

DISCREPÂNCIAS E INCONGRUÊNCIAS NA PROTEÇÃO A BENS JURÍDICOS: POR QUE A PUNIÇÃO ESTATAL É MAIS RIGOROSA FRENTE A DELITOS DE CUNHO MERAMENTE PATRIMONIAL ANTE AMEAÇAS À INTEGRIDADE FÍSICA E À VIDA DA VÍTIMA?

DISCREPANCIES AND INCONSISTENCIES IN THE PROTECTION OF LEGAL INTERESTS: WHY IS PUNISHMENT PROMOTED BY THE STATE AGAINST CRIMES OF A PECUNIARY NATURE STRICTER THAN AGAINST CRIMES AGAINST LIFE AND PHYSICAL INTEGRITY?

Diego Castilho Fucilini*

RESUMO

O presente artigo investiga, no âmbito do Diploma Penal de 1940 e suas posteriores reformas, as motivações que levaram nossos legisladores a definir penas mais brandas para crimes que atentam contra a vida ou integridade da vítima, ante a exacerbada punição dispensada a crimes que ferem apenas a sua esfera patrimonial. Tal questionamento resta mais clarificado quando confrontamos as penas cominadas em abstrato para delitos contra o patrimônio, como o furto, a apropriação indébita e o roubo simples com as cominadas para crimes de evidente maior potencial lesivo à vida da vítima, como é o caso, por exemplo, da lesão corporal e do homicídio. Foi utilizado o método dedutivo, sendo efetuado um cotejamento das penas previstas em determinados artigos do rol “dos crimes contra a pessoa” e dos “crimes contra o patrimônio” do Código Penal pátrio, bem como a técnica de revisão bibliográfica, para qualitativamente investigar, a partir de parcela da doutrina de autores clássicos e também de autores contemporâneos do Direito Penal brasileiro, as discrepâncias na cominação das penas previstas no âmago do Código Penal de 1940.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Penal. Criminologia. Tutela Jurídica. Conformação constitucional. Jus Puniendi.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Definição de bem jurídico. 2. A função do Direito Penal (como proteção de bens jurídicos). 3. O “filtro Constitucional” pelo qual deve passar o Código Penal. 4. Algumas incongruências e discrepâncias identificadas no Código Penal brasileiro. 5. Por que a punição estatal é mais rigorosa frente a delitos de cunho meramente patrimonial ante ameaças à integridade física e à vida da vítima?. Conclusão. Referências.

REFERÊNCIA: FUCILINI, Diego Castilho. Discrepâncias e incongruências na proteção a bens jurídicos: por que a punição estatal é mais rigorosa frente a delitos de cunho meramente patrimonial ante ameaças à integridade física e à vida da vítima? *Res Severa Verum Gaudium*, v. 4, n. 1, Porto Alegre, p. 30-48, jun. 2019.

INTRODUÇÃO

ABSTRACT

This article investigates the motivations that led our legislators to provide less strict punishments for crimes that threaten the life or integrity of the victim, given the exacerbated punishments designated for crimes committed solely against property (patrimônio), within the scope of the Brazilian Criminal Code of 1940 and its subsequent modifications. Such investigation becomes clearer when we compare a hypothetical violator's sentence in abstract for crimes against property, such as robbery, misappropriation and simple theft, with those committed for crimes of obvious greater harm potential (potencial lesivo) against the life of the victim, as is the case, for example, with bodily injury and homicide. The deductive method was used, combined with a comparison of the punishments provided for in certain provisions on “crimes against the person” and “crimes against property”, as well as the technique of bibliography revision, in order to qualitatively investigate, based on classical and contemporary Brazilian doctrine, the discrepancies in the enactment of punishments provided at the heart of the Criminal Code of 1940.

KEYWORDS

Criminal Law. Criminology. Legal protection. Constitutional conformation. Jus Puniendi.

* Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, 2015) e pesquisador CNPQ no projeto “Sistema Criminal Contemporâneo na Perspectiva de uma Interpretação Concretizadora dos Princípios Constitucionais e dos Direitos e Garantias Fundamentais”, coordenado pelos Professores Dr. Ângelo Roberto Ilha da Silva e Dr. Mauro Fonseca Andrade.

Por que a punição estatal é mais rigorosa frente a delitos de cunho meramente patrimonial ante ameaças à integridade física e à vida da vítima? Esta é a indagação que norteia o presente artigo e à qual se busca oferecer uma resposta senão elucidativa, ao menos indicadora de possibilidades.

O questionamento feito resta mais clarificado quando são confrontadas as penas previstas para crimes que ferem apenas o patrimônio, como o furto, com as cominadas para delitos de evidente maior potencial lesivo à vítima e ao bem jurídico de mais valia em nossa sociedade: a vida humana. O grau de discrepância na proteção a um bem jurídico tão caro à sociedade pode ser verificado, dentre outros, no crime de homicídio. Tal crime - com a incidência de atenuantes e das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal brasileiro, como será visto mais adiante -, pode facilmente receber no caso concreto uma cominação inferior à de um crime flagrantemente menos lesivo, por óbvio, à vítima e à sociedade da qual faz parte.

Outrossim, não se pode olvidar que delitos que agredem estritamente a integridade física da vítima - mesmo em muitos casos não possuindo qualquer motivação que seja capaz de minimamente justificar a conduta do agente delituoso -, constituem tipos penais cujas sanções previstas, a bem da verdade, não estabelecem punições proporcionais e eficazes frente ao ato ilícito cometido. Este é o caso, por exemplo, do crime de lesão corporal leve, que possui pena prevista pelo art. 129 do Código Penal de apenas três meses a um ano - e que se traduz demasiadamente branda quando comparada a delitos, por vezes, com reduzido potencial ofensivo, do qual o furto e a apropriação indébita configuram perfeitos exemplos que serão analisados de forma mais detida à frente.

Irrefragável neste contexto é o fato de que as cominações das penas apresentadas em nosso Códex não sopesam adequadamente os bens jurídicos que lhe cumpre tutelar, pois distantes de uma nova realidade social pós-Constituição Federal de 1988. Por óbvio que, neste particular, as críticas recaem de maneira mais contundente sobre a figura do legislador brasileiro, visto que, desde há muito, silencia estrategicamente sobre tão importante tema não convertendo em ato delituoso o que a maioria desaprova, isto é, considera um desvio de conduta¹, bem como não realizando a necessária conformação dos dispositivos do Código Penal de 1940 à luz da atual Carta Magna.

Adversamente ao parco grau de resposta oferecida a crimes verdadeiramente lesivos ao bem jurídico mais valioso, quer seja, a vida, o Estado parece exercer seu *jus puniendi* de forma exacerbada frente a práticas delituosas de menor ofensividade perante a sociedade. Destarte, tais práticas acabam por receber regramentos político-criminais demasiadamente gravosos ao réu, como é o caso, *v.g.*, do crime de apropriação indébita, previsto no art. 168 do CP, cuja pena fixada é de 1 a 4 anos, mesmo constituindo delito cuja consumação não oferece qualquer tipo de risco à vítima.

¹ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 29-30.

Por essas razões, partindo-se do pressuposto de que crimes contra o patrimônio receberam um tratamento mais recrudescido de nosso Código Penal devido ao fato de possuírem índices de ocorrência e reincidência mais altos em relação a crimes contra a vida, busca-se compreender os motivos do regramento do sistema penal brasileiro ser predominantemente patrimonialista, relegando a um grau hierarquicamente inferior à tutela jurídica da vida e da integridade física.

1 DEFINIÇÃO DE BEM JURÍDICO

A função específica do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos.² Os bens jurídicos podem ser definidos “como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.”³

Franz Von Liszt definia como bens jurídicos aqueles interesses que são protegidos pelo Direito. Nesta concepção, portanto, bem jurídico seria todo o interesse juridicamente protegido.⁴ Destarte, imperioso frisar que é a vida e não o Direito/Legislator quem elege os bens jurídicos a serem tutelados pelo estado. Segundo a colocação do autor, “todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade. É a vida, e não o Direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico.”⁵

No mesmo sentido é a definição revelada pelo jurista Lenio Streck, para quem “o conceito de bem jurídico seria [...] a categoria jurídica utilizada para explicitar os valores sociais protegidos pelo Direito Penal.”⁶ Nessa perspectiva, compreende-se o delito como uma ofensa ou ameaça aos valores sociais, isto é, uma ofensa ou ameaça aos bens jurídicos penalmente tutelados.⁷

Eclodindo de maneira contumaz na doutrina brasileira, a ideia de bem jurídico como sendo a conjunção dos “valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social”

² Cfe. as palavras de Damásio de Jesus: “a função específica do Direito Penal é a *tutela jurídica*. Visa o Direito Penal a proteger os *bens jurídicos*. Bem é tudo aquilo que pode satisfazer as necessidades humanas. Todo *valor reconhecido* pelo Direito torna-se um *bem jurídico*. Os bens jurídicos são ordenados em hierarquia. O Direito Penal visa a proteger os bens jurídicos mais importantes, intervindo somente nos casos de lesão de bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade. Impondo sanções aos sujeitos que praticam delitos, o Direito Penal robustece na consciência social o valor dos bens jurídicos, dando força às normas que os protegem”. In JESUS, Damásio de. Direito penal, volume 1: parte geral/Damásio de Jesus. — 32. ed. — São Paulo: Saraiva, 2011. p. 46.

³ ROXIN, Claus. *A proteção a bens jurídicos como função do Direito penal* / Claus Roxin: org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli - 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009. pp. 18-19.

⁴ LISZT, F. V. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003, t. I., p. 139.

⁵ Idem, *ibidem*.

⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri: símbolos e rituais* / Lenio Luiz Streck: - 4. ed. Ver. E mod. — Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 56.

⁷ Cfe. Lenio Streck, “o delito passa a ser entendido, então, como a ofensa ou ameaça a um daqueles valores sociais, ou seja, a ofensa ou a ameaça a um bem jurídico penalmente tutelado.” in Streck, Lenio Luiz. Ob. cit., p. 56.

colocando-os “sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”⁸ parece ser a definição mais adequada, pois “antes de serem bens ou valores recolhidos pelo Direito”, os bens jurídicos “se fazem constituídos como tais na consciência social, extraídos que são dos costumes vigentes em uma determinada sociedade e, por consequência, de suas necessidades.”⁹ Sob esta ótica, bens jurídicos seriam, em suma, aqueles valores extraídos dos costumes vigentes em determinada sociedade os quais cumpre ao Direito Penal, através de sua positivação, proteger.¹⁰

Sendo assim, necessária é a referência aos bens jurídicos basilares que visa o Direito Penal Brasileiro tutelar, dentre outros: a vida, a incolumidade, a honra, a liberdade e o patrimônio. De toda sorte, elenca-se como fundamentais para este trabalho apenas dois bens jurídicos aos quais será dada maior atenção no decorrer da análise: a vida e o patrimônio.

2 A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL (COMO PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS)

É recorrente na doutrina nacional clássica a afirmação de que o fim do Direito Penal é “a defesa da sociedade” através da proteção de seus “bens jurídicos fundamentais”.^{11 12} Dito de outra forma, “a função básica do Direito Penal é de defesa social”^{13 14}, uma vez que ao “Direito Penal, que, na ordem jurídica, dispõe da mais grave sanção e, portanto, proporciona a mais reforçada tutela jurídica”, cabe preservar aqueles “bens de maior significação e relevo [...] visando assegurar a existência da sociedade e dos valores fundamentais da vida para o corpo social.”¹⁵ Nessa senda, tutela jurídica deve ser com-

⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11 -7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 13-14.

⁹ FELDENS, Luciano. *A conformação constitucional do direito penal*. In: *Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal*: Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processo Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS / coord. Alexandre Wunderlich; Andrei Zenkner Schmidt ... [et al.] - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 217.

¹⁰ Idem, Ibidem.

¹¹ BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte geral, tomo 1º*: introdução, norma penal, fato punível / Aníbal Bruno. – 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 28.

¹² Nas palavras do clássico Aníbal Bruno: “Fim do Direito Penal é, portanto, a defesa da sociedade, pela proteção de bens jurídicos fundamentais, como a vida humana, a integridade corporal do homem, a honra, o patrimônio, a segurança da família, a paz pública, etc., entendendo-se por bem jurídico, conforme o conceito de VON LISZT, tudo o que pode satisfazer uma necessidade humana e, nesse sentido, é tutelado pelo Direito”. In BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte geral, tomo 1º*: introdução, norma penal, fato punível, op. cit, p. 28.

¹³ FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco*: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais / Luciano Feldens. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 50.

¹⁴ Cfe. FRAGOSO: “Direito Penal é o conjunto de *normas jurídicas* mediante as quais o Estado proíbe determinadas ações ou omissões, sob ameaça de característica sanção penal”. In FRAGOSO, Heleno Cláudio – *Lições de Direito Penal*: Parte Geral. São Paulo, Bushatsky, 1976. p. 3.

¹⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*: Parte Geral. São Paulo, Bushatsky, 1976. p. 4.

preendida como o “mecanismo com o qual se ameaça com uma sanção jurídica (no caso, a pena criminal) a transgressão de um preceito, formulado para evitar dano ou perigo a um valor da vida social (bem jurídico).”¹⁶

Nessa mesma orientação de sentido é a doutrina de Francisco de Assis Toledo, para quem “a tarefa imediata do Direito Penal é, portanto, de natureza eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção de bens jurídicos.”¹⁷ Não obstante, é o que também afirma Luciano Feldens, tendo em conta que “o Direito Penal pune condutas para proteger bens” e interesses sociais “em face de condutas a eles lesivas.”¹⁸

Sustentando tal raciocínio, com fulcro na obra do jurista alemão Hans Welzel, Feldens ministra que “a missão central do Direito Penal residiria, em síntese, em proteger os valores elementares da vida em comunidade.”¹⁹ Dessa forma, ainda que se rechace a ideia de um Direito Penal a funcionar como mero “instrumento [...] na realização de políticas públicas e sociais”, uma vez que existem outros meios “mais apropriados, e menos invasivos” para este fim, é a essa disciplina jurídica que é dada a missão de coibir condutas que se revelem danosas “a bens ou interesses que se mostram vitais à sociedade como tal.”²⁰

Não à toa ninguém menos que Claus Roxin, durante conferência na *Universidad Externado de Colombia* no final de 2004 proferiu que:

A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos.²¹

Portanto, conforme advertência de Salo de Carvalho, a qual se deve ter presente, “as ciências jurídicas [...], fundadas na idéia ilustrada de contrato, atuam como a pretensão de regular [...] o convívio social, estabelecendo pautas de ações civilizadas e o rol dos atos inapropriados”²². Complementa o referido autor que é “nesta perspectiva do direito como regulador” que o direito penal “surgiria como

¹⁶ FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco*: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais, op. cit., p. 50.

¹⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11 -7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. — São Paulo: Saraiva, 1994. p. 16.

¹⁸ FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco*: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais, op. cit., p. 51.

¹⁹ FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco*: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais, op. cit., p. 40.

²⁰ FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco*: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais, op. cit., p. 31.

²¹ ROXIN, Claus. *A proteção a bens jurídicos como função do Direito penal* / Claus Roxin: org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli - 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009. pp. 16-17.

²² CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 1.

o mecanismo de intervenção mais radical, estabelecendo as mais graves sanções aos mais gravosos atos”²³, donde somente devendo ser invocado em *ultima ratio*.

Isto posto, conglobando-se ao apontamento de Luciano Feldens, compreende-se possuir o Direito Penal uma dupla perspectiva instrumental, a dizer: (i) a função de *controle social*, “assim operando junto a outros instrumentais que se revestem de similar finalidade, dos quais se contrasta, essencialmente, pelo conteúdo material ínsito à sanção que oferece em decorrência de sua incidência” e (ii) a função *protetiva*, “a qual se faz idealizada em face de determinadas objetividades jurídicas eleitas a funcionarem como tal, presente, uma vez mais, a idéia de bem jurídico.”²⁴

Assim, segundo Nilo Batista, para quem o bem jurídico se coloca “como sinal da lesividade [...] do crime que o nega, ‘revelando’ e demarcando a ofensa”, seria essa “materialização da ofensa” que “de um lado” contribuiria para “a limitação legal da intervenção penal”, e que de outro a legitimaria. Neste diapasão, o bem jurídico se situaria “na fronteira entre a política criminal e o direito penal.”²⁵

Nessa orientação de sentido, a tutela estatal se realiza por meio de uma sanção jurídica, isto é, através da pena criminal cominada para determinado delito, cujo fito é o de coibir dano ou perigo a um valor da vida em sociedade.²⁶ Com efeito, tal entendimento é o que se aduz também do magistério de Juarez Cirino dos Santos:

Os objetivos declarados do Direito Penal nas sociedades contemporâneas consistem na proteção de bens jurídicos - ou seja, na proteção de valores relevantes para a vida humana individual ou coletiva, sob ameaça de pena. Os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal são selecionados por critérios político-criminais fundados na Constituição, o documento fundamental do moderno Estado Democrático de Direito: realidades ou potencialidades necessárias ou úteis para a existência e desenvolvimento individual e social do ser humano — por exemplo, *a vida, a integridade e saúde corporais, a honra, a liberdade individual, o patrimônio, a sexualidade, a família, a incolumidade, a paz, a fé e a administração pública* constituem os bens jurídicos protegidos contra várias formas de lesão pelo Código Penal.²⁷

Por qualificar-se o bem jurídico “como um autêntico ponto de referência, um pensamento reitor na formação do tipo penal”²⁸, insurge a razão de, num Estado Democrático de Direito, a noção de bem

²³ Idem, *ibidem*.

²⁴ FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do ministério público*: uma investigação à luz dos valores constitucionais, op. cit., p. 38.

²⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 95.

²⁶ Cfe. Fragoso: “O fim do direito é a tutela e a preservação dos interesses do indivíduo e do corpo social. É evidente que os interesses que o direito tutela correspondem sempre às exigências da cultura de determinada época e de determinado povo. O Direito Penal, que, na ordem jurídica, dispõe da mais grave sanção e, portanto, proporciona a mais reforçada tutela jurídica, é disposto à preservação daqueles bens de maior significação e relevo, indispensáveis à vida em comum, visando assegurar a existência da sociedade e dos valores fundamentais da vida para o corpo social”. In FRAGOSO, Heleno Cláudio – *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo, Bushatsky, 1976. p. 4.

²⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral* / Juarez Cirino dos Santos. - 3. ed. - Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 5.

²⁸ FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do ministério público*: uma investigação à luz dos valores constitucionais / Luciano Feldens. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 51.

jurídico desempenhar papel de inquestionável preponderância, “operando como um fator decisivo na definição da função do Direito Penal, clarificando as fontes e os limites do *jus puniendi* e conferindo, demais disso, legitimidade ao Direito Penal.”²⁹ Por óbvio que, neste particular, não se deve olvidar que mesmo que “o legislador penal” tenha “formulado uma lei com pleno atendimento a todas as exigências” ainda “é possível que [...] a tutela do bem jurídico ambicionada simplesmente não se verifique na realidade.”³⁰

3 O “FILTRO CONSTITUCIONAL” PELO QUAL DEVE PASSAR O CÓDIGO PENAL

Assente é que o Direito Penal, assim como os demais ramos do Direito, “ocupa posição de segundo nível no ordenamento jurídico de uma nação.”³¹ Nessa acepção, acima dele está o Direito Constitucional, razão pela qual o Direito Penal deve primar pela necessária conformação com a Constituição.³²

Apesar de este ser um pressuposto básico de qualquer diploma infraconstitucional vigente no país, não é necessariamente o que se verifica no Código Penal brasileiro em vigor, uma vez que escrito há quase oitenta anos. Neste particular, imperioso ressaltar que a presente pesquisa não ignora as reformas pelas quais o obsoleto Código de 1940 passou. No entanto, entende-se que tais reformas não se adequam necessariamente aos novos valores constitucionais, pois datam ou de período pretérito à promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; como é o caso da reforma de sua parte geral realizada em 1984, ou ainda de período anterior à sua consagração e completo assentamento; como é o caso da Lei nº 8.072 de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos.

Neste espectro, compreende-se que “de uma comunidade politicamente organizada, a orientação normativa advém de sua própria Constituição, instrumento político-normativo que constitui a própria sociedade.”³³ No caso do Brasil, cuja Carta Magna data de 1988, ou seja, décadas temporal e socialmente avançada com relação ao pensamento reitor da realização de nosso Código Penal dos longínquos

²⁹ FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco*: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais / Luciano Feldens. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 49.

³⁰ SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais*: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal / Raquel Lima Scalcon – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 3.

³¹ Feldens, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco*: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais, ob. cit., p. 67.

³² Cfe. Feldens: “A formação da lei, como ato dotado de significação jurídica, deve externar uma relação de estreita conformação não apenas formal, mas igualmente material à Constituição, instrumento político normativo que se qualifica como o fundamento de validade da produção legislativa ordinária.” in Feldens, Luciano. Ob. cit., p. 66.

³³ FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco*: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais, ob. cit., p. 56

anos quarenta, - e pautado em um momento político e social muito diverso do atual -, esta incongruência apresenta-se de forma austeramente acentuada. Com fulcro nesta premissa, mais uma vez com amparo na lição de Luciano Feldens, entende-se que deste cenário não se pode inferir:

*uma relação de perfeita sincronia - lógica e temporal - entre aquilo que a lei penal prevê como infração penal e aquilo que ela, em coerência com a Constituição, “deveria” - ou não - prever, fazendo-se de todo plausível cogitar-se sobre um eventual excesso ou desvio da atividade legislativa, seja quanto ao reconhecimento de interesses e valores - inclusive extrapositivos - a merecerem imediato ou mais recrudescido enquadramento jurídico, seja quanto a interesses protegidos que não necessitariam sê-lo, ao menos na intensidade em que o foram.*³⁴ (grifo nosso)

Sob a égide de que “o Direito é um *meio* para a promoção de *fins*”, a partir desta noção, segundo Raquel Scalcon, perpassa que “em um Estado Constitucional de Direito [...] o Direito Penal não pode ser um fim em *si mesmo*”, haja vista que deve “servir a fins constitucionais.”³⁵ Em tal sentido, não “basta que o legislador apenas respeite a hierarquia normativa formal e material” na concepção da lei, pois é necessário “que a própria lei se revele suficientemente eficaz na promoção dos objetivos anunciados e pretendidos, como, por exemplo, a tutela de bens jurídicos.”^{36 37}

Com isto, quer-se dizer que é na Carta Política que o Direito Penal necessita buscar as orientações no tocante a quais bens jurídicos devem ou não por ele ser tutelados, pois fato é que o bem jurídico tutelado não pode opor-se ao que determina o texto constitucional - ainda que de forma explícita ou implícita.³⁸ Nesse sentido, “*um aspecto valorado negativamente pela Constituição não pode ser erigido bem jurídico pelo legislador*”. Portanto, num sistema penal cujo modelo de crime é o de “*exclusiva ofensa a bens jurídicos*”, expresso “na fórmula do princípio da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*)”³⁹, parece claro que a devida orientação de tal sistema deve encontrar respaldo na conformação com a Constituição.

³⁴ FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais* / Luciano Feldens. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 56-57.

³⁵ SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal* / Raquel Lima Scalcon – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 1.

³⁶ SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*, op. cit. 2018. p. 2.

³⁷ Cfe. Raquel Scalcon: “[...] somente no contexto de um Direito Penal orientado à produção de efeitos fáticos, os fins – *estados de coisas concretos* – constituem uma categoria juridicamente relevante. Esta compreensão instrumental, *preocupada com fins*, está presente na ideia de que a *função* do Direito Penal deve ser a proteção subsidiária de bens jurídicos constitucionais”. In SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*, op. cit. 2018. p. 2.

³⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 96.

³⁹ FELDENS, Luciano. *A conformação constitucional do direito penal*. in *Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal: Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processo Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS* / coord. Alexandre Wunderlich; Andrei Zenkner Schmidt ... [et al.], ob. cit., p. 215.

4 ALGUMAS DISCREPÂNCIAS E INCONGRUÊNCIAS IDENTIFICADAS NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Não se pode olvidar que o Projeto de Código Penal que deu origem a nosso Código Penal de 1940 é obra de um homem só: o então catedrático da Faculdade de Direito de São Paulo, Alcântara Machado. Assim como toda e qualquer produção não exposta à crítica de sua comunidade científica, seus erros, por óbvio, remanesceram sem oposição até a entrega do projeto, em 1938, a Francisco Campos, Ministro da Justiça da era Vargas e a quem cabia a imperiosa missão de coordenar a elaboração do novo códex penal.

Segundo a história nos conta⁴⁰, por julgar o projeto de Alcântara Machado não suficientemente adequado, por assim dizer, o Ministro Francisco Campos submeteu-o a uma Comissão Revisora constituída pelos magistrados Vieira Braga, Nélson Hungria, Narcélio de Queiroz e do Dr. Roberto Lira, este último, representante do Ministério Público. Do trabalho desta comissão surgiu a remodelação do Projeto de Código Penal, editada com participação do próprio Alcântara Machado, porém, com diversas modificações que o idealizador do projeto não concordava e que, inclusive, abertamente criticou.⁴¹

De toda sorte, a despeito de o bem jurídico hierarquicamente superior (dever) ser a proteção à vida humana, os elaboradores de nosso Código Penal - em uma clara e sistemática incongruência na forma de tratar o tema -, definiram sanções (isto é, cominaram penas) maiores e, portanto, mais intimidadoras, àqueles delitos que ofendem um bem jurídico preponderantemente individual: o direito à propriedade. Destarte, percebe-se a sanha patrimonialista que permeia o Código Penal, principalmente no que se refere a possuir dispositivos mais rigorosos contra crimes em que o bem jurídico ofendido é preponderantemente o patrimônio, em vez da vida.

Tendo em vista o que versa o jurista italiano Luigi Ferrajoli, com base na obra de Rudolf Jhering, pode-se concatenar tal crítica e o conceito de bem jurídico à ideia de que “a tarifa das penas é a medida do valor dos bens sociais.”⁴² Dessa feita, “o sistema de penas” assinalaria “a escala de valores historicamente determinada de uma dada sociedade.”⁴³ Prosseguindo, Ferrajoli identifica que:

Ainda que seja impossível medir a gravidade de um delito singularmente considerado, é possível, no entanto, afirmar, conforme o princípio de proporcionalidade, que do ponto de vista interno se dois delitos são punidos com a mesma pena, é porque o legislador considera-os de gravidade equivalente, enquanto se a pena prevista para um delito é mais severa do que a prevista para outro, o primeiro delito é considerado mais grave do que o segundo.⁴⁴

⁴⁰ MORAES, Mariana Silveira. Vida e morte de um projeto bandeirante: Alcântara Machado e o Código Penal de 1940. *Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena*. [on-line]. Edição 1/2009. Belo Horizonte. 2009. Disponível em < <https://www2.direito.ufmg.br/revistadocaap/index.php/revista/article/view/24/23> >

⁴¹ MACHADO, Alcântara. *Para a história da reforma penal brasileira*. 1941. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/DominioPublico/43976/pdf/43976.pdf> >

⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal* / Luigi Ferrajoli. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 323.

⁴³ Idem, ibidem.

⁴⁴ Idem, ibidem.

Considerando que “O Direito é fato social” que “se manifesta como uma das realidades observáveis em uma sociedade”, compreende-se o direito como “um instrumento institucionalizado de maior importância para o controle social”. Sob tal ótica, temos que, portanto, “a norma jurídica [...] é um resultado da realidade social”, pois “ela emana da sociedade, por seus instrumentos e instituições destinados a formular o Direito, refletindo o que a sociedade tem como objetivos, bem como suas crenças e valorações, o complexo de seus conceitos éticos e finalísticos.”⁴⁵

Para Raquel Scalcon, “quando se afirma que o Direito em geral (e também o Direito Penal) [...] é um meio” a funcionar como “ferramenta para a *indução* de comportamento humano” e, em decorrência disso, também para promover fins constitucionais, “está-se diante de uma teoria instrumentalista acerca da sua natureza.”⁴⁶ Por este ângulo, “negar que o Direito serve a fins parece, hoje, um esforço injustificado.”⁴⁷ Contudo; enfrentar a problemática questão a cerca de um Direito Penal como mero instrumento⁴⁸, bem como se “esta realmente *deve ser* a sua condição” é uma “questão diversa e muito complexa”, uma vez que muito além das pretensões do presente estudo e, a bem da verdade, “trata-se de uma discussão sobre a própria natureza do Direito.”⁴⁹

De todo modo, mesmo que se parta da premissa de que “o legislador penal” tenha “formulado uma lei com pleno atendimento a todas as exigências constitucionais”, ainda assim subsistirá a possibilidade de “que a tutela do bem jurídico ambicionada simplesmente não se verifique na realidade.”⁵⁰ Conforme ilustra Scalcon, com fulcro nos sempre críticos ensinamentos de Zaffaroni, “noutros termos, por mais consistente que seja o sistema penal em âmbito normativo, é preciso verificar a sua efetiva capacidade de *conformar a realidade*”, porquanto “um discurso jurídico-penal estruturado sobre um “dever ser” [...] é incapaz de se traduzir futuramente em um *ser*, isto é, produzir as alterações fáticas prometidas.”⁵¹

Relevantíssimo a este respeito é a indagação feita pela autora:

⁴⁵ ROSA, Felipe Augusto de Miranda. *Sociologia do direito: o fenômeno jurídico como fato social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1970. p. 57.

⁴⁶ SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais*: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal, ob. cit., p. 10.

⁴⁷ SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais*: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal, ob. cit., p. 13.

⁴⁸ Cfe. Raquel Scalcon: “A problemática da utilização do Direito para o atendimento de fins cuja realização não decorre simplesmente do seu adequado cumprimento e aplicação traz novas exigências para a verificação de sua validade constitucional”. In SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais*: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal, ob. cit., p. 13.

⁴⁹ SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais*: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal, ob. cit., p. 13.

⁵⁰ SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais*: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal, ob. cit., p. 3.

⁵¹ SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais*: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal, ob. cit., p. 38.

Ocorre, contudo, que a promoção intencionada pode *jamaiz* se transformar em promoção verificada, originando uma forte tensão entre *ser* (o que se obteve) e *dever ser* (o que se deveria obter). No momento da emissão da lei, não há certezas acerca do seu impacto na realidade social, pois se tem apenas uma hipótese e, em muitos casos, uma hipótese bastante duvidosa. Nesse sentido, quais deveriam ser as consequências, no plano constitucional, caso as intenções do legislador, acima narradas, eventualmente não encontrassem respaldo na realidade social?⁵²

Posto isso, adentra-se no Código Penal Brasileiro, recheado de incongruências na cominação de suas penas e que parece desconhecer a vida como o bem jurídico ao qual cumpriria ao Direito Penal tutelar de forma mais vigorosa. É, pois, que de nosso diploma legal pode-se extrair uma valoração (i.e., das sanções impostas) maior aos crimes contra o patrimônio, em detrimento dos crimes contra a vida e integridade física das vítimas. Isto é, pode-se dizer que o legislador brasileiro confere, comparativa e quantitativamente, mais tutela penal a crimes contra o patrimônio do que a crimes contra a vida.

Tal discrepância pode ser verificada ao ser realizada uma análise comparativa de dispositivos distintos, da ordem dos crimes “contra a vida” e “contra o patrimônio”. Vejamos, portanto, alguns exemplos das incongruências e discrepâncias na proteção a bens jurídicos que podem ser encontradas em âmbito de nosso diploma criminal.

4.1 Uma comparação entre os crimes de Lesão corporal leve (art. 129, caput), Furto simples (art. 155, caput) e Apropriação indébita (art. 168)

Ao cotejarmos o art. 129 do CP⁵³, que versa sobre o crime de lesão corporal, cuja pena estabelecida parte de um período mínimo de três meses a um máximo de um ano de reclusão, com o art. 155⁵⁴, que versa sobre o crime de furto, cuja pena cominada pelo legislador é de um a quatro anos, percebe-se que a pena mínima estabelecida para um crime cometido contra o patrimônio é a mesma pena cominada como máxima para o crime de lesão corporal leve, cujo “objeto da proteção legal é a integridade física e a saúde do ser humano.”⁵⁵ Ora, desta comparação podem surgir indagações, como, p.e., qual seria o sentido de a pena cominada como *mínima* para o crime de furto que – além de não oferecer qualquer tipo de risco à vítima –, possui como objeto da tutela penal apenas a proteção direta da *posse e propriedade de coisa móvel*⁵⁶, ser a mesma pena cominada como *máxima* para o crime de lesão corporal, que, conforme visto, tem como fim a proteção à incolumidade (i.e., os *bens jurídicos* segurança, integridade física e a vida) da vítima?

⁵² SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais*: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal, ob. cit., p. 4.

⁵³ Código Penal: Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano.

⁵⁴ Código Penal: Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa / Cezar Roberto Bitencourt. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 186.

⁵⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado* – 8. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 155.

Talvez a resposta oferecida a tal questionamento não seja tão conclusiva como se gostaria. Porém, ao que tudo aponta, passa obrigatoriamente pela valoração dada pelo legislador penal à propriedade privada e à vida. Tal é, também, o entendimento de Lenio Streck - embora analisando instituto distinto - ainda que no âmbito do crime de furto. O insigne jurista, quando Procurador de Justiça no estado do Rio Grande do Sul, proferiu brilhante parecer acerca da flagrante discrepância na aplicação da majorante do concurso de pessoas no crime de furto:

Com efeito, esse paradoxo decorre do fato de que, enquanto no furto a qualificadora do concurso de pessoas tem o condão de duplicar a pena, no roubo a majorante (causa de aumento de pena), neste caso de concurso de agente, é de (apenas - *sic*) 1/3, podendo ir ao máximo até a metade. Atentemo-nos para a discrepância: *tanto no furto como no roubo, o concurso de agentes qualifica; no primeiro, a pena dobra; no segundo, a pena fica acrescida de 1/3. Ora, no furto a presença de mais de uma pessoa não coloca em risco a integridade física da vítima, e, sim facilita o agir subtraente; já no roubo, a presença de mais pessoas colocam em risco sobremodo a integridade física da vítima. Não obstante isto, o Código Penal valoriza mais a coisa (propriedade privada) que a vida/integridade física.*⁵⁷ (grifo nosso)

As incongruências não se esgotam com os exemplos anteriores. Amostra disso é a previsão para o crime de apropriação indébita, que consiste em “apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção”, conforme art. 168 do CP⁵⁸, e cuja pena cominada vai de um a quatro anos de reclusão. Note-se que a consumação de tal crime depende da “anterior posse lícita da coisa alheia”⁵⁹ e ocorre no “momento em que o agente, por ato voluntário e consciente, *inverte o título da posse* exercida sobre a coisa, passando a dela dispor como se proprietário fosse.”⁶⁰

Ou seja, para um crime cujo bem jurídico tutelado “é a inviolabilidade do patrimônio, particularmente em relação à propriedade”⁶¹, e cuja consumação não oferece qualquer tipo de risco à vida ou integridade física da vítima, a cominação em abstrato da pena prevista no Código Penal brasileiro varia de um mínimo de um a exagerados quatro anos de reclusão.

4.2 Comparação entre o crime de Homicídio simples (art. 121, caput) e Roubo simples (art. 157, caput), à luz das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP

A despeito de o crime de homicídio tratar-se de matar alguém, consistindo no enunciado “mais conciso, objetivo, preciso e inequívoco de todo o Código Penal brasileiro”⁶² e de que o crime de roubo

⁵⁷ Streck, Lenio Luiz. *Tribunal do júri: símbolos e rituais* / Lenio Luiz Streck: - 4. ed. Ver. E mod. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 65.

⁵⁸ Código Penal de 1940: Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado* – 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 812.

⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado* – 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 814.

⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, 3: parte especial: dos crimes contra o patrimônio até os crimes contra o sentimento religioso e respeito aos mortos / Cezar Roberto Bitencourt. – 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 237.

⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa / Cezar Roberto Bitencourt. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 52.

seja definido como a subtração de “coisa móvel alheia, [...] mediante grave ameaça ou violência a pessoa [...]”⁶³, ainda que neste caso os bens jurídicos tutelados sejam mais de um, quer seja, o patrimônio, a liberdade individual, a integridade física e a vida (devido a morte, no caso do latrocínio)⁶⁴, não se pode olvidar que as penas previstas em nosso Código Penal podem ser muito discrepantes diante da realidade fática.

Ao imaginarmos, levando em conta as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP⁶⁵, um caso hipotético de homicídio simples (art. 121, caput, pena de 6 a 20 anos) em que o agente delituoso trata-se de um réu primário, o crime foi considerado de “baixa” culpabilidade, possua bons antecedentes e conduta abonada por seu meio social, não há laudo psiquiátrico indicando personalidade violenta, os motivos do crime não sejam supérfluos, não restaram consequências agravantes ao crime (como, p.e., uma vítima que não deixou filhos pequenos desamparados), e que o comportamento da vítima tenha de alguma forma colaborado para a consumação do crime pelo agente etc. pode-se, facilmente, obter nestes termos uma pena mais próxima da mínima cominada em abstrato pelo caput do art. 121: seis anos de reclusão.

À vista disso, considerando um caso hipotético de roubo simples (art. 157, caput, pena de um a dez anos), em que, diferentemente do primeiro caso, levando em conta as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, o réu seja reincidente, a culpabilidade do crime seja “alta”, isto é, sua conduta seja reprovável, possua maus antecedentes, conduta desabonada por vizinhos e familiares, exista um laudo psiquiátrico indicando personalidade violenta, tenha sido o crime cometido por motivo supérfluo, que tenham restado consequências graves ao crime (ex.: roubou o salário do único provedor de uma família de baixa renda) e que o comportamento da vítima não facilitou a execução do assalto, pode-se, fatalmente, ser o agente delituoso condenado a cumprir uma pena mais próxima da máxima prevista em abstrato para o crime em questão, isto é, dez anos de reclusão.

Portanto, com base nos exemplos citados, a crítica que aqui se faz aponta as incongruências de nosso Código Penal como verdadeiras mazelas a um Estado Democrático de Direito, no sentido de que

⁶³ Código Penal 1940: Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, 3: parte especial: dos crimes contra o patrimônio até os crimes contra o sentimento religioso e respeito aos mortos / Cezar Roberto Bitencourt – 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 98.

⁶⁵ Código penal de 1940: Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

tais discrepâncias no tratamento das penas cominadas em abstrato para diferentes crimes propiciam injustiças do jaez de um assassino (i.e., autor de um crime contra a vida) ser condenado a cumprir uma pena menor do que aquela a que é condenado um ladrão (autor de um reles crime contra o patrimônio). Desse modo, a análise dos dispositivos do Código Penal brasileiro faz crer que prevalece uma incomplacente valoração do patrimônio como bem jurídico hierarquicamente superior à vida, isto é, o estado demonstra exercer seu *jus puniendi* com mais rigor frente a delitos de cunho meramente patrimonial quando comparados a delitos cometidos contra a vida e integridade física de seus cidadãos, pois estes deveriam ser os bens jurídicos cuja tutela ensejaria as mais altas sanções de nosso Direito Penal.

5 POR QUE A PUNIÇÃO ESTATAL É MAIS RIGOROSA FRENTE A DELITOS DE CUNHO PATRIMONIAL ANTE AMEAÇAS À INTEGRIDADE FÍSICA E À VIDA DA VÍTIMA?

“Com o atual Código Penal nasceu a tendência de reformá-lo. A datar de sua entrada em vigor começou a cogitação de emendar-lhe os erros e falhas.”⁶⁶ Foi dessa forma, referindo-se ao Código Penal de 1890, que o então Ministro da Justiça da era Vargas, Francisco Campos, iniciou sua exposição de motivos acerca do Código Penal de 1940 parecendo antever os problemas que permeariam o Diploma que inaugurava.

Conforme visto, é uníssono na parcela da doutrina aqui analisada que a vida constitui o bem jurídico, isto é, o interesse social de maior valia para a tutela penal. Apesar disso, na Exposição de Motivos do Código Penal vigente não é encontrada uma resposta concernente ao diapasão formado por esta tutela penal mais rigorosa frente a crimes contra o patrimônio vs. sanções relativamente mais leves para delitos praticados contra a integridade física/vida.

Nessa perspectiva, pode-se considerar acertada a definição de Cezar Bitencourt, para quem “dentre os bens jurídicos de que o indivíduo é titular e para cuja proteção a ordem jurídica vai ao extremo de utilizar a própria repressão penal, a *vida* destaca-se como o mais valioso.”⁶⁷ É, pois, que “a conservação da pessoa humana” deve ser entendida como “a base de tudo”, uma vez que sua “condição primeira” é a vida, “que, mais que um direito, é a condição básica de todo direito individual.”⁶⁸ Portanto, sem a preservação da vida “não há personalidade, e sem esta não há que se cogitar de direito individual”⁶⁹, donde se aduz que a propriedade privada jamais poderia ser erigida a um patamar em que a tutela estatal a ela dirigida supere a dispensada à preservação da vida e integridade física dos cidadãos.

Oportuna, pois neste mesmo sentido, é a doutrina de Lenio Streck:

⁶⁶ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Rio de Janeiro: 1940.

⁶⁷ Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa / Cezar Roberto Bitencourt. — 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 111.

⁶⁸ Idem, *ibidem*.

⁶⁹ Idem, *ibidem*.

Pode parecer estranho, mas nem todo o ato de tirar a vida de alguém está inserido no Título “dos crimes contra a pessoa”. O crime de latrocínio, previsto no artigo 157 do Código Penal, ocorre quando o autor do roubo, ao empregar violência contra a vítima, vem a matá-la. A sanção, prevista no parágrafo terceiro do artigo 157, varia de quinze a trinta anos, sem prejuízo da multa. Este delito, ao lado da extorsão mediante sequestro com morte (artigo 159, parágrafo terceiro), cuja pena varia de vinte a trinta anos e multa, também previstos no Título “dos crimes contra o patrimônio”, constituem os delitos que recebem a maior pena em nosso Código.⁷⁰

Apontando esta incongruência de nosso Código Penal, Streck complementa com o fato - facilmente perceptível - de que, “não obstante ambos os delitos - latrocínio e sequestro - tratem da morte (ou da vida), são colocados pelo legislador como sendo delitos praticados contra o patrimônio”. Nesse paradoxo, depreende-se que “para a dogmática jurídica, o bem jurídico ofendido de forma preponderante, nesses casos, é o patrimônio” e não a vida.⁷¹

É nesta dicção, portanto, que as críticas às teorias não declaradas da pena parecem ter certa razão. Sem embargo, é o que denuncia Juarez Cirino Dos Santos, quando assevera que a partir do “conceito de modo de produção desenvolvido pelo pensamento marxista” é possível “identificar os objetivos reais do Direito”. Conforme o autor, a existência destes objetivos reais do Direito Penal “é encoberta pelos objetivos declarados do discurso jurídico oficial”, segundo os quais, o significado político do Direito Penal seria o de uma instituição que garantiria a “reprodução da estrutura de classes da sociedade”, a “desigualdade entre as classes sociais”, bem como a “exploração e [...] opressão das classes sociais subalternas pelas classes sociais hegemônicas nas sociedades contemporâneas.”⁷²

Apesar de não ser encontrada uma resposta oficial e objetiva para a questão formulada, ao que tudo aponta, ela reside no grau de importância despendido pelo Estado ao patrimônio em detrimento de um bem jurídico hierarquicamente superior: a vida. Nesse sentido, uma possível resposta à indagação proposta passa necessariamente por uma questão de política-crime galgada na valoração do indivíduo (i.e., das liberdades e direitos individuais), cujas raízes remontam aos ideais iluministas, bem como à ascensão da classe burguesa no período pós-monárquico e da sua necessidade premente em alcançar este seu tão almejado direito à propriedade - relegando interesses coletivos como o direito à vida, à integridade física e à segurança a um patamar de menor importância.

CONCLUSÃO

⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri: símbolos e rituais* / Lenio Luiz Streck: - 4. ed. Ver. E mod. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 53.

⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri: símbolos e rituais*, ob. cit., p. 53-54.

⁷² Santos, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral* / Juarez Cirino dos Santos. - 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 8.

Inserida no cerne da proteção estatal, como expressão, sentido e *ratio* do sistema, está a destinação final da tutela penal: a pessoa.⁷³ Nesse sentido, em um plano ideal, caberia ao Direito Penal aplicar sanções mais gravosas, isto é, cominar penas mais altas, preponderantemente àquelas condutas consideradas verdadeiramente lesivas às pessoas e, conseqüentemente, aos bens jurídicos erigidos por elas enquanto sociedade. Destarte, a tutela estatal à vida deveria ocupar posição hierarquicamente superior à que é ocupada pela propriedade privada - diferentemente do que se verifica em nosso Código Penal -, de modo que os critérios de proteção a bens jurídicos fomentem genuínas garantias de proteção à vida humana.

Mas, então, qual a razão de ser da demasiada cominação de penas para crimes que não oferecem quaisquer riscos à pessoa? Ou melhor, qual o motivo que levou (e leva) o legislador penal brasileiro a cominar penas menores para crimes praticados contra a vida e integridade física das vítimas, seguindo um sentido diametralmente oposto à valoração dada ao patrimônio?

Conforme problematizado, uma possível resposta para esta indagação passa indubitavelmente pela lição de Juarez Cirino dos Santos, para quem - com amparo na doutrina do clássico autor italiano Alessandro Baratta -, a tese de que o bem jurídico serviria “como critério de criminalização e como objeto de proteção penal”, mesmo quando a “concreta lesão do bem jurídico indique eventual ineficácia” desta proteção, explicaria o funcionamento do Direito Penal “como garantia jurídico-política das formações sociais capitalistas.”⁷⁴ Dessa forma, o referido autor assevera que:

A demonstração de que o Direito Penal protege os valores fundamentais das sociedades contemporâneas constitui tese central da Criminologia Crítica: o Direito Penal garante a *desigualdade social* fundada na relação *capital/trabalho assalariado* das sociedades capitalistas.⁷⁵ (grifo no original)

Indo ao ponto, é exatamente por este motivo que, numa sociedade de classes, conforme ilustra Nilo Batista, “os bens jurídicos hão de expressar, de modo mais ou menos explícito, [...] os interesses da classe dominante”. Nesse panorama, “o sentido geral” da seleção destes bens jurídicos “será o de garantir a reprodução das relações de dominação vigentes, muito especialmente das relações econômicas estruturais.”⁷⁶

⁷³ Feldens, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais* / Luciano Feldens. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 52.

⁷⁴ Santos, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral* / Juarez Cirino dos Santos. - 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 16.

⁷⁵ Idem, *ibidem*.

⁷⁶ Conforme adverte Nilo Batista: “Em qualquer caso, o bem jurídico não pode formalmente opor-se a disciplina que o texto constitucional, explícita ou implicitamente, defere ao aspecto da relação social questionada, funcionando a Constituição particularmente como um controle negativo (um aspecto valorado negativamente pela Constituição não pode ser erigido bem jurídico pelo legislador). Numa sociedade de classes, os bens jurídicos hão de expressar, de modo mais ou menos explícito, porém inevitavelmente, os interesses da classe dominante, e o sentido geral de sua seleção será o de garantir a

É com fulcro nesta linha de pensamento que, ao que parece, a tutela estatal evidenciada no Direito Penal Brasileiro trata-se de verdadeira conveniência político-criminal, suscetível, portanto, a todo o descalabro de legislações técnica e ideologicamente equivocadas realizadas até então. Não é por outro motivo, senão o apontado, que o próprio responsável pela elaboração do projeto do Código Penal de 1940, Alcântara Machado, lamentou-se - em artigo publicado após a promulgação do Códex - a respeito das modificações engendradas pela comissão revisora de seu projeto:

Seja como fôr, o código aí está. É, na substância e na forma, o projeto de minha autoria, amputado de vários dispositivos, transtornado parcialmente na ordenação de certos assuntos, modificado puerilmente na redação de muitos preceitos; mas, apesar dessas e outras manobras artificiosas, irrecusável e positivamente reconhecível.⁷⁷

Nesse sentido aponta-se que, hodiernamente, o Direito Penal não pode mais ser um mero instrumento através do qual o Estado impõe o seu *jus puniendi* sem que se filtrem suas sanções à luz da Constituição Federal de 1988. Somente assim, respeitando os direitos e as garantias fundamentais, bem como tutelando adequadamente os bens jurídicos erigidos por nossa sociedade, e em conformidade com nossa Carta Política, cumprirá o Direito Penal o papel de necessário e verdadeiro guardião (em última instância) dos interesses mais caros à sociedade.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado* – 8. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa* / Cezar Roberto Bitencourt. — 12. ed. rev. e ampl. — São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, 3: parte especial: dos crimes contra o patrimônio até os crimes contra o sentimento religioso e respeito aos mortos* / Cezar Roberto Bitencourt. — 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL, Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm#art159>

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Rio de Janeiro: 1940.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte geral, tomo 1º: introdução, norma penal, fato punível* / Aníbal Bruno. – 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

reprodução das relações de dominação vigentes, muito especialmente das relações econômicas estruturais.” in BATISTA, Nilo. Ob. cit., p. 96.

⁷⁷ MACHADO, Alcântara. *Para a história da reforma penal brasileira*. 1941. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos. p. 37. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/DominioPublico/43976/pdf/43976.pdf>>

FELDENS, Luciano. A conformação constitucional do direito penal. In: *Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal: Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processo Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS* / coord. Alexandre Wunderlich; Andrei Zenkner Schmidt ... [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais* / Luciano Feldens. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal* / Luigi Ferrajoli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

JESUS, Damásio de. *Direito penal, volume 1: parte geral* / Damásio de Jesus. — 32. ed. — São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Direito Penal. Parte Geral*, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

LISZT, F. V. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003.

MACHADO, Alcântara. *Para a história da reforma penal brasileira*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941. p. 37. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/DominioPublico/43976/pdf/43976.pdf>>.

ROXIN, Claus. *A proteção a bens jurídicos como função do Direito penal* / Claus Roxin: org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral* / Juarez Cirino dos Santos. - 3. ed. - Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal* / Raquel Lima Scalcon. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri: símbolos e rituais* / Lenio Luiz Streck: - 4. ed. Ver. E mod. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 56.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11 -7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

Recebido em: 05/11/2017.

Aceito em: 27/02/2019.

