição de Rogério Sanches Cunha (2014, p.36), que assevera que tal instituto tem finalidade de trabalhar as estratégias e meios de controle social da criminalidade (caráter teleológico). É característica da política criminal a posição de vanguarda em relação ao direito vigente, isto é, enquanto ciência de fins e meios, sugere e orienta reformas à legislação positivada.

Outro ponto criticado é a descriminalização do aborto ação, conforme argumenta parcela da doutrina que sustenta ser uma medida que militar contra o direito à vida (LOPES, 2018, p. 02):

[...] Liberação assustadora do aborto

Um dos pontos mais graves do PL-CP diz respeito a uma deplorável liberalização do aborto, abrindo caminho para que a matança dos inocentes no seio materno venha a ser inteiramente livre.

Convém lembrar que, pela legislação em vigor, o aborto é sempre crime. Não há exceção. Porém, em dois casos muito determinados, apesar de continuar a ser crime, a lei — infelizmente já concessiva — permite que não seja aplicada a pena: a) “*se não há outro meio de salvar a vida da gestante*”; b) “*se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal*”. Nos dois casos, é necessário que seja praticado por médico.

O novo projeto vai muito além e abre as comportas de modo assustador.

Convém aqui recordar a deprimente audiência pública sobre a reforma do Código Penal, realizada em 24 de fevereiro último na sede do Tribunal de Justiça de São Paulo.

O auditório foi praticamente tomado de assalto por feministas favoráveis à descriminalização do aborto, que inclusive cantavam ali uma modinha previamente ensaiada defendendo-o, e vaiando os oradores que não concordavam com elas. Ninguém soube explicar como elas ali se reuniram em grande número para exercer sua costumeira pressão, pouco condizente com o sentir da maioria dos brasileiros. Não só falaram acaloradamente em prol da descriminalização do aborto, como algumas chegaram a defender a não-penalização do infanticídio e aplaudiram com força os pronunciamentos de ativistas do *lobby* pró-homossexualismo. Não deixa de ser sintomática essa ligação aborto-infanticídio-homossexualismo.

Numa tentativa de tornar mais palatável sua posição em favor da liberação total do aborto, algumas dessas ativistas chegaram a apresentar-se como “católicas”, prova de que o argumento religioso contrário ao aborto é o que mais incomoda os abortistas, por ir ao fundo da questão e ser naturalmente muito eficaz.

Voltando ao texto do PL-CP, ele libera completamente o aborto, se praticado por vontade da gestante até a décima segunda semana da gestação, com a simples condição de que um médico ou psicólogo constate “*que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade*”.

Se o assunto não fosse extremamente grave, pois estão ameaçadas as vidas de milhões de inocentes, a condição seria risível. Será muito fácil à mãe abortista obter essa declaração. Pois é claro que as clínicas abortistas vão manter quantos psicólogos ou médicos se queiram para atestar que a mãe não tem “*condições psicológicas*” para arcar com a maternidade e, portanto, pode providenciar a morte de seu filho.

“*Sou totalmente contra interromper uma gravidez por essas razões. Se ela não tem condições sociais para ter um filho, ela tem é de se cuidar*”, afirmou o senador Mozarildo Cavalcanti (PTB-RR), que é médico obstetra.

No campo jurídico-filosófico-moral a norma é ainda mais grave, pois não se trata aqui de comutar a pena, mas sim de declarar formalmente que não há crime.

Se há mães com problemas de qualquer espécie para cuidar da criança, por que não adotar no Brasil o sistema que vem funcionando na Alemanha e outros países europeus, que apelaram para uma sábia invenção medieval destinada a salvar a vida dos recém-nascidos acolhendo-os no anonimato? [...].

Vale dizer que setores da sociedade clamam pela descriminalização do aborto a muito tempo, tanto que o próprio Código Penal atual já traz duas hipóteses de exclusão da ilicitude no aborto.

A primeira hipótese, conforme ensina Fernando Capez (2014, p. 158 e 159), fala do aborto necessário ou terapêutico previsto no artigo 128, I, CP, que consiste na interrupção da gravidez realizada pelo médico quando a gestante estiver correndo perigo de vida e inexistir outro meio para salvá-la.

Capez (2014, p. 159), acrescenta as principais informações do aborto necessário ou terapêutico:

[...] Consoante a doutrina, trata-se de espécie de estado de necessidade, mas sem a exigência de que o perigo de vida seja atual. Assim, há dois bens jurídicos (a vida do feto e da genitora) postos em perigo, de modo que a preservação de um (vida da genitora) depende da destruição do outro (vida do feto). O legislador optou pela preservação do bem maior, que, no caso, é a vida da mãe, diante do sacrifício de um bem menor, no caso, um ser que ainda não foi totalmente formado [...].

A outra modalidade de abortamento permitido trata-se do aborto sentimental ou humanitário ou ético, conforme dispõe o artigo 128, II, do Código Penal, pois é o aborto realizado pelos médicos nos casos em que a gravidez decorreu de um crime de estupro (CAPEZ, 2014, p.160).

Fernando Capez (2014, p. 160), que o Estado não pode ficar indiferente a violência sofrida pela mulher, acrescentando que:

[...] O Estado não pode obrigar a mulher a gerar um filho que é fruto de um coito violento, dados os danos maiores, em especial psicológicos, que isso lhe pode acarretar [...].

Também observa a doutrina que a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já acolheu a legitimidade do abortamento de feto anencefálico, ou seja, o que não tem formação cerebral suficiente para viabilizar a vida extrauterina:

[...] Luís Roberto Barroso representou a CNTS e assim resumiu o desfecho da ADPF: “O Supremo Tribunal Federal decidiu, por 8 votos a 2, na última 5ª feia, dia 12 de abril de 2012, ser legítima a interrupção da gestação de fetos anencefálicos, se esta for a vontade da mulher. Os votos acolheram diferentes argumentos apresentados pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, representada por mim: não se trata de aborto ou, ainda que fosse, estaria fora da incidência do Código Penal, dentre outras razões, por força do princípio da dignidade da pessoa humana. Em memorial

distribuído na véspera, e na sustentação oral, acrescentei o argumento da autonomia reprodutiva da mulher [...].

Portanto, no ponto de permitir certa modalidade de abortamento, o projeto do novo Código Penal não está inovando em nada, apenas ampliando a atual legislação, inclusive acatando a setores da sociedade que assim desejou, bem como enfatizando seu caráter subsidiário e fragmentário decorrente da intervenção mínima, além de se adequar a política criminal adotada no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início da sociedade brasileira não existia norma codificada, predominando o direito penal semelhantemente ao chamado Código de Hamurabi, ou seja, o princípio de talião, havendo penas corporais e banimento.

Nossas leis penais passaram pelo processo denominado de transmigração do direito, consistente na utilização no Brasil, no período colonial e imperial de normas portuguesas, apenas transmitidas de Portugal para o Brasil, objetivando regular relação entre as pessoas na nova colônia portuguesa.

Daí o Código Penal atual é da década de 1940, com reforma mais significativa em 1984.

Urge então uma batalha no Congresso Nacional visando aprovar um novo Código Penal consonante ao que determina a Constituição Federal de 1988.

Essa reforma deve ser condizente como modelo penal constitucional, comissionado na proteção de bens jurídicos, missão estado Direito Penal que é amplamente reconhecida.

Desse modo, em pesem as considerações importantes do funcionalismo sistêmico e a necessidade óbvia de proteger o sistema, algo que não pode ser desconsiderado pelo Direito Penal, todavia, no Brasil, a maioria esmagadora da doutrina se filou a corrente de Claus Roxin, na qual o Direito Penal é um instrumento, ainda que em *ultima ratio*, que visa a proteção de bens jurídicos, ou seja, visa salvaguardar os valores elencados pela Constituição Federal, como imprescindíveis para a sobrevivência da sociedade e do Estado, a exemplo daqueles bens jurídicos descritos no caput do artigo 5º da Lei Maior.

Vários são os valores extraídos dessa ideia de proteção de bens a exemplo da legalidade e intervenção mínima, ambos princípios que derivam da Constituição de 1988.

Intervenção mínima traduz o papel fragmentário e subsidiário do Direito Penal, ou seja, tal ramo do direito somente poderá atuar na falha das demais agências de controle social a exemplo da família, igreja, escola e dos outros ramos jurídicos.

Com o projeto do Novo Código Penal, muitas são as inovações, conforme se pode ressaltar uma previsão da barganha e colaboração com a justiça, algo que já vem sendo defendido pelos propagadores da justiça restaurativa.

É o que já acontece na transação penal que permite aliviar o sistema penitenciário com a redução do número de presos, a colaboração premiada viabiliza maior eficiência da atuação policial e do Ministério Público, benefícios utilizados no projeto do Novo Código Penal.

Destaca-se também que o projeto do novo Código Penal adota o princípio da insignificância, dando maior segurança jurídica nas decisões judiciais, e além de tudo, promovendo um Direito Penal menos elitista, o qual que visará punir as infrações mais graves.

É forçoso entender que dessa maneira, com a adoção expressa da insignificância, o Direito Penal tende a ser menos elitista, cuidando somente dos casos mais relevantes na sua esfera.

Essa redução do caráter elitista é no sentido do Direito Penal não punir somente as pessoas já marginalizadas que cometem crimes de bagatela.

Logo, o novo CP vai acabar com eventuais celeumas doutrinárias no sentido da inviabilidade de punição penal de pessoa jurídica. Essa previsão expressa da punição penal da pessoa jurídica, fato que já vem sendo adotado pelo STF, corrobora então com a segurança jurídica e caminha no sentido de diminuir o Direito Penal elitista que só pune pessoas pobres.

Esse aspecto de combater o Direito Penal elitista é coadunado com alteração do espírito da lei dos crimes hediondos, bem como com o princípio da insignificância.

Evidentemente, que há crítica, sendo a mais contundente o fim do livramento condicional e o maior rigor nas penas, o que pode produzir um aumento da população carcerária, mas sem estudos fica difícil afirmar com certeza.

A culpa por uma população carcerária elevada não é somente do modelo penal, mas também da falta de políticas públicas, do cumprimento das leis e na demora das soluções processuais no âmbito da lentidão do Poder Judiciário.

Mas há quem defenda o Código Penal, exatamente mencionando a falta de políticas públicas e ressaltando o papel do Direito Penal, dado o seu caráter subsidiário.

É inegável que o Direito Penal só deve se ocupar dos casos mais graves, havendo necessidade de maior difusão da justiça restaurativa, o que diminuiria a população carcerária e solucionaria com maior rapidez e eficácia os crimes menos complexos.

Nunca é demais lembrar que o Código Penal é um modo de defesa de um Estado Constitucional. O bem jurídico de hoje não é o mesmo da década de 1940, e sim, aquele que a CF exige (erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades e etc.).

Apesar das críticas, é irremediável exigência e urgência de um novo Código Penal se impõe dado que o Código de 1940 com a reforma de 1984 foi criado numa época em que o foco era a proteção do Estado e de suas instituições, mas atualmente, o viés constitucional obriga um direcionamento da norma penal com foco no ser humano, fim e razão de ser do Estado e do Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Internet, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito pena- parte geral** 1. 21. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal** – parte especial 2. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificada**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código penal para concursos** – doutrina, jurisprudência e questões de concursos. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**. volume único. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. parte geral. 18. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

MASSON, Cleber. **Código penal comentado**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado** – estudo integrado com processo e execução penal, apresentações esquemáticas da matéria. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

REALE JR. Miguel. YouTube. Audiência Pública para debater a reforma do código penal. **Exposição do Prof. Dr. Miguel Reale Junior**, no dia 26/02/2013. 33'50". Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=At2JRWKIXOI>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. YouTube. **Exposição do Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos na audiência pública do Senado sobre o anteprojeto de Código Penal (PLS 236/12)**, no dia 14/03/2013. 40'25". Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=uc5eternEik>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

SENADO, Projeto de Lei. **Mudanças no Código Penal**. Disponível em < <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/11/06/especialistas-sugerem-mudancas-no-projeto-do-novo-codigo-penal>> . Acesso em: 10 jun 2018.

STRECK, Lenio. YouTube. **Comentário do Prof. Dr. Lenio Streck sobre o anteprojeto de Código Penal** no dia 27/02/2013. 15'30". Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=lwK0YZW61TY>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

YOUTUBE. **Audiência Pública com o Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos e o Professor Rogério Sanches Cunha sobre o anteprojeto de Código Penal**. 27'42". Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=TkenfpcOTjw>>. Acesso em: 09 jun. 2018