
CÓDIGO PENAL VIGENTE E ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO CSH - *CRITICAL SYSTEMS HEURISTICS*

P. T. GONÇALVES¹ e F. G. CINTRA²
Seção Temática I

Sistemas Jurídicos

http://www.pucpcaldas.br/graduacao/administracao/revista/artigos/esp1_8cbs/artigos_8cbs_2012.html

RESUMO

A necessidade de um Código Penal que atenda às necessidades punitivas da população é algo inegável nos dias atuais. Diante das adversidades sociais atuais, é louvável que o interesse por um outro sistema punitivo parta da população. A seguir, ver-se-á a evolução história do Direito Penal, partindo-se das Ordenações do Reino até os dias atuais, em que temos em vigor um Código Penal com mais de setenta anos e um Anteprojeto sujeito à análise das Casas Legislativas. Sob esta demonstração, far-se-á análise sistêmica sob o método CSH (*Critical Systems Heuristics*), concluindo que o Anteprojeto ora discutido representa avanço inegável, principalmente quanto ao tratamento Inter e multidisciplinar de algumas matérias, mas carecendo ainda de melhor tratamento à subjetividade dos indivíduos criminosos e sua reabilitação.

Palavras-chave: Código Penal -. Anteprojeto – Visão Sistêmica

1 Introdução

1.1 As Ordenações do Reino

Considera-se que a história jurídica brasileira, composta por leis e costumes, conjuntamente com outros elementos da vida social, tem início ainda no período da Colônia, tendo sido introduzidos no país

¹ Aluna regularmente matriculada no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado) em Desenvolvimento Regional do Centro Universitário de Franca – Uni-FACEF

² Aluno regularmente matriculada no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado) em Desenvolvimento Regional do Centro Universitário de Franca – Uni-FACEF

pela sociedade portuguesa no Brasil.

A legislação portuguesa trazida era caracterizada pela sua severidade e pela sua excentricidade diante da realidade política do Brasil Colônia. Entretanto, era, visivelmente, fruto do Direito Europeu dos séculos XVI e XVII. Assim, era nessa a legislação que consistia o ordenamento jurídico da colônia e, inobstante, que iria conduzir sua vida social, econômica e política, formando núcleos estáveis e dando início a história da cultura jurídica brasileira. Não por outro motivo, o sistema punitivo das tribos indígenas nativas não influenciou a legislação penal implantada na colônia, posto que era considerada primitivo e foi subjugado pelos colonizadores.

Assim, desde o descobrimento até a Proclamação da República, Portugal aplicou no Brasil as leis vigentes na metrópole, as então chamadas Ordenações do Reino. Tais Ordenações eram compilações das leis existentes em Portugal, que, além de tratar de questões relacionadas à diplomacia e sucessão ao trono, tratavam de Direito Público, Privado e Canônico.

As primeiras Ordenações a exercer influência considerável no Brasil foram as Ordenações Afonsinas, entre 1500 e 1514. Estas foram encomendadas pelo Rei D. João I, iniciada por João Mendes, corregedor da corte e exímio jurista. Entretanto, João Mendes morreu sem concluí-lo. A elaboração das Ordenações Afonsinas durou, aproximadamente, 40 anos, tendo sido terminada durante o reinado de D. Afonso V, o que motivou a denominação. Cabe salientar que mencionadas Ordenações constituíram o primeiro código de legislação completo da Europa após a Idade Média, tendo sido um marco notável, inclusive entre os cristãos.

As Ordenações Afonsinas eram compostas de cinco livros e considerada incompleta, tendo omitido vários institutos. O Livro V tratava de Direito Penal e Direito Processual Penal e, segundo René Ariel Dotti, tratou-se de “[...] vasto acervo de incongruências e maldades, muitas delas incompatíveis com o relativo progresso daquele tempo.” (DOTTI, 2003, p. 279).

As penalidades que suprimiam a liberdade individual consistiam em servidão penal, utilizada em casos de judeus e mouros que se faziam passar por cristãos; a prisão, com função preventiva para evitar a fuga do autor do crime até o seu julgamento; e pagamento de penas pecuniárias. A pena de morte também era prevista, cominada na maioria dos crimes, como homicídio, estupro e adultério. Havia, ainda as penas de degredo e banimento para colônias portuguesas recém-descobertas. Não obstante, eram também aplicadas penas de mutilações e açoites.

As Ordenações Afonsinas vigoraram por mais de meio século e foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas, que vigoraram no Brasil entre 1514 a 1603. Estas, por seu turno, foram elaboradas sob a égide do reinado de D. Manuel, o Venturoso e visavam à modernização das instituições jurídicas portuguesas e à glorificação de seu reinado.

Entretanto, a modernização não foi de fato significativa, pois a estrutura era semelhante à das Ordenações Afonsinas, possuindo cinco livros, sendo o último concernente aos Direitos Penal e Processual

Penal. As penas permaneceram, com poucas alterações, sendo as principais: quanto ao povo judeu e as regras das penas privativas de liberdade, que passaram a ter novo regramento. As prisões eram arbitrárias e ficaram a cargo do monarca fixá-las para cada caso. A pena de morte, por sua vez, continuava a ocorrer com a mesma frequência, das mais variadas formas, como por exemplo, mutilação física, com uso de espada, esquartejamento, em fogueira etc. Foi sob a égide das Ordenações Manuelinas que foram instaladas as primeiras instituições jurídicas no Brasil, por meio das Capitânicas Hereditárias, em 1532.

Terminada a vigência das Ordenações Manuelinas, foram instituídas as Ordenações Filipinas, que vigoraram entre 1603 e 1830. Estas Ordenações foram elaboradas durante o reinado de Felipe II, da Espanha, que passou a reinar em Portugal sob o nome Felipe I. Foi realizada uma reforma jurídica no país, adequando-as ao período e tornando-as, em parte, semelhante ao ordenamento espanhol.

Foram também organizadas em cinco livros e remodelaram as Ordenações Manuelinas, acrescentando a elas as Leis Extravagantes, formuladas durante o século XVI e mais algumas criadas pelos legisladores encarregados da sua elaboração. Estes se inspiraram no Código de Justiniano, que vigorou no período romano.

As Ordenações Filipinas centralizaram o Poder Judiciário nas mãos do monarca e elencaram sanções corporais excessivamente cruéis. Além disso, conferiram privilégios para os fidalgos, cavaleiros, desembargadores, burocratas e pessoas de alto nível, excluídas das chamadas “penas vis”, consistentes no açoitamento.

Segundo Dotti (2003, p. 228),

As Ordenações Filipinas não passavam de um acervo de leis desconexas, ditadas em tempos remotos, sem conhecimento dos verdadeiros princípios e influenciadas pela superstição e prejuízos, igualando às de Drácon na barbárie, excedendo-se na qualificação obscura dos crimes, irrogando nas penas a falta que a razão humana nega a existência e outras que estão fora do poder civil.

As penas iam do suplício à morte, do banimento à tortura, da privação da liberdade à mutilação, todas executadas com rigores demasiados até para a época, tais como a marcação com ferro em brasa e açoites.

Os suplícios tiveram expressiva atuação nas Ordenações Filipinas. Michel Foucault (1998, p. 31) conceituou o suplício como “pena corporal, dolorosa, mais ou menos atroz. O suplício repousa na arte quantitativa do sofrimento.”

O suplício estava ligado à idéia de reconstrução do poder monárquico, pois os penalistas da época acreditavam que em cada criminoso existia um regicida em potencial.

Foucault (1998, p. 42) entendia que:

O suplício tem então uma função jurídico-política. É um cerimonial para reconstruir a soberania lesada por um instante. Sua finalidade é menos de estabelecer um equilíbrio que de fazer funcionar, até um extremo, a dissimetria entre o súdito que ousou a violar a lei e o soberano todo-poderoso que faz valer a força.

Alvarás e Cartas Régias tornaram as Ordenações mais rigorosas quanto aos crimes de lesa-majestade e sonegação de impostos. Foi sob a égide das Ordenações Filipinas que ocorreu a Inconfidência Mineira.

1.2 O Código Criminal do Império

Após a Independência do Brasil, em 1822, à luz dos princípios pregados pela Revolução Francesa e em base no livro “Dos Crimes e Das Penas”, de Cesare Beccaria, o Marquês de Bonesana, foi elaborado o Código Criminal do Império. Este obedeceu ao artigo 179 da Constituição Imperial de 1824, ou seja, era “fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade”, atendendo, ainda às condições sociais do país e adotando idéias liberais vigentes na época.

A Constituição da época reunia normas de caráter programático ao Direito Penal, como o princípio da igualdade de todos perante a lei, princípio da não retroatividade da lei penal e o princípio de que a lei não passará da pessoa de seu criminoso. À luz desses princípios, foi elaborado o Código Criminal do Império, em 1830, influenciado pelas ideias de Jeremy Bentham e que serviu de base à cultura jurídica brasileira, constituindo legislação liberal, baseada na utilidade pública.

Neste Código, a utilização da pena privativa de liberdade começou a ser utilizada cada vez mais em substituição às sanções corporais. Havia três previsões para pena de morte: homicídio agravado, latrocínio e insurreição de escravos.

Tinha-se, ainda, na lista de penalidades: prisão com trabalho (que poderia ser perpétua), galés, prisão simples, banimento, degredo, desterro, multa, suspensão ou perda do emprego e açoites.

Algumas regras atinentes à execução penal estavam previstas no próprio corpo do Código Criminal; outras foram previstas no Código de Processo Criminal, de 1832.

1.3 O Código Penal de 1890

Esse articulado, chamado, na época, de Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, foi promulgado em 1890, após a Proclamação da República.

Era dividido em quatro livros: o primeiro, tratava dos crimes e das penas, o segundo tratava dos crimes em espécie, o terceiro tratava das contravenções penais e o quarto continha as disposições gerais.

As penas eram classificadas em principais (mais graves) e acessórias (mais brandas) e as previstas eram: prisão celular, reclusão, prisão com trabalho obrigatório, prisão disciplinar, banimento, interdição, suspensão e perda de serviço público e multa.

Proibição de penas infames, limitação de prisão em até trinta anos, abolição de pena de morte

foram medidas declaradas expressamente pelo Código Republicano. Na mesma esteira, foram adotados os Princípios da Personalidade e Personificação da Pena, o que deixou patente o Positivismo Jurídico do século XIX. De se ressaltar que foi este Código que aboliu a pena de morte no Brasil, bem como o caráter perpétuo das sanções, o que foi recebido com reserva na época. Segundo Dotti (2003, p. 296),

Entendiam que a eliminação da pena de morte pelo sistema anticriminal reclamava um sucedâneo adequado para proteger os interesses sociais lesionados pelos grandes assassinos, os delinqüentes de índole ou estado, cuja incorrigibilidade e temibilidade se patenteassem.

Este Código teve vigência até o século XX, com o advento do Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, após várias tentativas de reforma, dentre as quais a tomada do poder por Getúlio Vargas, a consolidação das leis penais de 1932 e a imposição do Estado Novo, com as Constituições de 1834 e 1937.

1.4 O Código Penal de 1940

Um anteprojeto de Código Penal foi elaborado por Alcântara Machado durante a Ditadura imposta por Getúlio Vargas, incorporando tendências jurídicas e humanistas contemporâneas e tendo como colaboradores Néelson Hungria, Vieira Braga, Marcelio de Queiroz, Roberto Lyra, Costa e Silva e Abgar Renault.

Sob essas circunstâncias, Néelson Hungria (1942, p. 266) afirmava que

O Estado modelado na incude Revolução Francesa estava reduzido ao pouco edificante papel de um guarda noturno modorrento que só desperta a um rumor alto e se limita a soprar no seu apitado assustadiço e inócuo. Era o Estado negativo, era o Estado agnóstico, o Estado roi faineant. Enleado nas suas autolimitações, nem mesmo podia defender-se com êxito. A concepção filosófica dos direitos do homem, interpretada pela ortodoxia do demo-liberalismo, redundava numa permanente hostilidade do indivíduo contra o Estado. O Estado era o mal necessário, que devia ser contido dentro das mais estreitas lindes.

Segundo Dotti (2003, p. 306), este projeto foi “[...] marcado por linhas de tecnicismo jurídico ou pelos postulados do neopositivismo jurídico, o qual não mais guardava qualquer semelhança com o positivismo naturalista.”

O anteprojeto não previu pena de morte, apesar de haver autorização constitucional para se prescrever a pena de morte fora do âmbito militar, nos casos de homicídio qualificado e alguns crimes políticos. A única menção sobre a pena de morte no projeto foi a previsão, na Parte Geral, que possibilitava a comutação de uma pena de morte em sanções mais brandas, deixando a critério do Governo a escolha pela utilização ou não da pena capital.

O projeto definitivo foi apresentado em novembro de 1940 e entrou em vigor em janeiro de 1942.

As contravenções penais, crimes considerados menores e com penalidade mais leve, foram separadas do Código Penal, tornando-se legislação à parte, a chamada Lei de Contravenções Penais (Lei nº. 3.688/41).

O Código Penal foi aprovado durante o Estado Novo, após a revisão, tendo sido aprovado e sancionado por Getúlio Vargas por meio do Decreto-Lei nº. 2,848 de 7 de dezembro de 1940 e publicado no Diário Oficial da União no dia 31 de dezembro de 1940, tendo entrado em vigor no dia 1º de janeiro de 1942.

As penas privativas de liberdade previstas eram de reclusão (para, no máximo, trinta anos) e detenção (para, no máximo, três anos), sendo a prisão simples reservada às contravenções penais.

A multa foi elencada como pena principal. As possibilidades de as penas de multas substituírem as penas privativas de liberdade eram mínimas.

Eram penas acessórias: perda da função pública, interdição de direitos e publicação da sentença, sendo as duas últimas também válidas para as contravenções penais. Havia a possibilidade de aplicação de pena principal e pena acessória, cumulativamente.

Foram estabelecidas pelo Código Penal de 1940 as medidas de segurança, aplicáveis aos inimputáveis ou semi-imputáveis. Consistiam em medidas detentivas, compreendidas em internação em manicômio judiciário, em casa de custódia e tratamento em colônia agrícola ou instituto de trabalho de reeducação ou de ensino profissional. Poderiam ser não detentivas, quais sejam, a liberdade vigiada, proibição de freqüentar determinados lugares e o exílio local.

A diferença entre responsáveis penais inimputáveis e semi-imputáveis era confusa, inapropriada e pouco prática. Vigorava o sistema do “duplo binário”, que permitia a imposição sucessiva de pena e medida de segurança ao condenado que tivesse comprovada ou presumida a periculosidade.

Com o passar dos anos, várias Leis Ordinárias reformularam o Código Penal, adequando-o às realidades vividas ao longo dos anos. Exemplo disso é o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90) e a Lei Maria da Penha (Lei nº. 11.340/06), que visa coibir a violência contra a mulher no âmbito doméstico.

1.4.1 As reformas relevantes no Código Penal de 1940

René Ariel Dotti (2003, p. 311) ressalta que até os anos 70, o Código Penal foi alterado nas seguintes frentes: “[...] a) a revogação e a alteração de dispositivos isolados; b) a alteração setorial e; c) os projetos e as leis de alteração global.”

É unânime na doutrina penalista que as mais importantes reformas do Código Penal de 1940 ocorreram com o advento da Lei nº. 6.416/77, que alterou o rol das sanções, e da Lei nº. 7.209/84, que modificou a Parte Geral do Código.

A alteração no rol de sanções suprimiu o isolamento celular contínuo, definindo penas privativas de liberdade em reclusão e detenção e prevendo também as penas restritivas de direitos, consubstanciadas

em prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fins de semana, e pecuniárias, sendo estas as multas calculadas em dias. O regime de execução passou a ser fechado, semi-aberto e aberto, tendo como parâmetro a quantificação da pena aplicada e não a periculosidade do condenado.

A Lei n. 7.209/84, que reformulou toda a Parte Geral do Código de 1940, humanizou as sanções penais e adotou penas alternativas à prisão, além de reintroduzir no Brasil o festejado sistema dias-multa. No entanto, embora tenhamos um dos melhores elencos de alternativas à pena privativa de liberdade, a falta de vontade política de nossos governantes, que não dotaram de infra-estrutura nosso sistema penitenciário, tornou, praticamente, inviável a utilização da melhor política criminal – penas alternativas –, de há muito consagrada nos países europeus. A falta de estrutura do sistema, de certa forma, empobreceu a criatividade dos Judiciários – estaduais e federais – na busca de solução de meios adequados para operacionalizar a aplicação, pelo menos, da prestação de serviço à comunidade, nos limites da reserva legal. Essa alternativa, a que melhor êxito tem na Europa, a partir da bem-sucedida experiência inglesa (1972), não demanda maiores custos, como bem demonstra a extraordinária experiência utilizada com sucesso na área metropolitana de Porto Alegre, desde 1987. (BITENCOURT, 2008, p. 47).

Outras modificações que devem ser ressaltadas são a previsão genérica de concessões, como trabalho externo, freqüência a cursos fora da unidade prisional, licença para visitar a família.

A reforma diferenciou a Reincidência Genérica e a Específica, impondo a possibilidade da suspensão condicional da pena e do livramento condicional.

O sistema do duplo binário foi suprimido, tendo sido adotado o sistema vicariante. Na definição de Capez (2004, p. 400-401), “nosso Código Penal adotou o sistema vicariante, sendo impossível a aplicação cumulativa de pena e medida de segurança. Aos imputáveis, pena; aos inimputáveis, medida de segurança; aos semi-imputáveis, uma ou outra, conforme recomendação do perito.”

Acerca da diferenciação entre pena e medida de segurança, sustentou Fragoso (1981, p. 7) que:

[...] A pena é sanção e se aplica por fato certo, o crime praticado, ao passo que a medida de segurança não é sanção e se aplica por fato provável, a repetição de novos crimes. A pena é medida aflitiva, ao passo que a medida de segurança é tratamento, tendo natureza assistencial, medicinal ou pedagógica. O caráter aflitivo que esta última apresenta não é fim pretendido, mas meio indispensável à sua execução finalística [...].

É certo, que, após as mencionadas reformas, tanto no rol das penalidades, em 1977, quanto na Parte Geral, em 1984, o Código Penal de 1940 tomou a forma tal qual se conhece atualmente, tendo ocorrido poucas mudanças no intuito tornar a lei penal adequada às circunstâncias sociais.

Analisando-se a forma com que se encontra o Código Penal, Capez (2004, p. 29) diz que:

Ao se analisar o Código Penal brasileiro, verifica-se que a sua estrutura sistemática possibilita, desde logo, vislumbrar os princípios comuns e as orientações gerais que o

norteiam. É a denominada “Parte Geral”. Nela constam dispositivos comuns incidentes sobre todas as normas. Na concepção de Welzel, a finalidade da Parte Geral do Código Penal é assinalar as características essenciais do delito e de seu autor, comuns a todas as condutas puníveis.

1.5 2012: o Anteprojeto de um Novo Código Penal

Em 2011, o Senador da República, Pedro Taques, encaminhou à Mesa Diretora do Senado o Requerimento nº. 756/2011 para que fosse instituída comissão de juristas para a elaboração de um anteprojeto de Código Penal, a ser encaminhado aos legisladores pátrios.

Segundo o Requerimento, do Senador Pedro Taques, o atraso do Código Penal fez com que inúmeras leis esparsas fossem criadas para atender a necessidades prementes. Como consequência, tem-se o prejuízo total da sistematização e organização dos tipos penais e da proporcionalidade das penas, o que gera grande insegurança jurídica, ocasionada por interpretações desencontradas, jurisprudências contraditórias e penas injustas – algumas vezes muito baixas para crimes graves e outras muito altas para delitos menores. (Requerimento nº. 756/2011, Senador Pedro Taques).

Votado e aprovado o mencionado Requerimento, foram nomeados membros da Comissão de Juristas, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Gilson Langaro Dipp (Presidente), a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Maria Thereza Moura, os advogados Antonio Nabor Areias Bulhões, Marcelo Leal Lima Oliveira, Emanuel Messias Oliveira Cacho, Tércio Lins e Silva, René Ariel Dotti, Marcelo Leonardo, Föppel El Hireche, o Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, José Muiños Piñero Filho, o Consultor Legislativo Federal, Tiago Ivo Odon, a Defensora Pública, Juliana Garcia Belloque, o Professor Luiz Flávio Gomes, a Procuradora de Justiça Luiza Nagib Eluf, o Procurador Regional da República, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, o Promotor de Justiça, Marcelo André de Azevedo, e o Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Marco Antonio Marques da Silva.

Para a elaboração do anteprojeto, foram realizadas audiências públicas em São Paulo, Brasília, Rio de Janeiro e Porto Alegre, e seminários em Aracajú e Cuiabá. Além disso, foi disponibilizado, na Internet, espaço para a sugestões destinado à toda cidadania brasileira.

A finalidade precípua da Comissão de Juristas foi de atualizar o Código Penal, realizando-se releitura do sistema penal vigente à Luz da Constituição Federal, tendo em vista a nova realidade brasileira após a Carta Política de 1988.

É o que se verifica, tendo-se em consideração que o Código Penal em vigor tem mais de 70 anos, é que o mesmo se mostra quase que totalmente dependente da legislação penal esparsa, bem como inadequado à Constituição Federal e, tampouco, aos tratados e convenções internacionais em matéria penal.

A Comissão de Juristas, nesse diapasão, apresentou o Anteprojeto do Código Penal dividido em títulos. A Parte Geral foi composta por 8 Títulos, a seguir: Título I, Da Aplicação da Lei Penal; Título II, Do

Crime; Título III, Das Penas; Título IV, Individualização das Penas; Título V, Medidas de Segurança; Título VI, Ação Penal; Título VII, Barganha e da Colaboração com a Justiça; Título VIII, Extinção da Punibilidade.

A Parte Especial foi composta por 17 Títulos, assim elencados: Título I, Crimes contra a Pessoa; Título II, Crimes contra o Patrimônio; Título III, Crimes contra a Propriedade Imaterial; Título IV, Crimes contra a Dignidade Sexual; Título V, Crimes contra a Incolumidade Pública; Título VI, Crimes Cibernéticos; Título VII, Crimes contra a Saúde Pública; Título VIII, Crimes contra a Paz Pública; Título IX, Crimes contra a Fé Pública; Título X, Crimes contra a Administração Pública; Título XI, Crimes Eleitorais; Título XII, Crimes contra as Finanças Públicas; Título XIII, Crimes contra a Ordem Econômico-financeira; Título XIV, Crimes contra Interesses Metaindividuais; Título XV, Crimes Relativos a Estrangeiros; Título XVI, Crimes contra os Direitos Humanos; Título XVII, Dos Crimes de Guerra.

Por último, o Anteprojeto conta com as Disposições Finais, que tratam da entrada em vigência e da revogação das leis determinadas. Ao todo, o Anteprojeto conta com 544 artigos.

As principais modificações verificadas serão abordadas a seguir.

O aborto, hoje permitido nos casos excepcionais de estupro ou risco de morte à mãe, estará autorizado até a 12ª semana de gestação, nos casos em que médico ou psicólogo atestar que a mãe não tem condições de arcar com a maternidade e, também, nos casos de feto anencéfalo.

No que tange ao acordo acerca da pena aplicada ao indivíduo, não há possibilidade de ser realizado segundo o Código Penal atual. O Anteprojeto traz a possibilidade de se realizar acordo sobre o tempo de prisão, desde que haja consenso entre a vítima, o Ministério Público e o criminoso.

Referente aos animais, o Código Penal de 1940 pune apenas os maus-tratos. No Anteprojeto há previsão para se punir o abandono, quadruplicando-se a pena de maus tratos.

Bullying, atualmente não tipificado, é previsto como crime, segundo o Anteprojeto.

O crime de corrupção passiva responsabiliza apenas o administrador da empresa que figurou como sujeito ativo do crime. O Anteprojeto tipifica a corrupção entre dois particulares, caso em que a pessoa jurídica passaria a responder por corrupção.

Para crimes cibernéticos, não tipificados no Código Penal atual ou na legislação extravagante, o Anteprojeto previu tipificações específicas para várias condutas.

Mais de 80 crimes eleitorais estão previstos em legislação específica, estando muito deles ultrapassados. O Anteprojeto previu 14 crimes eleitorais, sendo os demais extintos ou punidos administrativamente.

Os crimes hediondos foram tratados no Anteprojeto, incluindo a redução à condição análoga à de escravo, o financiamento ao tráfico de drogas, o racismo, o tráfico de pessoas e os crimes contra a humanidade.

Os direitos autorais são previstos apenas para as condutas de cópias de livro, CD ou DVD. O Anteprojeto prevê que a cópia integral, desde que única, feita a partir de um original e apenas para uso

próprio, não seria crime. No entanto, a pena para a violação de direitos autorais aumentaria.

O consumo de drogas não é crime, atualmente, mas cultivar, compra, portar ou manter a droga em depósito é crime. No Anteprojeto, plantar, comprar, guardar ou portar consigo qualquer tipo de droga para uso próprio seria legal, sendo crime, porém, o consumo de droga perto de criança.

Para agentes públicos, atualmente, não há sanção penal quando se constata enriquecimento ilícito. O Anteprojeto previu a criminalização de tal conduta.

Um dos assuntos mais polêmicos que envolveram o Anteprojeto de Código Penal foi a eutanásia, considerada homicídio pelo Código Penal de 1940. A Comissão de Juristas, após audiências públicas, encontrou a seguinte solução: quem matar, por piedade ou compaixão, a pedido dele, seria um crime específico, ou não seria crime caso sejam demonstrados os laços de afeição com a vítima.

Outro ponto polêmico foi a homofobia. Hoje, o preconceito não é crime, havendo punição a depender da conduta realizada em desfavor da vítima. O Anteprojeto trouxe a imprescritibilidade e a inafiançabilidade à homofobia, igualando-a ao racismo. Homicídio, lesão corporal, tortura e injúria teriam as penas aumentadas, caso a motivação seja o preconceito.

Os jogos ilegais, hoje considerados contravenção penal, se tornando crime punido com até 2 anos de prisão.

Acerca da proibição de se dirigir alcoolizado, imposta atualmente pela chamada popularmente por “Lei Seca”, poderá, segundo o Anteprojeto, ser provada por todos os meios possíveis, inclusive provas testemunhais ou exame clínico, sendo proibida qualquer quantidade de álcool.

A liberdade de expressão, atualmente, abrange críticos literários, envolvendo também os de arte e ciências, que podem emitir opinião desfavorável, não sendo, assim, acusados de crime. O Anteprojeto previu a inclusão do dos jornalistas neste rol, garantindo a eles a liberdade de expressão.

O Anteprojeto previu também a penalização extra de quem usar menores de idade para cometer crimes, estando os maiores de idade envolvidos fadados a assumir a pena que seria imposta àqueles.

A pena máxima imposta pelo Código Penal de 1940 é de 30 anos. Com o Anteprojeto, os condenados a pena máxima de 30 anos que voltassem a cometer crimes, a pena seria somada à punição anterior, até o prazo máximo de 40 anos.

Não há previsão legal para a perseguição obsessiva ou “stalking”, havendo previsão para se tornar crime, caso a perseguição perturbe a privacidade, ameace a integridade física ou psicológica do prejudicado.

Não há previsão legal para o crime de terrorismo no Código Penal atual. O Anteprojeto previu tipificação específica para quem tiver comportamento motivado por ódio e preconceito e que causaram terror à população, forçando autoridade a contrariar a lei.

Tortura, atualmente, é considerada crime pela legislação especial em vigor, sendo crime prescritível. O Anteprojeto aumentou a pena para a prática de tortura, tornando o crime imprescritível.

2 Análise Sistêmica do Direito Penal

2.1 O Direito Penal como sistema

A abordagem sistêmica é uma forma de apreensão e estudo da realidade, contrapondo-se ao reducionismo típico do paradigma cartesiano. A visão sistêmica é calcada na concepção de sistema e de sua teoria geral, em lugar de dar simplificação a fenômenos e analisar apenas pequenas partes de um todo.

Assim, Bertalanffy (1976, p. 262-263) considera que

[...] “sistema” faz alusão a características muito gerais, compartilhadas por um grande número de entidades que costumavam ser tratadas por diferentes disciplinas. Eis a natureza interdisciplinar da teoria geral dos sistemas; ao mesmo tempo, seus enunciados dizem respeito a comunidades formais ou estruturais, deixando em segundo plano a “natureza dos elementos ou forças do sistema”, de que se ocupam as ciências especiais (e suas explicações). Em outras palavras, os argumentos da teoria dos sistemas são concernentes àquelas estruturas gerais e têm valor preditivo em relação a elas.

Apesar de a abordagem sistêmica ser fruto intelectual do século XX, já em Hegel (apud SKYTTNER, 2005, p. 49-50) podia-se vislumbrar um pensamento holístico, mais tarde identificado com a natureza dos sistemas, a partir das proposições seguintes: (1) o todo é mais que a soma das partes; (2) o todo define a natureza das partes; (3) as partes não podem ser compreendidas pelo estudo do todo; e (4) as partes são dinamicamente inter-relacionadas ou interdependentes.

No Direito Penal, é possível reconhecer vários elementos de interação, sendo que cada qual poderia, de forma independente, ser estudado por uma disciplina jurídica apartada, como é o caso de Crimes contra a Pessoa, em que o objeto jurídico tutelado é a vida humana, Crimes contra o Patrimônio, em que se protege os bens pertencentes aos cidadãos, Crimes contra a Fé Pública, em que se protege a presunção de veracidade conferida aos documentos públicos pelo Estado etc.

Com efeito, nenhum desses elementos, isoladamente, com as interpretações dadas pela respectiva especialidade científica afeta, é capaz de explicar, no todo, a atuação plena do Direito Penal num dado caso, se fazendo necessária a utilização de uma metodologia sistêmica para compreendê-lo.

Com a modificação do Código Penal, já aqui demonstrada, inclusive, pela citação dos principais pontos de apoio da mencionada alteração, a necessidade de utilização da metodologia sistêmica se agrava, posto que, acima de tudo, deve ser verificada a adequação das medidas tomadas às circunstâncias atuais.

2.2 O CSH (Critical Systems Heuristics)

O *Critical Systems Heuristics* – CSH (Heurística Crítica Sistêmica) é uma metodologia sistêmica divisada por Werner Ulrich (1983) como apoio à prática reflexiva, tendo-se tornado um dos principais métodos empregados na abordagem sistêmica. Em sua forma mais simples, o CSH consiste em um conjunto de doze perguntas que explicitam os juízos cotidianos nos quais se confia (conscientemente ou não) para

entender situações e projetar sistemas com vistas a melhorá-las, conforme exposto na Tabela 1.

Tabela 3: Categorias limítrofes e questões do CSH

Fontes de influência	Juízos limítrofes que informam um sistema de interesse (S)		
	<i>Papéis sociais (partes interessadas)</i>	<i>Preocupações específicas (interesses)</i>	<i>Problemas-chave (questões das partes interessadas)</i>
Fontes de motivação	1. <i>Beneficiário</i> Quem deve ser/é o beneficiário desejado do sistema S?	2. <i>Objetivo</i> Qual deve ser/é o objetivo de S?	3. <i>Medida de progresso</i> Qual deve ser/é a medida de sucesso?
Fontes de controle	4. <i>Tomador de decisões</i> Quem deve estar/está no controle das condições do sucesso de S?	5. <i>Recursos</i> Quais condições de sucesso devem estar/estão sob o controle de S?	6. <i>Ambiente de decisão</i> Quais condições de sucesso devem estar/estão fora do controle do tomador de decisão?
Fontes de conhecimento	7. <i>Especialista</i> Quem deve ser/é o provedor de conhecimentos relevantes e habilidades para S?	8. <i>Competência</i> Quais devem ser/são os novos conhecimentos relevantes para S?	9. <i>Fiador</i> O que deveria ser/é considerado como garantia de uma implementação bem-sucedida?
Fontes de legitimação	10. <i>Testemunha</i> Quem deve estar/está representando os interesses daqueles negativamente afetados, mas não envolvidos em S?	11. <i>Emancipação</i> Quais devem ser/são as oportunidades para que os interesses daqueles afetados negativamente tenham expressão e liberdade, a partir da visão de mundo de S?	12. <i>Visão de mundo</i> Qual espaço deve estar/está disponível para a reconciliar diferentes visões de mundo acerca de S, entre os envolvidos e os afetados?

Fonte: Traduzido de Ulrich e Reynolds (2010, p. 244).

Um dos problemas inerentes à definição dos sistemas abertos, isto é, aqueles não autocontidos, que interagem trocando elementos e informações com o ambiente do entorno (VON BERTALANFFY, 1976, p. 39), é exatamente demarcar com precisão seus limites; em outras palavras, conhecer a fronteira entre o sistema e seu ambiente, implicando, em última instância, determinar a extensão daquele. As categorias e questões propostos pelo CSH vêm em auxílio a este equacionamento, posto que respeitam “juízos limítrofes”, segundo seu autor. Tais juízos provêm de quatro diferentes fontes de influência, assim definidas e explicadas em Ulrich e Reynolds (2010, p. 259):

1. Fontes de *motivação*: de onde provêm o senso de intencionalidade e princípios valorativos;
2. Fontes de *controle*: de onde emanam os recursos e poderes necessários;
3. Fontes de *conhecimento*: onde se supõe que haja disponibilidade suficiente de competência e experiência; e
4. Fontes de *legitimação*: de onde se espera que proceda a aprovação legal e social.

Cada uma dessas fontes é perquirida por três perguntas, totalizando doze questionamentos. Por seu turno, cada questão apresenta-se sob duas formas: um modo empírico, utilizado para diagnosticar a percepção do estado atual do sistema, e no qual as perguntas utilizam o verbo no modo indicativo (“é/está”); e um modo normativo, para projetar o sistema em sua forma e funcionamento ideais, conjugando os verbos no modo potencial (“deve ser/deve estar”).

As características do CSH o habilitam como instrumento de intervenção sobre a realidade, sendo esse seu principal propósito (ULRICH; REYNOLDS, 2010, p. 250). Sem embargo, ousamos propor seu uso para analisar acontecimentos pretéritos e presentes, interpretando intervenções já realizadas à sua luz.

Assim, passa-se à análise sistêmica do movimento do Anteprojeto de Código Penal, respondendo às perguntas contextualizadas do CSH com base nas exposições já feitas acerca da história do Direito Penal Brasileiro e o Anteprojeto de Código Penal que ora se encontra em discussão (Tabela 2).

Tabela 4: Análise do Anteprojeto de Código Penal à luz do método CSH.

Nº questão	Situação fática (“é”)	Situação desejável (“deve ser”)
1	<i>Quem é beneficiado pelo Direito Penal?</i> A depender do caso, o indivíduo lesado, a sociedade ou o Estado.	<i>Quem deve ser beneficiado pelo Direito Penal?</i> O beneficiado pelo Direito Penal deve ser sempre a sociedade, seja pela prevenção da prática de crimes, seja pela punição dos sujeitos envolvidos, sempre com vistas à reabilitação criminal.
2	<i>Qual é o objetivo do Direito Penal?</i> O objetivo do Direito Penal é garantir a condição de existência e organização social. No dizer de Aníbal Bruno (1978, p. 34), “[...] o que se manifesta no exercício da Justiça penal é esse poder soberano do Estado, um poder jurídico que se faz efetivo pela lei penal, para que o Estado cumpra a sua função originária, que é assegurar as condições de existência e continuidade da organização social.”	<i>Qual deve ser o objetivo do Direito Penal?</i> O objetivo do Direito Penal deve ser manter a organização social, penalizando condutas que a atinjam de modo proporcional, não olvidando a humanização da pena, possibilitando ao indivíduo punido a sua reconstrução moral, a dita ressocialização. Embora se tenha demonstrado que o objetivo do Anteprojeto é a proporcionalidade, nada se falou na ressocialização do sujeito criminoso.
(Continua)		
3	<i>Qual é a medida de sucesso do Direito Penal?</i> Atualmente, o Direito Penal não tem obtido sucesso dado à estrutura punitiva ineficiente do Estado. Engloba a falência dessa estrutura a falta de equipamentos para a polícia, a corrupção entre os responsáveis por manter a ordem, dentre outros.	<i>Qual deve ser a medida de sucesso do Direito Penal?</i> O Direito Penal deve ter como medida de sucesso a eficiência de suas regras e a recuperação do criminoso. Isso não foi demonstrado, ainda, no Anteprojeto do Código Penal.
4	<i>Quem está no controle das condições do sucesso do Direito Penal?</i> O Estado, apesar de estar com a estrutura totalmente defasada.	<i>Quem deve estar no controle das condições do sucesso do Direito Penal?</i> O Estado, com boa estrutura de fiscalização, tanto na esfera preventiva, quanto na repressiva.

5	<i>Quais condições de sucesso estão sob o controle dos usuários Direito Penal?</i>	<i>Quais condições de sucesso devem estar sob o controle dos usuários de Direito Penal?</i>
	Recursos colocados pelo Estado à disposição de seus aparelhos, bem como o comprometimento, ainda que corrompido, da massa humana que detém esse controle.	Investimento do Estado nos aparatos jurídicos envolvidos na Justiça Penal. Punição severa à corrupção desses agentes.
6	<i>Quais condições de sucesso estão fora do controle dos usuários de Direito Penal?</i>	<i>Quais condições de sucesso devem estar fora do controle dos usuários do Direito Penal?</i>
	O comportamento humano é sempre um fator fora do controle.	O comportamento humano é um fator impassível de controle no Estado Democrático de Direito, porém suscetível à obediência de certas regras, como o Direito Penal. Entretanto, não há que se falar nessa questão, vez que o ser humano pratica condutas imprevisíveis.
7	<i>Quem é o provedor de conhecimentos relevantes e habilidades para o Direito Penal?</i>	<i>Quem deve ser o provedor de conhecimentos relevantes e habilidades para o Direito Penal?</i>
	Os provedores de conhecimentos relevantes são os profissionais do Direito que atuam na área penal, como por exemplo, advogados, juízes, membros do Ministério Público, dentre outros.	Além dos profissionais do Direito, teve haver maior atenção à interdisciplinaridade das questões atinentes ao Direito Penal. O Anteprojeto de Código Penal previu esta interdisciplinaridade ao dispor, por exemplo, sobre o aborto em casos de abalo às condições psíquicas da gestante.
8	<i>Quais são os novos conhecimentos relevantes em relação ao Direito Penal?</i>	<i>Quais devem ser os novos conhecimentos relevantes em relação ao Direito Penal?</i>
	Os conhecimentos relevantes com relação ao Direito Penal atualmente são aqueles ligados, principalmente à Parte Geral do Código Penal, posto que ali estão estabelecidas as regras gerais para o restante do Código, como por exemplo, a dosimetria da pena.	Os novos conhecimentos relevantes no Direito Penal devem incluir, além daqueles referentes às generalidades do Direito Penal, os multidisciplinares, dado às necessidades contemporâneas.
9	<i>O que é considerado como garantia de uma implementação bem-sucedida?</i>	<i>O que deveria ser considerado como garantia de uma implementação bem-sucedida?</i>
	O cumprimento estrito da lei colocação de condenados sob a custódia do Estado, sem, no entanto, obter resultados satisfatórios.	O cumprimento estrito da lei aliado à medidas ressocializadoras voltadas aos condenados. O Anteprojeto nada fala sobre ressocialização.
10	<i>Quem está representando os interesses daqueles negativamente afetados, mas não envolvidos com o Direito Penal?</i>	<i>Quem deve estar representando os interesses daqueles negativamente afetados, mas não envolvidos com o Direito Penal?</i>
	Não há representatividade para os negativamente afetados mas não envolvidos nas condutas tipificadas no Código Penal.	A representação deve se dar por representante das negativamente afetados mas não envolvidos com o Direito Penal. Exemplificando, a criação de conselhos, com representatividade social, é uma solução para o caso.

(Continua)

11	<i>Quais são as oportunidades para que os interesses daqueles afetados negativamente tenham expressão e liberdade, a partir da visão de mundo subjacente ao Direito Penal?</i>	<i>Quais devem ser as oportunidades para que os interesses daqueles afetados negativamente tenham expressão e liberdade, a partir da visão de mundo subjacente ao Direito Penal?</i>
	A expressão e liberdade dos afetados, juridicamente é verificada com o ingresso do prejudicado com a ação penal cabível, seja privada ou subsidiária da pública.	Expressão e liberdade dos afetados deve se verificar na esfera jurídica e na esfera social. Esta última deve ter caráter preventivo, de modo a incluir sujeitos, conferindo-os direito de existência.
12	<i>Qual espaço está disponível para a reconciliar diferentes visões de mundo acerca do Direito Penal, entre os envolvidos e os afetados?</i>	<i>Qual espaço deve estar disponível para a reconciliar diferentes visões de mundo acerca do Direito Penal, entre os envolvidos e os afetados?</i>
	A reconciliação entre as diferentes visões de mundo se dão, basicamente, no universo jurídico. Há, atualmente, a justiça clandestina, na qual o homem livre, envolvido em algum tipo de guerrilha urbana, se sente no direito de fazer justiça com as próprias mãos, como é o caso das organizações criminosas envolvidas com tráfico de drogas.	As diferentes visões de mundo devem ser reconciliadas em dois âmbitos. No que toca à prevenção de crimes, deve ser o espaço social aquele destinado à inserção de indivíduos, visando à sua inserção social. Já a repressão de crimes deve ocorrer na forma da lei, na Justiça, jamais no espaço social.

Fonte: Ulrich e Reynolds(2010) – perguntas, respostas pelos autores do artigo, com base nas exposições feitas.

3 Considerações Finais

A evolução do Direito Penal, demonstrada neste artigo, demonstra a transformação dos anseios sociais ao longo dos anos. Isso é visível pelo tipo de conduta tipificada nas Ordenações Manuelinas e as elencadas no Código Penal em vigor. Exemplificando, o crime de lesa-majestade é uma conduta que não mais interessa ao Código Penal atual, o que demonstra a transformação social ocorrida em consequência da Proclamação da República.

Contemporaneamente, o adultério é um exemplo latente de que a sociedade se transforma através do tempo. Até 2005, cometer adultério era crime, que punia, inclusive o co-réu. Este tipo penal tinha a finalidade precípua de proteger a família e o casamento. Com o passar dos anos, essa proteção se tornou possível por outros meios, como por exemplo, o ingresso, na esfera civil, pelo cônjuge ofendido, de ação de reparação de danos morais.

Contando mais de setenta anos, o Código Penal em vigor está muito ultrapassado, amparado por ampla legislação extravagante especial que tratam de crimes hediondos, tortura, violência doméstica contra a mulher etc.

O Anteprojeto de Código Penal, elaborado por uma Comissão de Juristas, finalizado após, aproximadamente, sete meses de trabalho demonstra os anseios da sociedade atual, punindo com mais severidades condutas que tem apresentado consequências desastrosas ao cidadão da atualidade e à sociedade como um todo, como também retirando do ordenamento jurídico penal a criminalização de condutas que não são de relevância.

Analisando-se com o método CSH (Critical Systems Heuristic), verifica-se que, de modo geral, o Anteprojeto atende ao que “deve ser” no Direito Penal contemporâneo.

Há que se mencionar apenas que foi verificada uma deficiência no Anteprojeto, que é a questão da subjetividade dos indivíduos criminosos. Não há respeito a este assunto, exceto quando se trata de medidas de segurança, aplicadas aos inimputáveis. Também não se fala em reabilitação criminal. É outrossim louvável a iniciativa dos elaboradores do Anteprojeto em buscar um aporte inter e multidisciplinar a questões de caráter mais complexo, como é o caso das hipóteses que que venham a descriminalizar o aborto.

Mas, como já foi dito, o Código Penal deve atender aos anseios do povo e servir para proteger a organização social. Caso seja aprovado sob os mesmos moldes apresentados e discutidos e, posteriormente, cumprido com rigor, o Anteprojeto atenderá às necessidades da sociedade brasileira contemporânea e futura: se não de forma plena, ao menos representando um significativo acréscimo de qualidade – e por que não dizer também, humanidade – ao vetusto e vigente Código Penal.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. Vol. 1. 13 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRUNO, Aníbal. Direito Penal – Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Geral. Vol. 1. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

DOTTI, René Ariel. Casos criminais célebres. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 17 ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

_____. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Ed. Nau, 1996.

FRAGOSO, Claudio Heleno. Sistema do duplo binário: vida e morte. Revista Direito Penal e Criminologia, vol. 32, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1981.

GIL, Antonio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social. São Paulo : Atlas, 1999.

HUNGRIA, Nelson. O código penal e as novas teorias criminológicas. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 91, 1942.

ROLIM, Rivail Carvalho. Justiça criminal e condição feminina na capital da república em meados do século XX. Revista Sociedade e Estado. n. 1, vol. 22, Brasília, jan-abr/2007.

SKYTTNER, Lars. General systems theory: problems, perspectives, practice. 2. ed. Singapore : World Scientific, 2005.

ULRICH, Werner. Critical Heuristics of Social Planning: A New Approach to Practical Philosophy. Bern/Stuttgart: Haupt. 1983.

_____; REYNOLDS, Martin. Critical system heuristics. In: REYNOLDS, Martin; HOLWELL, Sue (Eds.). Systems Approaches to Managing Change: A Practical Guide. London: Springer, 2010, p. 243–292. Disponível em: <http://oro.open.ac.uk/21299/1/systems-approaches_ch6.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2012.

VON BERTALANFFY, Ludwig. Teoría general de los sistemas: fundamentos, desarrollo, aplicaciones. Traducción de Juan Almela. Ciudad de México : Fondo de Cultura Económica, 1976.