IBCCRIM

São Paulo, 04 de outubro de 2012.

Ao Excelentíssimo Senhor
SENADOR PEDRO TAQUES
DD. Relator do Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012 (Reforma do Código Penal)
SENADO FEDERAL
Brasília (DF)

Assunto: Sugestões ao Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012, que trata da Reforma do Código Penal.

Prezado Senador,

O IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – recebeu, honrado, ofício por meio do qual V.Exa. insta o Instituto a participar de diálogo, com o envio de contribuições dos membros do IBCCRIM acerca do Projeto de Lei do Senado n. 236/2012, de que V.Exa. é Relator.

Como é do conhecimento de V.Exa., o IBCCRIM, desde o primeiro momento, mostrou-se preocupado com os rumos tomados pela Comissão de Juristas designada pelo Senado Federal para proposta de Reforma do Código Penal. Tanto isso é verdade que, em primeira hora, o IBCCRIM foi subscritor de pedido de maior prazo para discussão da proposta.

O Instituto é plenamente sabedor das boas intenções da Comissão e do próprio anteprojeto. Diversas de suas colocações são amplamente

Subsecretaria de Apoio às Comissões Especiais e Parlamentares de Inquérito
Recebido em 09 / 10 / 12
Às 09 : 45 horas.
Felipe Costa Bezerra

SENADO FEDERAL
Fl. nº 834

meritórias. Havia, assim, a necessidade complementar de verificação e levantamento de questões para o aprimoramento da Reforma Penal.

Em reunião de Diretoria do Instituto, e após avaliação de diversos pontos da proposta, foi deliberada a impossibilidade de correção do projeto, no prazo assinalado. Os erros pontuados, bem como a perda de referencial lógico na disposição dos bens jurídicos tutelados, além de evidentes incongruências dogmáticas e vícios vários, de outras ordens, tornam impensável a correção do que se apresenta. Melhor e mais salutar é requerer-se, pois, a não aprovação do Projeto.

É de se ver que essa colocação não é unicamente do IBCCRIM. Alguns dos membros da mencionada Comissão e outros juristas assim já se manifestaram, durante duas audiências públicas, amplamente divulgadas, que ocorreram durante o Seminário Internacional do IBCCRIM, em agosto último. Do mesmo modo, diversos posicionamentos de outras agremiações acadêmicas e institutos jurídicos, reunidos, v.g., em Ato em Defesa do Direito Penal, ocorrido na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, no último dia 24 de setembro.

Por isso, o IBCCRIM se limita, neste momento, a encaminhar, a título meramente exemplificativo, anotações pontuais feitas ao Projeto. Cumpre assinalar que o acatamento destas observações não torna, ao ver do IBCCRIM, o Projeto de Lei adequado ou aceitável, porque, como dito acima, os problemas são de tão mais sérios e até mesmo de origem. Desta forma, o IBCCRIM protesta, efetivamente, ainda que sanadas tais incongruências, pela interrupção da tramitação do Projeto ou não aprovação do Projeto.

Feitas tais considerações, o IBCCRIM se coloca, como sempre, à disposição de V.Exa. e do Senado da República para todos os esclarecimentos e auxílios que se fizerem necessários, cabendo, também, informar que pugna pela concessão de prazo razoável a fim que a comunidade acadêmica possa enfim envolver-se de fato no processo legislativo e fazer proposições efetivas para reformas globais do sistema penal, em um debate democrático como se pugna.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 23

IBCCRIM

Certo da compreensão de V.Exa. e sabedor do particular pendor de V.Exa. à causa da Justiça, o IBCCRIM apresenta votos de elevada estima e distinta consideração.

Marta Saad
Presidente

SENADO FEDERAL
Fl. nº 836

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
Rua XI de Agosto, 52 - 2.º Andar - CEP 01018-010 - São Paulo - SP - TEL & FAX 3105-4607
http://www.ibccrim.org.br - e-mail: ibccrim@ibccrim.org.br

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

COMISSÃO DE DIREITO PENAL

COMENTÁRIOS AO RELATÓRIO FINAL AO ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL

Requerimento 756/2011

2012

SENADO FEDERAL
Fl. nº 832
SSOF/SF

Membros:

Renato de Mello Jorge Silveira

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara

Alamiro Velludo Salvador

Cristiano Ávila Maronna

Eduardo Saad Diniz

Fernando Gaspar Neiser

Luciano Anderson de Souza

Pierpaolo Cruz Bottini

Victor Gabriel Gonçalvez

Colaboradores

Ana Carolina de Oliveira

SENADO FEDERAL
Fl. nº 831
SSCEPI

INTRODUÇÃO

A publicação do Relatório Final ao Anteprojeto de Código Penal, elaborado por Comissão de Juristas, determinada pelo Requerimento nº 756, de 2011, causou esperança e preocupação no cenário penal. A esperança evidenciava-se pela esperada reforma global da legislação penal. Tal esperança, no entanto, em rápido tempo passou a preocupação. Essa preocupação consolidou-se pelo trabalho apresentado.

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim –, em conjunto com o Instituto Manoel Pedro Pimentel – IMPP –, do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo, nesse sentido, apresenta relatório analítico parcial sobre o trabalho apresentado pela Comissão de Juristas. Na realidade, não se pretende uma avaliação ideológica, pontuando-se incriminações ou descriminalizações, aumentos e diminuições de pena, o que poderia apenas refletir política criminal seguida, em um momento ou outro, pela Comissão. O trabalho aqui desenvolvido tem por escopo a apresentações de aparentes equívocos e impropriedades do ponto de vista dogmático.

O anteprojeto pode ter ótimos propósitos, uma visão aparentemente descriminalizante e redutora de tipos penais, ideário redutor da população carcerária, entre tantos bons propósitos. Nada disso, aqui, é objetado; Autores outros já o fizeram com maior propriedade, como é caso de Luís Greco. A

SENADO FEDERAL Fl. nº 239 SSCEPI

ponderação do IBCCrim é outra. As críticas são feitas quanto ao tempo despendido para a análise global da legislação brasileira e elaboração de uma nova codificação; à forma e postura acientífica assumida pela Comissão de Juristas disso encarregada; e, fundamentalmente, pelo trabalho final apresentado, o qual peca em inúmeros pontos. A linguagem assumida, a confusão terminológica, os evidentes erros dogmáticos e de técnica legislativa são apenas alguns exemplos disso. Considerando a capacidade dos membros da Comissão, isso apenas pode se explicar pelo diminuto espaço temporal destinado aos trabalhos. Mas não só. Uma política explicitamente utilitarista, que pretende legitimar a aprovação do texto a todo custo, é reflexo temerário dos dias atuais. Um Código Penal, entretanto, não é feito desse modo.

O IBCCrim, durante os eventos de seu 18º Seminário Internacional de Direito Penal, em 29 e 30 de agosto de 2012, realizou Mesas Redondas para discutir o Anteprojeto. Para tanto, foram convidados o ilustre Procurador da República, Dr. Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, e os juristas, Professor Miguel Reale Júnior, Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e René Ariel Dotti, Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Estes últimos, diga-se, membros de diversas anteriores comissões de reforma penal, inclusive a da Reforma da Parte Geral de 1984.

As colocações postas naquele debate bem ilustram as críticas aos trabalhos da Comissão. Também o fazem as colocações dispostas em um Manifesto divulgado pelo IBCCrim e pelo IMPP. Ao que parece, o interesse de aprovação a todo custo de uma reforma autorizou a mesma, em seu sentir, a ignorar a técnica e a boa prática de debate científico. Preferiu-se, então, simples audiências públicas, como se a pressão dos chamados gestores atípicos da moral pudessem legitimar a falta de boa prática.

A falta de rigor é tamanha que pode ser vista na própria Exposição de Motivos do pretenso anteprojeto. Não existiu nem mesmo um trabalho de relatoria final, notando-se que, simplesmente, cada membro da Comissão se encarregou

SENADO FEDERAL
Fl. nº 840

de uma parte temática, aqui, ou acolá. Terminantemente, é de se ver que o Relatório Final é absolutamente abundante em imperfeições técnicas, as quais viciam o trabalho realizado, marcando-o de morte.

A falta de aparente conhecimento histórico dos trabalhos de Comissões passadas, no Brasil e no exterior, viola e sepulta qualquer possibilidade de defesa do Anteprojeto. Se existe uma coisa que a história ensina ao Direito Penal é que não se pode ter pressa em alterações desse porte. Se Radbruch dizia que era de se buscar não um Direito Penal melhor, mas algo melhor que o Direito Penal, insofismável é o fato de que o anteprojeto apresentado não caminha em uma ou em outra direção. Para se evitar que se perca a cientificidade da lei penal, e o reconhecimento de que em algum momento já teve o Brasil no cenário jurídico-penal internacional.

As avaliações são feitas de modo sucinto e breve, apenas demarcando os problemas, sem maiores aprofundamentos dogmáticos, como, aliás, foi a opção da própria Exposição de Motivos apresentada. Justamente por essa razão, foram destacados alguns itens para análise, em especial, alguns da Parte Geral e outros da Parte Especial. Esse levantamento por amostragem tem por objeto, justamente, a colocação de que o trabalho realizado, mais do que reforma global do Código Penal, limitou-se a uma consolidação de leis penais atuais, sem se preocupar com várias e várias críticas e imperfeições da legislação atual, as quais vem sendo levantadas durante toda a existência normativa.

A Comissão interna do IBCCrim, bem como o IMPP, acabaram por optar, dessa forma, em traçar pequeno comentário, ao depois do tópico e de sua justificativa posta na Exposição de Motivos. Assim, procurou-se, a exemplo dessa mesma Exposição de Motivos, tão-somente levantar alguns pontos falhos e imperfeições, as quais acabam por viciar o tema em debate. O levantamento é feito por amostragem, tendo o escopo apenas e tão só de evidenciar a quantidade de vícios. Dado, também, o exíguo tempo de discussão no próprio Senado Federal, a opção de comento de apenas algumas figuras, tornou-se obrigatória.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 941

Nesse sentido, e reiterando que as colocações aqui postas não dizem respeito aos ilustres membros da Comissão de Juristas, nem a seus propósitos, mas sim, à forma optada, é a colocação da Comissão interna do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais pelo não apoio ao Relatório Final formulado pela Comissão de Juristas, sendo mais recomendável a elaboração de um novo texto. Em tempo oportuno, será apresentado um relatório mais completo, destacando maiores considerações sobre os problemas apresentados. O que não se pode aceitar, de modo algum, é a aprovação do texto comentado, o que atacaria de morte do Direito Penal como um todo.

São Paulo, setembro de 2012.

SENADO FEDERAL
SF Fl. nº 8427
Assinatura

PARTE GERAL

SENADO FEDERAL
Fl. nº 243
Comissão

INTRODUÇÃO

A Parte Geral do anteprojeto de Código Penal apresentado pela Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal guarda problemas de toda a ordem. Alguns desses vícios merecem destaque inicial.

Observe-se que o anteprojeto aparentemente procurou utilizar-se de linguagem mais simples, como que tornando o Código de acesso à população. Esse é um gravíssimo erro, pois a construção dogmática obedece a critérios próprios e nem sempre a linguagem coloquial tem o mesmo significado que a linguagem técnica. Seriam, assim, absolutamente desnecessárias diversas modificações encontradas no anteprojeto. Suas alterações deveriam ser limitadas a pontos de controvérsia, o que não se deu.

É de se criticar, veementemente, a falta de unidade de redação do anteprojeto. A situação chega a ponto tal que abre a possibilidade de se entender que vários foram os autores do texto, como se este fosse dividido e distribuído aos membros da Comissão. Isso seria impensável, mas fato é que a falta de unidade prejudica todo o anteprojeto. A mesma falta de coerência é percebida quando da leitura da exposição de motivos, essa sim, dividida em sua autoria.

A falta de coerência dogmática pode ser sentida em inúmeros pontos. Aqui, propositalmente, não se analisarão questões que podem ser explicadas por simples opção de política criminal. Limitar-se-á, pois, à demonstração do erros percebidos por amosntragem.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 849
SSCEPI

Legalidade

Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Parágrafo único. Não há pena sem culpabilidade.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

Não há pena sem culpabilidade. A primeira inovação digna de nota na Parte Geral vem logo no artigo 1º. Após repetir a tradicional fórmula que vem desde o Código Criminal do Império – não há crime sem lei anterior, nem pena sem prévia cominação legal - adotada por igual pelo artigo 5º da Constituição Federal, a proposta sugere o acréscimo de parágrafo dizendo que "não há pena sem culpabilidade". Consagra-se, deste modo, o Direito Penal do fato e da culpabilidade, infenso à responsabilidade objetiva e à condenação do ser ou do modo de ser da pessoa. É o fato, medido sob a régua constitucional da proteção dos bens jurídicos, anteriormente definido em lei, que pode sujeitar alguém à responsabilização, na medida de sua reprovabilidade.

COMENTÁRIO

A alteração mostra-se completamente desnecessária, além de contrária ao bom senso. Incialmente. Deve-se recordar que a alteração proposta viola a máxima consagrada, e aceita por todos desde Feuerbach. Mas, mais do que isso, deve-se recordar que pela teoria do delito, a avaliação normalmente se dá em três diferentes

SENADO FEDERAL
Fl. nº 845
SSCEPI

estágios: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. A prévia cominação legal diz respeito, exatamente, à ideia da tipicidade.

Sucessivamente são avaliadas a ilicitude e a culpabilidade. Entretanto, cada qual é avaliado em patamar diverso. A atual redação é indutora das demais avaliações. Uma vez constatada a tipicidade – a cominação legal – passa-se à avaliação negativa da ilicitude e, finalmente da culpabilidade. É óbvio que a culpabildiade tem que ser presente, mas sua presença no pórtico do Código Penal estabelece uma complicada inversão da avaliação. Melhor seria a manutenção dos atuais termos.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 96
SSCEPI

Regras gerais

Art. 13. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, incluindo o Código Penal Militar e o Código Eleitoral.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS:

"O Código Penal deve se o centro do sistema de penas do ordenamento jurídico brasileiro, ainda que, por necessidade de normatização cível ou administrativa, com ele coexistam subsistemas normativos, como o Código Civil, Eleitoral, Militar e do Consumidor, ou de leis como a do Meio Ambiente, o Estatuto do Idoso ou do Torcedor. As especificidades do bem jurídico penalmente tutelável podem vir desta normativa extrapenal, mas ao Código Penal incumbe definir as condutas com técnica própria, de matriz constitucional (a definição do crime), sistematizando-as, dando-lhes caráter harmônico e proporcional com as outras que descreve. O fenômeno da legislação penal extravagante provou mal, na história recente de nosso país, até por ser permeável ao fascínio da legislação penal de urgência, que traz soluções penais sem prazos de normal maturação e aperfeiçoamento. Quando, todavia, não for possível a reunião das disposições sob o Código e virem remanescerem leis penais especiais, a aplicação das regras penais gerais codificadas serve como sustentação da ciência sistêmica do conjunto de penas. Ainda que esparsa a definição de crime e da pena, será o Código Penal quem informará sobre os critérios de sua cominação, substituição e aplicação. A concretização e proteção dos direitos e garantias constitucionais, operadas pelo Código Penal, há de ser suficiente, destarte, para assegurar o Direito Penal Proporcional reclamado pela Lei Maior."

SENADO FEDERAL
Fl. nº 847
SSCEPI

COMENTÁRIO

O Anteprojeto confunde legislação esparsa e subsistema penal. O Código Penal Militar estabelece, sim, um subsistema penal próprio, englobando, até mesmo, um subsistema processual-penal, guiado pelo Código de Processo Penal Militar. O Código Penal Militar, por sua vez, é um código em sua essência, dispondo de Parte Geral e Parte Especial. A sua Parte Geral dispõe de particularidades próprias, as quais diferem da Parte Geral comum, estipulando outras formas e institutos, próprios da lei da caserna.

O que o Anteprojeto simplesmente parece propor é a revogação dessa Parte Geral. Olvida-se, por completo, que aquela Parte Geral castrense sempre se distanciou da Parte Geral, estipulando, entre outros temas, o próprio conceito de crime militar ou de causas específicas de exclusão de ilicitude.

A alegação básica e inaudita da Comissão de Juristas parece ser a necessidade de que a lei castrense venha a seguir, em passo curto, um fundamento democrático estabelecido pela Constituição de 1988. Esse, um propósito elogiável. Entretanto, não se pode com bons propósitos violar a própria superestrutura do sistema penal. O mais recomendável seria estipular, também, reformas no sub-sistema penal militar. A se pretender o contrário, que se assuma a posição de simples extinção desse sub-sistema.

Ainda que a Comissão afirme que a intenção foi de adequar o CPM à realdiade constitucional de 1988, ao simplesmente revogar e substir sua Parte

SENADO FEDERAL
Fl. nº 848
SSCEPI

Geral pela Parte Geral do CP, ignorou as particularidades daquela. Revogou, assim, as definições imprescindíveis de crime militar (art. 9º), crimes militares em tempo de guerra (art. 10), militares estrangeiros (art. 11), militar reformado (art. 13), defeito de incorporação (art. 14), tempo de guerra (art.15), crimes praticados em tempo de guerra (art. 20), pessoa considerada militar (art.22), equiparação a comandante (art.23), conceito de superior (art.24), crime praticado na presença do inimigo (art.25), casos especiais de exclusão de ilicitude (art.42, paragrafo único), elementos não constitutivos do crime (art.47), equiparação a maiores (art.51), pena de morte (art.56), casos de não aplicação da suspensão condicional da pena (art.88), pena de perda de posto e patente (art.99), indignidade para o oficialato (art.100), incompatibilidade com o oficialato (art.101), pena de exclusão das forças armadas (art.102), situações de prescrição (art.125), prescrição no caso de insubmissão (art.131), prescrição no caso de deserção (art.132), entre outras.

De igual modo, não se pode aceitar que, conforme a redação proposta, toda e qualquer lei especial futura venha a se pautar pelo ditado no Código Penal. Podem sobrevir situações que clamem por um detalhamento específico, que imponha novos rumos. Em outras palavras, não se pode aceitar que a Comissão se poste em um altar soberbo, não aceitando modulações a situações futuras de novas leis.

A ideia era o afrontamento à legislação militar, melhor seria a extinção da Justiça Militar, mas, nunca, ignorar que ela se constitui com um subsistema penal autônomo. Por outro lado, é de se ver que caberia, no máximo, uma reforma da Parte Geral do CPM, e não sua simples violação.

Outro não é o entendimento acerca da lei eleitoral, atualmente distribuídos no Código Eleitoral, na Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97); na Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/95); na Lei nº 6.091/74, que disciplina o transporte de eleitores; e na Lei Complementar nº 64/90. Ademais, vislumbrou a Comissão responsável pela sistematização do anteprojeto a oportunidade de retirar do ordenamento jurídico os tipos penais relativos a condutas "consideradas desnecessárias

SENADO FEDERAL
Fl. nº 849
SSCEPI

para a sociedade brasileira atual", nas palavras da justificativa que acompanhou o trabalho; bem como de adequar as sanções de diversos tipos penais, com vista ao atendimento do princípio da proporcionalidade.

Embora possa aqui se afirmar que nessa quadra não suscite maiores problemas de ordem prática ou teórica a reunião dos crimes eleitorais sob a égide do Código Penal, problemas sim existem. É certo que o próprio Código Eleitoral não criou um microssistema próprio de normas gerais penais, como a lei militar. Em seu art. 287, ao contrário, assevera que "aplicam-se aos fatos incriminados nesta lei as regras gerais do Código Penal". Praticamente a única alteração de monta, no que diz respeito às normas genéricas de interpretação dos crimes eleitorais, diz respeito à fixação das penas. A técnica legislativa escolhida à época não trazida penas mínimas no próprio tipo penal, razão pela qual a norma do art. 284 estipulava ser de quinze dias para a pena de detenção e um ano, no caso de reclusão. Ponderação semelhante há para o cálculo do valor do dia-multa, fixado no âmbito dos crimes eleitorais no art. 286 do Código Eleitoral, o que não parece criar obstáculos à uniformização com o restante da legislação penal. Assentada a possibilidade de reunião dos crimes eleitorais no Código Penal, impõe verificar as demais alterações propostas.

A mais saliente mudança é a extinção de dezenas de crimes eleitorais relativos à organização das eleições e à propaganda eleitoral. O anteprojeto se apoia, neste mister, em uma bem vinda tentativa de descriminalizar condutas de pequena repercussão social. No caso dos crimes eleitorais, tal se reflete na abolição de crimes como a boca-de-urna, a dupla filiação partidária e a violação da ordem de votação, dentre outros tantos.

De igual modo, crimes que se repetiam no Código Penal e no Código Eleitoral, alterando apenas o âmbito de sua prática, foram todos reunidos sob tipificação genérica. Assim, por exemplo, a desobediência a determinação da Justiça Eleitoral; a falsificação com finalidade eleitoral; e os crimes contra a honra de candidato (injúria, calúnia e difamação eleitorais). Algumas críticas, contudo, merecem ser feitas ao anteprojeto, com o intuito de evitar futuros questionamentos na aplicação da lei.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 850
SSCEPI

A caracterização de um crime como eleitoral implica na atribuição da competência de seu processamento e julgamento para a Justiça Eleitoral, bem como da tarefa de sua persecução ao Ministério Público Eleitoral. O novo regramento proposto, no art. 325 do anteprojeto, traz mais dúvidas que soluções. Passa a ser eleitoral o crime praticado "em detrimento da Justiça Eleitoral, de candidatos ou do processo eleitoral".

Esta regra, é certo, distancia-se, por exemplo, do caráter restrito dos crimes contra a honra hoje previstos no Código Eleitoral. O elemento normativo que atrai a competência da Justiça Eleitoral é o âmbito no qual exarada a ofensa (na propaganda eleitoral) ou seu intuito (de propaganda eleitoral). Com a regra agora proposta, sem embargos, qualquer ofensa que se subsuma à tipificação dos crimes contra a honra, desde que praticada contra candidato, será crime eleitoral, pouco importando sua repercussão como ato de propaganda ou não.

Outra crítica merece ser feita à falta de critério para a descriminalização proposta. Ainda que não se discorde da sugestão de exclusão dos tipos penais em concreto, é certo que outros tantos poderiam ter seguido a mesma trilha, caso algum critério tivesse sido escolhido para justificar a proposta. Explica-se..

Uma série de crimes, atualmente tipificados, visa controlar o conteúdo das propagandas eleitorais. Proíbe-se criminalmente a divulgação de fatos sabidamente inverídicos (art. 323 do CE); o uso de símbolos, frases ou imagens de entes públicos (art. 40 da Lei nº 9.504/97); a realização de propaganda em língua estrangeira (art. 335 do CE); e a divulgação de pesquisa eleitoral fraudulenta (art. 33, § 4º da Lei nº 9.504/97).

O anteprojeto em análise descriminaliza quase todas as condutas acima descritas, mantendo apenas a proibição à veiculação de fatos sabidamente inverídicos, no art. 328 da proposta. Ocorre que não se vislumbra uma linha coerente de argumentação que justifique vislumbrar ausência de necessidade de criminalização na formulação e divulgação de pesquisas fraudulentas, mantendo-se o tipo genérico, indubitavelmente de consequências menos gravosas. Ou bem se concluía pela

SENADO FEDERAL Fl. nº 251 SSCEPI

descriminalização de todas as condutas ligadas ao conteúdo das propagandas eleitorais, ou mantinham-se como crimes, por coerência, condutas assemelhadas ontologicamente.

Última questão que merece ser salientada diz respeito à incompletude do trabalho de reunião dos tipos penais eleitorais. A Lei Complementar nº 64/90, que trata das inelegibilidades, prevê em seu art. 25 o crime de arguição de inelegibilidade temerária ou de má-fé. Referido tipo penal, é certo, não está incluído dentre os que se propõe revogação no anteprojeto.

Por certo que não se podia vislumbrar a necessidade de que Lei Complementar viesse a revogar referido tipo penal, o que tornaria impossível chegar a tal intento por meio de Lei Ordinária, como é o caso do Código Penal. Sem peias, as leis complementares, quando tratam de questões não afetas à autorização constitucional dada para sua elaboração, são tidas por leis ordinárias, podendo ser por elas alteradas ou revogadas. Desde modo, sendo a Lei Complementar nº 64/90 autorizada pelo art. 14, § 9º da Constituição Federal, resta fora de dúvida que ao estatuir crime, extrapolou os limites de sua competência complementar, pelo que a norma assume a hierarquia de lei ordinária.

Nesta linha de raciocínio, a proposta de reunir "toda a legislação extravagante", como consta da justificativa do anteprojeto, poderia ter sido feita com maior atenção, evitando que o intérprete se ponha a questionar quanto à manutenção ou abolição de crimes não repetidos no anteprojeto, tendo de buscar na infindável lista de normas revogadas o tipo penal perquirido.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 852
Sscepi

O fato criminoso

Art.14.A realização do fato criminoso exige ação ou omissão, dolosa ou culposa, que produza ofensa, potencial ou efetiva, a determinado bem jurídico

Parágrafo único. O resultado exigido somente é imputável a quem lhe der causa e se decorrer da criação ou incremento de risco relevante, dentro do alcance do tipo.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

A missão de proteção dos bens jurídicos. O Direito Penal da culpabilidade e do fato resolve-se na finalidade de proteger posições jurídicas compatíveis com a Constituição (ainda que nelas não diretamente expressadas). É um direito que não se quer moral ou religioso, que não se presta a limitar modos de vida que não afetem terceiros ou a paz pública, nem se volta para exigir conformidades emocionais, sentimentais ou de pensamento em face de verdades públicas ou majoritárias. É um Direito Penal do pluralismo e da proteção do pluralismo, essencial à vida comunitária. Não colhe situações ou estados, mas comportamentos. Não pune a causação, se desacompanhada dos elementos subjetivos indicativos do desvalor da ação: o dolo e a culpa. Daí se falar que *"a realização do fato criminoso exige ação ou omissão, dolosa ou culposa, que produza ofensa, potencial ou efetiva, a determinado bem jurídico".*

Causação e imputação. Sem embargo da repetição do tradicional conceito de causa adotado pelo vigente Código Penal – considera-se causa a conduta sem a qual o resultado não teria ocorrido – houve-se por bem limitá-lo. Filiado ao caminho da *conditio sine qua non,* deixava-se o conceito de causa ser contido somente pelos

SENADO FEDERAL Fl. nº 853 SSCEPI

critérios subjetivos de imputação (dolo e culpa), à margem da investigação científica das penúltimas e últimas décadas do século XX, que o restringe também por critérios objetivos. Ao condicionar a imputação à decorrência da criação ou incremento de risco proibido, tipicamente relevante, dentro do seu arco de proteção, a proposta aproxima-se das doutrinas da imputação objetiva. Mantém a precursora norma do atual Código Penal relativa à concausalidade, que já permitia algum grau de modulação na causalidade, ao dizer que se excluía a imputação quando a causa superveniente "por si só" produzia o resultado. Foi mantida outra norma do atual Código, também precursora da causalidade temperada pelo risco, a dos crimes omissivos (que, numa das figuras, determinava a imputação quando o comportamento anterior do omitente "criava o risco" da ocorrência do resultado). Foram preservadas as fontes formais da posição de garantidor, mas acrescentada a cláusula de equivalência axiológica entre a ação e a omissão.

COMENTÁRIO

O anteprojeto para alicerçar-se na conhecida máxima de que a missão do Direito Penal é a proteção a bens jurídicos. Essa máxima, no entanto, tem fundo necessariamente dogmático. Jamais deveria isso fazer parte expressa da lei penal. Isso porque como foi feito, o antepreojeto faz menção apenas a ofensa potencial ou efetiva a bem jurídico. Olvida-se, por completo, de situação de perigo abstrato, que foi simplesmente revogada no presente texto.

Por outro lado, ninguém pretende, aprioristicamente em determinada ação, ofensa a bem jurídico, mas, tão-só, a ocorrência de resultado. Imaginar-se que o agente pretende, sim, determinada ofensa é aceitar um conhecimento para além da capacidade do agente.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 854
SSCEPI

Dolo e culpa

Art. 18. Diz-se o crime:

I - doloso, quando o agente quis realizar o tipo penal ou assumiu o risco de realizá-lo, consentindo ou aceitando de modo indiferente o resultado.

II - culposo, quando o agente, em razão da inobservância dos deveres de cuidado exigíveis nas circunstâncias, realizou o fato típico.

Excepcionalidade do crime culposo

Art. 19. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Redução da pena no dolo eventual

Art. 20. O juiz, considerando as circunstâncias, poderá reduzir a pena até 1/6 (um sexto), quando o fato for praticado com dolo eventual.

Imputação de resultado mais grave

Art. 21. O resultado que aumenta especialmente a pena só pode ser imputado ao agente que o causou com dolo ou culpa.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

Dolo direto e eventual. A distinção entre dolo direto, dolo eventual e culpa consciente é das questões mais tormentosas da dogmática penal. Como no anteprojeto proposto surgem figuras novas como a da "culpa gravíssima", bem como a possibilidade de

SENADO FEDERAL
Fl. nº 855
SSCEPI

redução da pena, em um sexto, no caso do dolo eventual, preocupou-se a Comissão em oferecer critério distintivo mais aperfeiçoado. Daí a sugestão de que no dolo eventual o agente assumiu o risco de realizar o tipo penal, *"consentido ou aceitando de modo indiferente o resultado"*, ao passo que no dolo direito o agente quis realizar o tipo penal. Consentimento e indiferença, diante da previsibilidade objetiva do resultado, fazem o dolo eventual.

COMENTÁRIO

O anteprojeto pretendeu aclarar situações de dolo e culpa. A redação é, no entanto, equivocada. O dolo e a culpa fazem parte do tipo subjetivo, e portanto é impensável imaginar-se que o agente age com dolo quando quis realizar o tipo do qual o dolo é parte. A incongruência é total. Por outro lado, o agente não pretende realizar o tipo, mutável que é. O agente sempre anseia pelo resultado.

A redução facultativa para o dolo eventual, embora salutar, provavelmente vai ser entendida como um poder-dever do juiz, o que quebra, por completo, a ideia de atribuição do dolo, principalmente em havendo previsão específica de casos de aumento de pena para culpa gravíssima, que se mostraria mais grave que o crime doloso.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 856
SSCEP

Início da execução

Art. 24. Há o início da execução quando o autor realiza uma das condutas constitutivas do tipo ou, segundo seu plano delitivo, pratica atos imediatamente anteriores à realização do tipo, que exponham a perigo o bem jurídico protegido.

Parágrafo único- Nos crimes contra o patrimônio a inversão da posse do bem não caracteriza, por si só, a consumação do delito.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

Atos preparatórios e início da execução. Conforme entendimento majoritário da doutrina, o Código Penal havia adotado um critério objetivo-formal, segundo o qual a passagem da preparação impunível para a execução ocorre pelo início da realização da conduta típica. Com a nova redação, também já haverá execução quando o agente, segundo seu plano delitivo, pratica atos imediatamente anteriores à realização do tipo, que exponham a perigo o bem jurídico protegido, aproximando-se, assim, do critério objetivo-subjetivo. Ou seja, considera o plano do autor conjugando-o com critérios objetivos de sua valoração, como a imediata exposição do bem a perigo e a imediatez temporal da conduta.

A consumação nos crimes patrimoniais. A doutrina civilística da inversão do ânimo da posse, malgrado objeto de decisões do Supremo Tribunal Federal, foi considerada insuficiente para a distinção entre tentativa e consumação, de grande relevo para a tipificação adequada da conduta. Ações ainda não concluídas poderiam levar ao reconhecimento da consumação delitiva. Por outro lado, não se preconizou a adoção do ponto de vista rival, segundo o qual apenas da posse "mansa e pacífica" adviria o

SENADO FEDERAL
Fl. nº 85
SSCEPI

aperfeiçoamento do tipo penal. Esta solução poderia ser injusta de outro modo, considerando mera tentativa situações de evento consumado. A fórmula constante do anteprojeto, destarte, indica a insuficiência da inversão possessória, demandando que o reconhecimento da consumação seja completado por outras circunstâncias indicativas.

COMENTÁRIO

Existe perigosa colocação de antecipação da tutela penal. Não se restringe, em termos de tecnica-jurídica, o alcance do que seriam atos imediatamente anteriores à realização do tipo. Aliás, a colocação do tipo, aqui, é absolutamente errônea, já que deveria se mencionar o resultado, e não a ação.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 859
SSCEPI

Princípio da insignificância

Art.28 §1º."Também não haverá fato criminoso quando cumulativamente se verificarem as seguintes condições:

a)mínima ofensividade da conduta do agente

b)reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento

c)inexpressividade da lesão jurídica provocada.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

"Princípio da insignificância. A dificuldade da previsão abstrata de conduta (tipo de crime) que permite a aplicação da pena para reger todas as situações que, em teses, nele caberiam, é objeto de antiga construção doutrinária: *de minimum non curat praetor*. A subtração de um alfinete e de um valiosíssimo diamante cabem, cada qual, no tipo de subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel. Erigida em doutrina aceita e orientação jurisprudencial firme, a insignificância permite a distinção entre a tipicidade material (a lesão relevante, efetiva ou potencial, ao bem jurídico) e a tipicidade formal, a mera subsunção do fato à descrição normativa. Urgia, entretanto, para avançar na previsibilidade e segurança jurídica necessárias ao ambiente penal, que os critérios para o reconhecimento desta hipótese de atipicidade fossem positivados. A proposta recolhe três elementos essenciais para a insignificância (a mínima ofensividade, reprovabilidade e lesividade da conduta) e as traz como excludente do fato criminoso. A despeito do nome tradicional, que lhe atribui a natureza de 'princípio', trata-se, em verdade, de necessária técnica hermenêutica."

SENADO FEDERAL Fl. nº 859 SSCEPI

COMENTÁRIO

Apesar da alegação de que a proposta seria minimalista, tendo em vista o conjunto de regras previstas no Anteprojeto de Código Penal, pode-se identificar uma tendência de real expansão do Direito Penal no país. Isso também se reflete com o agravamento das sanções impostas a condutas já previstas na legislação vigente, aliado ao número de novas condutas que passarão a integrar este Código, representando o crescente recurso à regulação social por meio da pena.

Vê-se, assim, a previsão legal do princípio da insignificância, nesse contexto, como um esforço em reservar garantias ao acusado, e como forma de contrabalancear o rigor de alguns tipos penais. Ou seja, fornece fundamentação normativa para que somente as condutas efetivamente lesivas aos bens jurídicos protegidos pela norma penal sejam objeto de processo e imposição de pena.

Em pesquisa empírica realizada por Ana Carolina de Oliveira e Pierpaolo Cruz Bottini, sobre a aplicação do princípio da insignificância pelo Supremo Tribunal Federal[1] – STF – e Superior Tribunal de Justiça – STJ –, foram compiladas as decisões destes tribunais que invocavam o mencionado princípio no julgamento de delitos econômicos e patrimoniais. Naquela oportunidade, foi constatado que um grande número de casos que chegam às instâncias superiores, especialmente aqueles julgados pelo STJ, têm como fundamento do recurso o pedido de reconhecimento da insignificância. Muitos casos pleiteiam não só a pouca relevância do objeto do delito (valores e condutas bagatelares), mas também, muitas vezes, o reconhecimento da própria validade constitucional do princípio da insignificância – que é comumente negado nos tribunais estaduais.

Nesse sentido, a opção do Anteprojeto de tipificar o princípio da insignificância representa aparentemente uma tentativa de estimular a aplicação dessa

[1] Disponível em: http://www.conjur.com.br/2011-set-06/direito-defesa-principio-insignificancia-stf-novidade

SENADO FEDERAL Fl. nº 160 SSCEPI

regra de imputação objetiva que, apesar de já bastante incorporada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, ainda encontra resistência em algumas cortes estaduais, sob a alegação de que não se trata de um princípio penal.

Partindo de um raciocínio em abstrato, cabe sempre avaliar a inadequação de se tipificar um princípio constitucional, em virtude de sua própria característica inerente de guia orientador geral, de parâmetro para a elaboração e aplicação de regras infraconstitucionais. Há o risco de que a exagerada delimitação do preceito constitucional (assim como sua demasiada amplitude) acabe por dificultar o potencial criativo da jurisprudência e a própria aplicação prática do princípio.

A opção posta na tipificação do princípio remonta aos parâmetros estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal em um dos primeiros julgados que absolvem o acusado com o reconhecimento reconhecendo-se a insignificância. Estes parâmetros foram definidos pelo Ministro Celso de Mello, no acórdão que se transformou em paradigma para a avaliação da insignificância no STF e demais órgãos julgadores do país (HC 84412-0/SP, j.19.10.04). Previu os seguintes critérios para a verificação da *bagatela*: (i) mínima ofensividade da conduta do agente, (ii) nenhuma periculosidade social da ação, (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

A mencionada pesquisa de Oliveira e Bottini, observa, no entanto, que tais critérios não contribuem de nenhuma forma para delimitar o que pode ou não ser considerado insignificante em termos penais, e acabaram utilizados como argumentos universais, tanto para a concessão ou denegação de recursos com base no princípio da insignificância, sem que houvesse uma análise detalhada do que consiste a periculosidade social, o grau de reprovabilidade, ou a mínima ofensividade da conduta. Além disso, não há, atualmente, um consenso sobre o que pode ou não ser considerado insignificante, e há uma carência de reflexão doutrinária e jurisprudencial a fim de se conferir sentido uniforme à interpretação do princípio.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 96
SSCEPI

Por tais motivos, e pelo simples equívoco de se pretender tipificar um princípio abstrato, como se isso fosse a solução do problema de aplicação pontual do mesmo, é de se ter a conduta errática colocada. Há o risco de que tal redação seja interpretada de maneira a delimitar a aplicação do princípio, com a mesma lógica automatizada empregada em parte dos julgados sobre este tema, limitando a liberdade de criação dos tribunais e desestimulando a reflexão crítica da doutrina do Direito Penal. Por tais razões, repudia-se a proposta feita.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 862
SSCEPI

Responsabilidade penal da pessoa jurídica

Art.41.As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

§1°.A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente da responsabilização destas.

§2°.A dissolução da pessoa jurídica ou a sua absolvição não exclui a responsabilidade da pessoa física.

§3°.Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes referidos neste artigo, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixa de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Penas das pessoas jurídicas

Art. 42.Os crimes praticados pelas pessoas jurídicas são aqueles previstos nos tipos penais, aplicando-se a elas as penas neles previstas, inclusive para fins de transação penal, suspensão condicional do processo, e cálculo da prescrição. A pena de prisão será substituída pelas seguintes, cumulativa ou alternativamente:

I-multa;

II-restrição de direitos;

III-prestação de serviços à comunidade; IV-perda de bens e valores.

SENADO FEDERAL Fl. nº 863 SSCEPI

Parágrafo único. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário."

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

"A individualização das penas das pessoas jurídicas. A experiência com a Lei dos Crimes contra o meio Ambiente foi especialmente considerada para a elaboração do presente anteprojeto. Procurou-se resolver algumas das críticas endereçadas àquela lei, especialmente em face da medida legal de culpabilidade (o preceito secundário da norma penal). É por esta razão que o projeto indica que: 'Os crimes praticados pelas pessoas jurídicas são aqueles previstos nos tipos penais, aplicando-se a elas as penas neles previstas, inclusive para fins de transação penal, suspensão condicional do processo e cálculo da prescrição'. Permite-se, deste modo, ao aplicador da lei, que considere a gravidade específica de determinado crime, no momento da dosimetria da pena aplicável à pessoa jurídica. Ao mesmo tempo, as penas dos tipos penais serão utilizadas, também pelas pessoas jurídicas, para a aferição de benefícios como a transação penal e a suspensão condicional do processo."

COMENTÁRIO

Causa bastante espécie a colocação de que "a experiência com a Lei dos crimes contra o Meio Ambiente foi especialmente considerada para a

SENADO FEDERAL
Fl. nº 864
SSCEPI

elaboração do presente anteprojeto". Apesar da responsabilidade penal da pessoa jurídica ter sua previsão primeira na Carta Constitucional de 1988, ela só foi disciplinada pela Lei nº 9.605/98, a mencionada Lei de Crimes Ambientais. Entretanto, não se constata, como menciona Helena Regina Lobo da Costa, até 2010, nenhuma decisão com trânsito em julgado em relação às pessoas jurídicas.

O defensor mais contumaz em relação à responsabilidade penal da pessoa jurídica, professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Sérgio Salomão Shecaira, aliás, a esse respeito já se manifestou: "a falta de critério do legislador para a redação dos arts. 21 a 24 da Lei 9.605/98, que fala das penas aplicáveis à pessoa jurídica, fulminou de inconstitucionalidade as sanções previstas aos entes coletivos."(Estudos de Direito Penal. São Paulo. Método, 2007, p. 43)

É fato que este particular tema é motivo de controvérsia na doutrina penal. Existem aqueles que o defendem e aqueles que o repelem. Inegavelmente, a tendência mundial é pela sua aceitação. Note-se que não se está a tecer comentários sobre tal ponto. As dúvidas, e objeções, são de outra ordem. A forma pela qual se pretende assumir a responsabilidade penal da pessoa jurídica no sistema penal brasileiro é absolutamente falha, já que acaba por sofrer dos mesmos problemas já tidos na lei ambiental.

Ao não dispor expressamente de forma acerca da substituição das penas relativas às pessoas físicas para as pessoas jurídicas, o pecado acaba sendo o mesmo já visto. A dificuldade de aplicação como hoje se mostra, desaconselha semelhante aceitação, como se pudesse ser feito simples transplante legal de parte a parte.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 961
SSCEPI

Crimes hediondos

Art.56.São considerados hediondos os seguintes crimes, consumados ou tentados:

I-homicídio qualificado, salvo quando também privilegiado;

II-latrocínio;

III-extorsão qualificada pela morte;

IV-extorsão mediante sequestro;

V-estupro e estupro de vulnerável;

VII-epidemia com resultado morte

VIII-falsificação de medicamentos e produtos afins;

IX-redução à condição análoga à de escravo;

X-tortura;

XI-terrorismo;

XII-tráfico de drogas, salvo se o agente for primário, de bons antecedentes, e não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar associação ou organização criminosa de qualquer tipo;

XIII-financiamento ao tráfico de drogas;

XIV-racismo;

XV-tráfico de pessoas;

XVI-contra a humanidade;

§1°.A pena por crime hediondo será cumprida inicialmente em regime fechado.

§2°.Os crimes hediondos são insuscetíveis de fiança, anistia e graça.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 866
SSCPI

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

O mandado constitucional de criminalização dos crimes hediondos. A Constituição Federal, no artigo 5°, determinou que a lei definisse os crimes hediondos, oferecendo, para eles e para o tráfico de drogas, o terrorismo e a tortura, medidas penais mais gravosas, especificamente a vedação da fiança, anistia e graça.

A atual lei sobre o tema, nº 8.072/90, adotou técnica considerada adequada pela Comissão de Reforma, qual seja, a da enumeração das figuras criminosas merecedoras do epíteto "hediondas", bem como do regime diferenciado de fixação do regime inicial e progressão no cumprimento da pena. Esta técnica evita que, ao sabor de suas preferências político-ideológicas o julgador possa incluir ou excluir condutas deste rol. Para evitar distorções já reconhecidas pela jurisprudência, a proposta retira, do conjunto dos crimes hediondos, o homicídio qualificado-privilegiado, ou seja, aquele no qual a qualificação é objetiva, advinda do modo de cometimento do crime, que pode, todavia, ter motivação merecedora de redução de pena. É a mesma situação daquele que, no contexto do tráfico de drogas, revela-se primário, de bons antecedentes, que não se dedica às atividades criminosas nem integra organização criminosa, tendo, por isto, redução de pena. Por outro lado, aprovou-se o acréscimo, no rol dos crimes hediondos, das figuras de tortura, terrorismo e tráfico, hoje consideradas como equiparadas a estes crimes, recebendo idêntico tratamento penal e processual penal. Situação distinta, por representar ampliação deste conjunto de crimes, é a do financiamento ao tráfico de drogas, o racismo, o tráfico de pessoas e os crimes contra a humanidade. Trata-se de figuras gravosas o suficiente para que sejam consideradas hediondas. Sem embargo, a Comissão rejeitou a inclusão de outras figuras criminosas, por entender que não se recomenda a vulgarização do rol. O trato de questões de tipo misto, processual penal e penal se justifica pela incorporação, a um capítulo do Código Penal, da lei que cuidava amplamente do assunto. É por isto que se fala na vedação da fiança, anistia e graça, repetindo, no particular, o texto constitucional. A proposta adota orientação fixada pelo

SENADO FEDERAL
Fl. nº 262
SSCEPI

Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a vedação a progressão de regime de cumprimento de pena ofenderia a garantia constitucional da individualização da pena. Por esta razão, é apenas o regime inicial que deve, necessariamente, ser o fechado, admitida a progressão de regime com os critérios fixados no artigo próprio.

COMENTÁRIO

O anteprojeto aceita a noção de crimes hediondos e ignora todas as suas críticas, tão bem formuladas por Alberto Silva Franco. Pior. Ignora que a ideia do regime inicialmente fechado já foi combatida e declarada inconstitucional pelo STF no HC nº 111.840.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 861
SSCEPI

Barganha

Art. 105. Recebida definitivamente a denúncia ou a queixa, o advogado ou defensor público, de um lado, e o órgão do Ministério Público ou querelante responsável pela causa, de outro, no exercício da autonomia das suas vontades, poderão celebrar acordo para a aplicação imediata das penas, antes da audiência de instrução e julgamento.

§ 1° São requisitos do acordo de que trata o *caput* deste artigo:

I – a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória;

II – o requerimento de que a pena de prisão seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2° a 4° deste artigo;

III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas.

§ 2° Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena de prisão, nos termos do disposto no art. 61 deste Código.

§ 3° Fica vedado o regime inicial fechado.

§ 4° Mediante requerimento das partes, a pena prevista no § 1° poderá ser diminuída em até 1/3 (um terço) do mínimo previsto na cominação legal.

COMENTÁRIO

O acordo durante o processo. A ruptura do paradigma rígido da indisponibilidade da ação penal, e do processo penal, foi inaugurada, no direito brasileiro, pela Lei 9.099/95, que permitiu a transação penal e a suspensão condicional do processo. São importantes medidas de *evitação do processo crime*, oferecendo resposta tendencialmente mais rápida e efetiva a crimes de menor potencial ofensivo ou que possibilitariam a fixação de pena mínima, não superior a um ano. Ao contrário do que se poderia supor, tais

SENADO FEDERAL
Fl. nº 969
SSCEPI

medidas não ampliaram a sensação de impunidade (ainda que se deva desestimular o uso não-criterioso da obrigação de entregar cestas básicas). Ao contrário: permitiram soluções de compromisso em face de largo número de crimes, muitos dos quais antes comporiam o rol das *cifras negras,* ou seja, dos crimes não apresentados às instâncias formais de controle. Estes institutos foram assimilados pela doutrina e jurisprudência brasileiras, ainda que, ao início, muitos os criticassem por pretendido desrespeito ao *devido processo legal.* É chegada a hora de novo e ousado passo, conforme deliberou a Comissão de Reforma do Código Penal: a transação durante o processo, não para evitá-lo, mas para abreviá-lo.

Seguiu-se, com adaptações à realidade nacional, o modelo do *plea bargain* norteamericano, no sentido de conceder larga autonomia às partes para a concertação de termos de avença que possam convir a ambas. Não há meios de compelir as partes ao acordo. Elas transigirão se assim for de seu interesse. Não se desenhou a proposta no sentido de erigir o acordo em direito da acusação ou da defesa, posto que *acordo obrigatório* não é um acordo, é um oxímoro. Exige-se todavia, que tenha ocorrido o recebimento da denúncia, indicando a *justa causa* para o desencadeamento da pretensão punitiva estatal. A partir daí – e antes da audiência de instrução e julgamento - o Ministério Público e o advogado ou defensor público poderão buscar acordo para a aplicação imediata das penas. Ele implicará a assunção de culpa, por parte do acusado, que receberá, em contrapartida, a pena mínima (quiçá diminuída!) a ser cumprida no regime semiaberto ou aberto. Se aceita, a barganha há de abreviar o desfecho de um sem número de processos, nos quais as partes, compreendendo a realidade dos autos, livremente buscarão o que lhes for mais adequado. Assim, outros processos, nos quais em nada se acordou, poderão receber o tempo e os recursos humanos e materiais para um julgamento célere. A barganha respeita o devido processo legal, mas oferece alternativa para que este não se esvazie de conteúdo e se sustente apenas na indisponibilidade ou demora de um rito.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 9704
SSCEPI

COMENTÁRIO

O anteprojeto esquece de todas as ponderações já feitas por Ada Grinover sobre a adoção do *plea barganing* no Direito nacional. O pior, contudo, é a simples aceitação de institutos processuais dentro do Código Penal, sem que nem mesmo possa se dizer que estes vem a ser institutos híbridos.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 921
SSCEPI

PARTE ESPECIAL

SENADO FEDERAL
Fl. nº 872
SSCEPI

INTRODUÇÃO

No que diz respeito à Parte Especial do Anteprojeto de Código Penal, é de se ver que, fundamentalmente, o que se deu foi uma tentativa de consolidação de leis penais. Foram, assim, trazidas ao ambiente codificado, todas as situações de ordem penal.

Isso gerou inegáveis efeitos. Talvez nesse âmbito, possa parecer justificada a alegação minimalizante do Anteprojeto. Houve a simples revogação de situações como as contravencionais, ainda que algumas de suas condutas tenham sido trasmutadas a crime. Houve, também, a redução de várias condutas criminosas previstas no Código Eleitoral.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 873
SSCEPI

Homicídio

Art. 121. Matar alguém:

Pena – prisão, de seis a vinte anos.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

Nenhum homicídio é simples. A única alteração proposta pela Comissão de Reforma Penal em relação ao homicídio, "crime rei", do caput do art. 121, é relacionada com o seu *nomen juris*. Atualmente, falar-se em homicídio simples. A sugestão é que se fale apenas em homicídio. Não há simplicidade no ato de matar. Ceifar-se a vida de outrem é, sempre, o fim de um sonho, de uma história em progresso, de um mundo. Para a família e os amigos da vítima, bem assim para toda a sociedade, é dor que não se acomoda a descrições.

COMENTÁRIO

O fato de se suprimir o termo simples é muito mais simbólico do que outra coisa qualquer. No linguajar forense ele continuará a ser tratado como simples, face às outras modalidades, qualificadas e privilegiadas.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 8244
SSCEPI

Forma qualificada

§1º Se o crime é cometido:

I – mediante paga, mando, promessa de recompensa; por preconceito de raça, cor, etnia, orientação sexual e identidade de gênero, deficiência, condição de vulnerabilidade social, religião, procedência regional ou nacional, ou por outro motivo torpe; ou em contexto de violência doméstica ou familiar, em situação de especial reprovabilidade ou perversidade do agente;

II – por motivo fútil;

III – com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou meio igualmente insidioso, cruel ou de que possa resultar perigo comum;

IV – à traição, de emboscada, mediante dissimulação ou outra conduta análoga para dificultar ou tornar impossível a defesa do ofendido;

V – para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

VI – por dois ou mais agentes em atividade típica de grupo de extermínio.

Pena – Prisão, de doze a trinta anos.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

Novas situações de qualificação. A proposta da Comissão procurou resolver desafios de interpretação, vindos da redação tradicional do crime de homicídio qualificado. Em primeiro lugar, realocou a posição das situações de maior reprovabilidade do crime, trazendo-as para o parágrafo primeiro. A utilidade desta movimentação é que as causas de aumento e diminuição que serão dispostas nos parágrafos seguintes, alcançarão tanto as figuras do *caput* quando as qualificadoras.

O crime de mando. Em segundo lugar, se destacou o *mando*, como qualificador, e não apenas a paga ou promessa de recompensa, como na lei atual.

Embora já se pudesse, razoavelmente, à luz do artigo 30 do Código vigente, alcançar também o mandante do homicídio mercenário, a clara indicação da maior gravidade desta situação é útil. *A torpeza nascida da intolerância.* A exemplificação da

SENADO FEDERAL
Fl. nº 825
SSCEPI

interpretação analógica da torpeza, hoje sinalizada apenas com a paga e promessa de recompensa, vê-se complementada por outras situações que a sensibilidade atual demonstra com merecedoras de maior censura: o preconceito de raça, cor, etnia, orientação sexual e identidade de gênero, deficiência, condição de vulnerabilidade social, religião e procedência regional ou nacional. Trazem-se para o homicídio, destarte, as disposições da Lei dos Crimes de Racismo e intolerância, acrescidas de inovações como a questão do gênero, a deficiência, a vulnerabilidade social e a procedência regional. A morte por intolerância relativa às opções sexuais passa a ser considerada homicídio qualificado. Se não é lícito matar, fazê-lo somente porque a pessoa é homossexual, heterossexual ou transexual é conduta merecedora da mais intensa reprovação. *A violência doméstica.* O lar deve ser refúgio da paz, não da morte. Crimes de morte cometidos no contexto de violência doméstica ou familiar, em situação de especial reprovabilidade ou perversidade do agente, merecem a reprovação qualificada. A redação não distingue violência do homem contra a mulher, ou desta contra aquele, demandando, porém, que tal se dê em modo de especial reprovabilidade ou perversidade do agente. A intenção é indicar que o ambiente doméstico não é apenas o lugar do cometimento do crime, mas que este foi praticado valendo-se das relações afetivas e sociais próprias desta sede protegida.

A reprovabilidade da traição não depende de seu êxito. Enquanto a lei atual fala na traição como recurso que "dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido", extraindo de sua consequência o efeito de maior punição, a proposta a desvaloriza pelo que pretende conseguir. Basta que o agente se valha de método para dificultar ou tornar impossível a defesa da vítima, para que o homicídio seja qualificado.

A atividade típica de grupo de extermínio. Atualmente prevista como crime hediondo, esta modalidade de homicídio não tinha específica previsão em sua tipificação. Agora, ao tempo em que se propõe que todo homicídio qualificado é hediondo, exceto se houver causa de redução de pena pelo relevante valor moral ou social da conduta, urgia trazer este caso para qualificação do crime.

COMENTÁRIO

SENADO FEDERAL
Fl. nº 876
SSCEPI

As qualificadoras normalmente são de ordem objetiva ou subjetiva. Motivos fútil e torpe são considerados de ordem subjetiva. Existe, no entanto, o perigo de confusão ao se colocar razões de raça, cor, etnia, gênero ou orientação sexual nas considerações subjetivas, pois a leitura pode ser feita como se objetiva fosse. Isso implicaria em que toda a vítima incidente nessas situações acabasse por se ver tutelada de forma qualificada, ainda que não presente a situação subjetiva.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 827
SSCEPI

(...)

Culpa gravíssima

§5º Se as circunstâncias do fato demonstrarem que o agente não quis o resultado morte, nem assumiu o risco de produzi-lo, mas agiu com excepcional temeridade, a pena será de quatro a oito anos de prisão.

§ 6º Inclui-se entre as hipóteses do parágrafo a causação da morte na condução de embarcação, aeronave ou veículo automotor sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos ou mediante participação em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

A culpa especialmente grave. Se todo o homicídio culposo nasce do descuido, existem situações nas quais o desvalor deste descuido é acendrado, indicativo de uma suscetibilidade à produção de tão terrível efeito. Se, conforme a própria Comissão propõe, não há dolo eventual sem assunção indiferente do risco de produzir a morte, cuidava-se de criar figura intermediária, lindeira tanto da culpa comum quanto da intenção indireta. Daí a *culpa gravíssima*, capaz de oferecer sanção penal mais intensa para os casos nos quais, sem querer e sem assumir o risco, o resultado fatal advém de excepcional temeridade. A exemplificação trazida pelo parágrafo ajuda a definir o conceito: é culpa gravíssima matar alguém na condução, sob efeitos de álcool ou substância análoga, de veículo automotor, embarcação ou aeronave; é culpa gravíssima fazê-lo mediante *racha* ou *pega*. Desta maneira, oferece-se solução que, conjugada à do capítulo dos crimes de trânsito, responde proporcionalmente a estas mui abundantes ocorrências de nossas cidades. Mas não se trata de instituto reduzido a estes exemplos. A culpa temerária pode ser aplicada noutras situações nas quais vais e muito além do ordinário, em matéria de descuido.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 238
SSCCPI

COMENTÁRIO

A inserção da culpa gravíssima gera a situação teratológica de caso culposo mais grave que caso doloso, ainda mais em se tendo em conta a regra de diminuição de pena para casos de dolo eventual.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 823
SSCEPI

Infanticídio

Art. 124. Matar o próprio filho, durante ou logo após o parto, sob a influência perturbadora deste.

Pena – prisão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Quem, de qualquer modo, concorrer para este crime, responderá nas penas dos tipos de homicídio.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

A participação no infanticídio é homicídio. O texto atual do artigo 123 do Código Penal pretendeu privilegiar o crime praticado em razão do puerpério, o impacto físico e psicológico que o nascimento da criança provoca na mãe. Já se cogitou que, sob esta descrição aparentemente fisiológica, oculta-se o desiderato de minorar a sanção penal para o crime praticado em face de uma gravidez indesejada, ofensiva de padrões morais aceitos na década quarenta do século passado. A realidade do puerpério como fenômeno médico, todavia, parece existir, sendo atualmente cognominada "depressão pós-parto". O essencial, porém, é que o estado mórbido não se confunda com doença mental, gerador de inteira incapacidade de entendimento ou determinação. Nestes casos, há falar-se em inimputabilidade, excludente de culpabilidade e não em forma privilegiada de homicídio. É para sinalizar esta realidade que a proposta da Comissão substitui a menção a puerpério pela locução "influência perturbadora" do parto. Procura-se, por igual, responder à tradicional problema advindo da possibilidade de coautoria e participação no infanticídio. À luz da teoria monista do concurso de agentes, as circunstâncias e condições pessoais de um agente não se estendem ao outro, exceto se elementares (essenciais) daquela descrição típica. No crime em exame, a condição pessoal "mãe" e as circunstâncias "durante o parto e logo após" (pessoal) e "sob influência do estado puerperal" (pessoal) são essenciais, sob pena de tratar-se de homicídio. Logo, estendem-se àqueles que ajudarem a mãe a praticar seu ato

SENADO FEDERAL
Fl. nº 880
SSCEPI

desesperado. É evidente a falta de proporção, por insuficiência, da tipificação como infanticídio para pessoa que não está dando a luz, nem sofre o puerpério. Deliberou, destarte, a Comissão de Reforma em sugerir a expressa ressalva que consta do parágrafo único do artigo: quem, de qualquer modo, concorrer para este crime, responderá nas penas dos tipos de homicídio. Esta solução pareceu superior a de incluir parágrafo no artigo 121, reduzindo a pena da mãe que tivesse praticado o crime nas condições do infanticídio. Isto resolveria o problema do concurso de agentes, pois não haveria mais que falar em elementares do crime. Mas, por outro, lado, a mãe passaria de infanticida à homicida, situação de maior estigma.

COMENTÁRIO

O anteprojeto parece ignorar a influência do C´digo Rocco na legislação de 1940, e a opção pela afetação bio-pesicológica em prevalência à questão *honoris causa.*

Ao substituir a consideração do estado puerperal por uma afetação decorrente do parto abriu-se perigosamente o campo subjetivo de qualquer forma de alteração. Como se pode atestar o grau de influência perturbadora? Essa influência teria um fundo de alteração bio-psicológica? De que forma? Melhor seria a manutenção da atual previsão, quiçá com a menção de proibição de comunicabilidade.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 88
SSCEPI

Roubo

Art. 157. Subtrair coisa alheia móvel, para si ou para outrem, mediante violência ou grave ameaça à pessoa ou, depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena – prisão, de três a seis anos.

Roubo por equiparação

§ 1° Incorre na mesma pena quem:

I - logo depois da subtração, emprega violência ou grave ameaça contra pessoa, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a manutenção da coisa para si ou para terceiro;

II – obtém coisa alheia móvel para si ou para outrem, obrigando a vítima, mediante violência ou grave ameaça ou após reduzi-la à impossibilidade de resistência, a revelar senha, código ou segredo, necessários à sua subtração.

Roubo sem violência real ou dano psicológico

§2° Na hipótese do caput e §1°, o juiz reduzirá a pena de um sexto a um terço no crime praticado sem violência real quando a coisa subtraída for de pequeno valor e o meio empregado for inidôneo para ofender a integridade física da vítima, nem causar-lhe dano psicológico relevante.

Roubo qualificado

§3° A pena será de quatro a oito anos de prisão se:

I – a violência ou grave ameaça é exercida com o emprego de arma;

II – há concurso de duas ou mais pessoas;

III – a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância;

IV – cometido no interior de residência ou habitação provisória.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 88 2
SSCEPI

Causa de aumento de pena

§4º Aumenta-se a pena do parágrafo anterior de um quarto a um terço se:

I - o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade;

II - houver emprego de explosivo ou qualquer outro meio que cause perigo comum;

III - a subtração for de veículo automotor com a finalidade de transportá-lo para outro Estado ou ao exterior.

Roubo com lesões graves e latrocínio

§ 5º Se, para praticar o fato, assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa, o agente causa lesão corporal grave, em qualquer grau, na vítima ou em terceira pessoa, a pena será de prisão de 7 a 15 anos; se causa a morte, de 20 a 30 anos.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

A redução de penas no roubo. O roubo é atualmente punido, em sua configuração básica, com a sanção de quatro a dez anos. Pela proposta, passará a ser de três a seis anos. Além disso, se permite, neste caso, a redução da pena se não tiver ocorrido violência real, se a coisa for de pequeno valor e a vítima não suportar dano psicológico de maior significação. Mesmo as formas qualificadas do delito, com novo limite de pena (quatro a oito) e aumento de um quarto até um terço, não ombreiam com as penas atuais, que no roubo qualificado podem chegar a seis a quinze anos. A intenção da Comissão foi mesmo a de reduzir a sanção penal, pois considerou que o roubo é, a princípio, justificador de prisão efetiva, nos regimes semiaberto ou fechado (e só excepcionalmente, na figura simples, de regime aberto). A redução de penas é, assim, a contrapartida das regras mais severas sobre progressão de regime, considerando que, para crimes cometidos com violência ou grave ameaça a progressão de regime de pena somente será possível se houver *cumprimento de um terço da pena no regime anterior e, em caso de reincidência, de metade da pena. A revelação forçada de senha ou código como roubo*. Sem ignorar a clássica distinção entre roubo e extorsão, que aponta, para a segunda, a necessidade de forçar determinado comportamento da vítima, a violência empregada para a obtenção de senha, código ou segredo, necessários para o apossamento de valores, mais bem se coloca como roubo. É que o apossamento, nestes

SENADO FEDERAL
Fl. nº 883
SSCEPI

casos, ocorre em imediata sucessão à obtenção do segredo, não permitindo, à vítima, qualquer veleidade de comportamento independente. Há razões técnicas, portanto, para a reclassificação, que não é feita somente porque nesses casos, a vítima se sente roubada e não extorquida.

COMENTÁRIO

O anteprojeto ignorou totalmente toda a discussão levada a cabo pela Lei 11.923/09, que incluiu o sequestro relâmpago no crime de extorsão. Apenas retomou a posição da discussão da época da Lei 9.426/98. Do modo como se estipulou, continua-se na incerteza, já verificada em Recomendação nº 140, de 2004, do Ministério Público do Estado de São Paulo.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 884
SSCEPI

Tráfico de drogas

Art. 212. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – prisão, de 5 (cinco) a 10 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

Exclusão do crime

§2º Não há crime se o agente:

I - adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo drogas para consumo pessoal;

II – semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de drogas para consumo pessoal.

§3º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, à conduta, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, bem como às circunstâncias sociais e pessoais do agente.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 885
SSCEPI

§4º Salvo prova em contrário, presume-se a destinação da droga para uso pessoal quando a quantidade apreendida for suficiente para o consumo médio individual por cinco dias, conforme definido pela autoridade administrativa de saúde.

Diminuição de pena

§5º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre associação ou organização criminosa de qualquer tipo.

Fabricação de maquinário

Art. 213. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - prisão, de 3 (três) a 08 (oito) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

Financiamento do tráfico

Art. 214. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos artigos anteriores:

Pena - prisão, de 8 (oito) a 16 (dezesseis) anos e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

Aumento de pena

Art. 215. As penas previstas nos artigos 212 a 214 são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;

III - a infração tiver como fim a comercialização da droga nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de

SENADO FEDERAL
Fl. nº 886
SSCEPI

entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

VII - o agente financiar ou custear a prática do crime, salvo na figura do artigo salvo na hipótese do art. 212.

Associação para o tráfico de drogas

Art. 216. Associarem-se três ou mais pessoas, de forma estável, para o fim específico de praticar qualquer dos crimes previstos nos artigos anteriores.

Pena - prisão, de 2 a 8 anos e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada.

Informante

Art. 217. Colaborar, como informante, à prática de qualquer dos crimes previstos nos artigos 210 A 212:

Pena - prisão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

Prescrição culposa de drogas

Art. 218. Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - prisão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e pagamento de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) diasmulta.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 887
SSCEPI

Parágrafo único. O juiz comunicará a condenação ao Conselho Federal da categoria profissional a que pertença o agente.

Indução ao uso indevido de droga

Art. 219. Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - prisão, de seis meses a dois anos e pagamento de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

Consumo compartilhado de droga

Art. 220. Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - prisão, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Uso ostensivo de droga

Art. 221. Aquele que usar ostensivamente droga em locais públicos nas imediações de escolas ou outros locais de concentração de crianças ou adolescentes ou na presença destes será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa
ou curso educativo.

§ 1º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 2º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 3º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 4º Para garantia do cumprimento das medidas educativas referidas no *caput*, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I – admoestação verbal;

II – multa.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 881
SSCEPI

§ 5º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Art. 222. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no artigo 75 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto.

Isenção de pena

Art. 223. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.

Art. 224. As penas podem ser reduzidas de um terço a dois terços se, por força das circunstâncias previstas no art. 32, parágrafo único, desta Lei, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. Na sentença condenatória, o juiz, com base em avaliação que ateste a necessidade de encaminhamento do agente para tratamento, realizada por profissional de saúde com competência específica na forma da lei, determinará que a tal se proceda.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

Com a Nova República, em 1985, nasceu a proposta para uma nova política de drogas no Brasil, aprovada pelo CONFEN - Conselho Federal de Entorpecentes, do Ministério

SENADO FEDERAL
Fl. nº 889
SSCEPA

da Justiça. Desde então, a história dessa legislação especial tem sido marcada pela atenuação aos usuários. O acerto da retirada dos vegetais do chá Hoasca (ayahuasca, daime, cipó, mariri, yagé ou kamarampi) da relação de substâncias proibidas, editadas pelo Ministério da Saúde, por exemplo, está comprovado na prática. Nesses quase 30 anos de sua liberação, não existe registro de abuso dessas substâncias ou sua utilização fora do uso ritual. Essa postura liberal do CONFEN não causou nenhum problema epidemiológico ou de abuso. A vigente Lei 11.343/2006, já não encarcera quem lida com drogas proibidas para o consumo pessoal; há medidas educativas para o usuário, sem prisão. A Comissão optou pela tendência mundial mais à frente da nossa lei, descriminalizando o uso próprio e propondo, tal como em outras legislações modernas, uma certa quantidade de droga para a indicação do uso próprio, a ser estabelecida pela autoridade administrativa competente. É, no entanto, reprimido o uso ostensivo de droga se em locais públicos nas imediações de escolas ou outros locais de concentração de crianças e ou adolescentes, ou na presença destes.

Em relação ao tráfico de drogas e seu financiamento, a proposta é rigorosa, podendo as penas chegarem a mais de 21 anos.

COMENTÁRIO

O anteprojeto de Código Penal, dentro do intuito de trazer para o Código Penal toda a legislação extravagante, tratou dos crimes relativos a drogas nos artigos 212 a 224.

A desvantagem dessa opção em relação ao modelo atual, que regula a questão em lei própria, é que a política de drogas, hoje tratada como sistema (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad) com dois eixos fundamentais, a saber, a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas, de um lado, e a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas, fica reduzida à descrição de crimes e respectiva cominação de penas.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 190
SSCEPI

Pela proposta aqui examinada, toda a parte principiológica relativa à política de drogas, especialmente no que diz com seus aspectos extrapenais, deixa de existir, o que representa evidente retrocesso.

A manutenção dos crimes previstos na atual lei, inclusive com as dilatadas e desproporcionais margens penais (como é o caso da pena mínima cominada ao delito de tráfico de drogas – privação de liberdade de 5 anos; ou mesmo o caso do crime de financiamento do tráfico, com pena mínima de 8 anos de privação de liberdade), do mesmo modo, não podem deixar de ser objeto de severa crítica, por incompatíveis com a ideia de humanidade da pena.

Como aspecto positivo, tem-se a não incriminação da posse de drogas para consumo pessoal, acrescida da objetivação do critério distintivo entre as figuras típicas do consumo pessoal e a do tráfico, a partir da presunção de destinação para uso próprio quando a quantidade apreendida for suficiente para o consumo médio individual por cinco dias, conforme definido pela autoridade administrativa de saúde. Seguiu-se, nesse ponto, o exitoso modelo da legislação portuguesa sobre drogas, de 2001.

Hoje, a lei atual opera perversa presunção de tráfico, aplicando-se a figura do uso apenas subsidiariamente e ainda assim sob a égide da lógica da gestão penal da miséria, segundo a qual pobres são em regra traficantes, enquanto ricos são em regra consumidores.

Esse avanço é mitigado pela incriminação do "uso ostensivo" e mesmo do "consumo compartilhado", figuras carentes de tutela penal por absoluta ausência de ofensividade.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 891
SSCEPI

Terrorismo

Art. 239. Causar terror na população mediante as condutas descritas nos parágrafos deste artigo, quando:

I – tiverem por fim forçar autoridades públicas, nacionais ou estrangeiras, ou pessoas que ajam em nome delas, a fazer o que a lei não exige ou deixar de fazer o que a lei não proíbe, ou;

II – tiverem por fim obter recursos para a manutenção de organizações políticas ou grupos armados, civis ou militares, que atuem contra a ordem constitucional e o Estado Democrático ou;

III – forem motivadas por preconceito de raça, cor, etnia, religião, nacionalidade, sexo, identidade ou orientação sexual, ou por razões políticas, ideológicas, filosóficas ou religiosas.

§ 1º Sequestrar ou manter alguém em cárcere privado;

§ 2º Usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

§ 3º Incendiar, depredar, saquear, explodir ou invadir qualquer bem público ou privado;

§ 4º Interferir, sabotar ou danificar sistemas de informática e bancos de dados;

§ 5º Sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com grave ameaça ou violência a pessoas, do controle, total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meios de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia e instalações militares.

Pena – prisão, de oito a quinze anos, além das sanções correspondentes à ameaça, violência, dano, lesão corporal ou morte, tentadas ou consumadas.

Forma qualificada

SENADO FEDERAL
Fl. nº 892
SSCEPI

§6º Se a conduta é praticada pela utilização de arma de destruição em massa ou outro meio capaz de causar grandes danos:

Pena – prisão, de doze a vinte anos, além das penas correspondentes à ameaça,violência, dano, lesão corporal ou morte, tentadas ou consumadas.

Exclusão de crime

§ 7º Não constitui crime de terrorismo a conduta individual ou coletiva de pessoas movidas por propósitos sociais ou reivindicatórios, desde que os objetivos e meios sejam compatíveis e adequados à sua finalidade.

Financiamento do terrorismo

Art. 240. Oferecer ou receber, obter, guardar, manter em depósito, investir ou de qualquer modo contribuir para a obtenção de ativos, bens e recursos financeiros com a finalidade de financiar, custear ou promover a prática de terrorismo, ainda que o atos relativos a este não venham a ocorrer.

Pena – prisão, de oito a quinze anos.

Favorecimento pessoal no terrorismo

Art. 241. Dar abrigo ou guarida a pessoa de quem se saiba ou se tenha fortes motivos para saber, que tenha praticado ou esteja por praticar crime de terrorismo.

Pena - prisão, de quatro a dez anos.

Escusa Absolutória

Parágrafo único. Não haverá pena se o agente for ascendente ou descendente em primeiro grau, cônjuge, companheiro estável ou irmão da pessoa abrigada ou recebida. Esta escusa não alcança os partícipes que não ostentem idêntica condição.

Disposição comum

Art. 242. As penas previstas para os crimes deste capítulo serão aumentadas até a metade se as condutas forem praticadas durante ou por ocasião de grandes eventos esportivos, culturais, educacionais, religiosos, de lazer ou políticos, nacionais ou internacionais.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 893
SSCEPI

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

O mandado constitucional e supralegal de criminalização do terrorismo. A Constituição Federal indica, no artigo 5º, incisos XLIII e XLIV , claramente, a necessidade de tipificação do crime de terrorismo. Não fosse ela, e já tratados internacionais firmados pelo Brasil demandam a mesma providência. Cita-se, entre outros, a Convenção Interamericana Contra o Terrorismo, objeto do Decreto-Legislativo nº 890, de 1º de setembro de 2005 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.639, de 26 de dezembro de 2005. Em adição, registre-se a total incompatibilidade da Lei de Segurança Nacional, nº 7.170, de 1983 com o Estado Democrático de Direito instaurado pela Constituição de 1988. Assim embora ofereça arremedos de tipificação de terrorismo e da ação de grupos armados, é lei inaplicável, para qual propõe a Comissão revogação expressa. Noutra linha de argumentação, não pode nosso país imaginar-se, para sempre, "deitado em berço esplêndido", protegido *ad eternum* de condutas de intolerância política e humanitária, capazes de valer-se de indizível violência para o prevalecimento de seu ideário. A constante inserção do país no quadro econômico, social e militar internacional não permite este grau de ingenuidade. Urge, portanto, trazer uma definição de terrorismo compatível com o regime de liberdades constitucionais, destinada a protegê-las. Conjura-se, com a proposição ora feita, o risco da *legislação de urgência que poderia advir, se algum dia – que oxalá jamais venha – o Brasil for palco de atos terroristas. A proposta da Comissão está alerta para evitar que movimentos sociais venham, por inadvertência ou preferência, a receber o epíteto e a qualificação de terroristas. Não são eles o alvo da presente tipificação. Daí a ressalva claramente feita de que "* desde que os objetivos e meios sejam compatíveis e adequados à sua finalidade", os movimentos sociais não são clientela para os tipos do terrorismo.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 894
SSCEPI

COMENTÁRIO

A chamada causa de exclusão de crime do §7° é absurda, pois podem haver casos de terrorismo motivados por questões sociais. Melhor seria a não menção desse termos.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 815
SSCEPI

Tumulto em evento esportivo

Art. 249. Promover tumulto, praticar ou incitar a violência, por ocasião de evento esportivo, ou invadir local restrito aos competidores:

Pena – prisão, de um a dois anos.

§ 1° Incorrerá nas mesmas penas o torcedor que:

I - promover tumulto, praticar ou incitar a violência num raio de 5.000 (cinco mil) metros do local de realização do evento esportivo, ou durante o trajeto de ida e volta do local da realização do evento;

II – portar, possuir, guardar ou transportar, no interior do estádio, em suas imediações ou no trajeto de ida e volta, em dia de realização de evento esportivo, quaisquer instrumentos que possam servir para a prática de violência.

§ 2° Sem prejuízo da pena aplicável, o juiz poderá proibir o acesso às proximidades do estádio, bem como a qualquer local em que se realize evento esportivo, pelo prazo de três meses a três anos, de acordo com a gravidade da conduta.

§ 3° Na hipótese de o agente ser primário, ter bons antecedentes e não ter sido punido anteriormente pela prática de condutas previstas neste artigo, o juiz poderá substituir a pena de prisão pela proibição prevista no parágrafo anterior.

§ 4° A pena impeditiva de comparecimento às proximidades do estádio, bem como a qualquer local em que se realize evento esportivo, converter-se-á em prisão quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta.

COMENTÁRIO

SENADO FEDERAL
Fl. nº 896
SSCEPI

A previsão de criminaização de condutas ocorridas há 5000 metros da praça despostiva como se relacionada ao tumulto é de um absurdo atroz. Não necessariamente isso se dá.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 897
SSCEPI

Evasão de divisas

Art. 366. Fazer sair do País moeda, nacional ou estrangeira, ou qualquer outro meio de pagamento ou instrumento de giro de crédito, em desacordo com a legislação aplicável:

Pena - prisão, de dois a seis anos

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, fora da hipótese do caput, mantiver depósitos no exterior não declarados ao órgão federal competente.

Informação privilegiada

Art. 367. Utilizar informação relevante, ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, ou deixar de repassar informação nos termos fixados pela autoridade competente, que, de qualquer forma, propicie, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários:

Pena - prisão, de dois a cinco anos.

Administração infiel

Art. 368. Prejudicar os interesses da massa em classificação de créditos, em sua execução ou na liquidação dos ativos da instituição em regime de dissolução por conluio com devedor ou por não empregar com diligência os meios legais de recuperação:

Pena - prisão, de dois a cinco anos.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 898
SSCEPI

Parágrafo único. Aplica-se a pena em dobro se o agente solicitou ou recebeu vantagem indevida para praticar a conduta.

Cláusula geral

Art. 369. O juiz, considerando a magnitude dos prejuízos causados, o grau de abalo da confiança depositada no sistema financeiro nacional e a pluralidade de vítimas, poderá aumentar as penas previstas neste Capítulo de metade até o dobro.

Competência

Art. 370. Todos os crimes contra o sistema financeiro nacional definidos neste Capítulo são de competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, inciso VI da Constituição da República.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

Evasão de divisas. Trata-se de norma penal em branco, a ser complementada pela legislação de regência, quando exige informação, formalidades ou documentação para a saída de moeda do país. O mesmo em relação a depósitos no exterior, que são lícitos, desde que atendidas as exigências de informação trazidas pela legislação ou regulamentação do sistema financeiro.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 899
SSCEPI

COMENTÁRIO

Cumpre-nos analisar em algumas linhas as previsões dos artigos 366 a 370 do anteprojeto de Código Penal, recentemente encaminhada à presidência do Senado Federal. Linhas estas as quais serão, infelizmente, de críticas.

Os tipos penais em análise inserem-se no capítulo de crimes contra o sistema financeiro do Título XIII, o qual versa sobre crimes contra a ordem econômico-financeira. De início, cumpre consignar que a inserção dos chamados crimes econômicos dentro do Código Penal encontra-se na contramão daquilo que propõe a doutrina especializada. Tradicionalmente, na maioria dos países os crimes econômicos encontram-se na legislação penal especial, conforme observa Klaus Tidemann[2], por conta da dinamicidade e complexidade das condutas de cunho econômico, enormemente mutáveis, fluídas, num modo de produção capitalista pós-moderno bastante avançado. A premente necessidade de renovações em tais tipos sinaliza pela sua não inserção num Código, que se pretende mais estável.

Prova desta primeira observação é o próprio tipo de "evasão de divisas", previsto no artigo 366 do anteprojeto, o qual pretende substituir o previsto no artigo 22 da Lei nº 7.492/1986 (Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional). Então inovação em nosso ordenamento jurídico, o tipo de evasão de divisas justificava-se pelo momento de fragilização econômica brasileira nos anos 80 da centúria passada. O malsinado "Plano Cruzado" trouxe para nossa realidade econômica inflacionária e de alta dívida externa o "congelamento" de preços e da taxa câmbio, dentre outras medidas, criando um ambiente econômico artificial e sem contrapartida de necessária redução de gastos públicos. Em consequência, além de não atingir seus objetivos, essas medidas trouxeram desequilíbrio na balança comercial e queda das reservas internacionais do Brasil.

---

[2] TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito*: introducción al derecho penal económico y de la empresa. Barcelona: Ariel, 1985, pp. 22-24.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 100
SSCEPI

Neste influxo, a saída de recursos do país era tamanha e tanto indesejada, capaz de agravar o desequilíbrio econômico nacional, que levou o governo a socorrer-se do direito penal para evitar a conduta. A pena cominada - que, aliás, em essência mantém-se no anteprojeto em análise, apenas retirando-se a cominação de multa - é desproporcional, como alertava Manoel Pedro Pimentel[3], eis que poderia incidir em singela situação de turista em viagem ao exterior. Ainda, nota-se que uma pena severa é cominada por meio de uma norma penal em branco, fomentando forte arbítrio à Administração Pública.

Não bastassem todos esses problemas, referido tipo não se justifica nos dias atuais. Não há na atualidade um movimento de fuga recursos do país. Pelo contrário, nos últimos anos, desde o "Plano Real", os estoques de recursos externos brasileiros cresceram vertiginosamente, houve fortes ingressos líquidos de investimentos estrangeiros diretos e retornos líquidos dos investimentos diretos brasileiros. Conforme o revelou a crise financeira internacional de 2008, o Brasil possui atualmente uma robustez econômica incomparável com a fragilidade de 1986, sendo, ademais, foco de investimentos externos.

Destarte, o crime de evasão de divisas não mais se justifica em nosso ordenamento, eis que não revela conduta capaz de vulnerar um caro valor social imprescindível para a convivência pacífica intersubjetiva de viés econômico, que não pode ser tutelado de modo menos gravoso. Sua própria configuração na forma de norma penal em branco está a indicar que o direito administrativo é o meio idôneo para a tutela de tais interesses. Situações pontualmente indesejadas podem ser equacionadas satisfatoriamente nesta seara.

Todas estas questões, todavia, são ignoradas pela exposição de motivos do anteprojeto, que se limita a, em duas frases, definir o que seria "evasão de divisas". Definição, aliás, vazia, tendo em vista que apenas incompleta e formalmente indica que se cuida de norma penal em branco a ser complementada por regras sobre saída de moedas e depósitos no exterior.

---

[3] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: RT, 1987, p. 161.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 901
SSCEPI

O art. 367, por sua vez, prevê o tipo penal conhecido pela doutrina como "insider trading", trazido por vez primeira em nossa sistemática pela Lei 10.303/2001, ao tutelar o sigilo das operações de instituições financeiras. De inovação, o anteprojeto agrava a pena prisional e insculpe um modalidade delitiva omissiva quando o agente deixa "de repassar informação nos termos fixados pela autoridade competente". Ademais, mantém um tipo penal também amplíssimo, de cunho administrativo, que viola precipuamente os princípios da taxatividade e da lesividade. Há falta de balizas para se aferir o que seria informação relevante. De outra sorte, situações que envolvam quantidade ínfima de ações são punidas, revelando ausência de critérios legais, o que denota falta de lesividade.

Melhor sorte não temos com o tipo previsto no artigo 368 do anteprojeto, alcunhado "administração infiel". Norma penal em branco e tipo aberto, o crime previsto viola gravemente o princípio da taxatividade por meio de uma redação assaz porosa, que comina pena desproporcial, que pode chegar a vinte anos de prisão conforme a previsão do parágrafo único c.c. o art. 369. Atônito, o intérprete fica sem critérios para aferir o que seria "prejudicar os interesses da massa" ou "não empregar com diligência" os meios legais de recuperação. Ausentes critérios precisos de taxatividade ou de lesividade, a formulação descompromissada levada a efeito entrega ao exclusivo arbítrio do julgador a aferição da conduta proibida.

Embora a curiosamente chamada "cláusula geral" - terminologia até então desconhecida dos penalistas, sendo mais afeta ao direito privado - prevista no artigo 369 possua o mérito de intencionar trazer maior racionalidade para a distinção de situações concretas, punindo-se mais severamente casos de consectários mais graves, fato é que deixou de fornecer maiores critérios ao intérprete. A falta de objetividade para se mensurar a magnitude dos prejuízos e o grau de abalo da confiança, além do número de vítimas capaz de ensejar maior reprovação da conduta, reverberam em insegurança jurídica lastreadora de arbítrio judicial. A gravidade desta constatação robustece-se ainda mais ao se notar as penas já elevadas previstas aos tipos em questão, que podem ser até duplicadas.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 902
SSCEPI

Por fim, a previsão de competência no art. 370, atribuindo à Justiça Federal a apuração e punição dos crimes contra o sistema financeiro, além de despicienda, é absolutamente estapafúrdia dentro da sistemática de um Código Penal.

Estas as observações pertinentes aos artigos em foco. Em que pese os apontamentos formulados acima, insta notar que os arts. 367, 368, 369 e 370 do anteprojeto de *Codex* penal não mereceram uma linha sequer de observação na exposição de motivos. Embora o complexo temário seja inovador em sede penal frente à sistemática atual, bem como as sanções previstas sejam bastante graves, faltou técnica e justificação para o proposto.

Portanto, as dificuldades de efetividade do Direito Penal Econômico não se mostram solucionadas pelo anteprojeto em foco. Ao revés, vislumbra-se agravamento de suas dificuldades dogmáticas estruturais, fato fomentador de arbítrios e impunidades.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 903
SSCEPI

TÍTULO XIV

CRIMES CONTRA INTERESSES METAINDIVIDUAIS

Capítulo I

Dos Crimes contra o Meio Ambiente

Art. 388. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:

Pena – prisão, de dois a quatro anos.

§1o Incorre nas mesmas penas:

I - quem impede a procriação da fauna, sem licença, autorização ou em desacordo com a obtida;

II - quem modifica, danifica ou destrói ninho, abrigo ou criadouro natural de espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória;

III - quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente.

§ 2o No caso de guarda doméstica de único exemplar de espécie silvestre não considerada ameaçada de extinção, pode o juiz, considerando as circunstâncias, deixar de aplicar a pena.

§ 3° São espécimes da fauna silvestre todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras.

§ 4o A pena é aumentada de metade, se o crime é praticado:

I - contra espécie rara ou considerada ameaçada de extinção, ainda que somente no local da infração;

II - em período proibido à caça;

SENADO FEDERAL
SF/ Fl. nº 904
SSCEPI

III - durante a noite;

IV - com abuso de licença;

V - em unidade de conservação;

VI - com emprego de métodos ou instrumentos capazes de provocar destruição em massa.

§ 5o A pena é aumentada até o triplo, se o crime decorre do exercício de caça profissional.

§ 6o As disposições deste artigo não se aplicam aos atos de pesca.

Art. 389. Importar, exportar, remeter, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em cativeiro ou depósito, transportar, trazer consigo, guardar, entregar a comércio ou fornecer ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, incluídos penas, peles e couros, sem autorização legal e regulamentar.

Pena – prisão, de dois a seis anos.

§1° Aumenta-se a pena do *caput* de um sexto a um terço, se houver intuito de lucro.

§2° Se a conduta visar à exportação, a pena será aumentada de um terço a dois terços.

Art. 390. Introduzir espécime animal no País, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente:

Pena - prisão, de três meses a um ano.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

Ao optar por incluir no Código Penal os delitos contra o meio ambiente, a Comissão se pautou por entender que tais crimes, justamente por sua dignidade e relevância em matéria penal, não poderiam ficar afastados da codificação principal do Direito Penal Brasileiro, que ora se propõe. Não se desconhece que a matéria ambiental, também de matiz constitucional, se apresenta como um microssistema com características, evidentemente, próprias. No entanto, a questão penal, até mesmo para boa, adequada e necessária sistematização da ordem jurídica penal, impunha a sua introdução verdadeira no Código Penal. Com efeito, o histórico legislativo em termos penais do Direito Ambiental Brasileiro sempre se formatou em legislações esparsas, quase sempre, no que

SENADO FEDERAL Fl. nº 105 SSCCEPI

diz respeito às infrações penais, caracterizadas como meras contravenções. Isso se deu até o advento da Constituição de 1988. Porém, importante lembrar que a partir da Conferência de Estocolmo de 1972, conforme indica a doutrina sobre o tema, alguns marcos se fizeram intangíveis para a edificação da codificação ambiental, em particular para a codificação penal ambiental, como são exemplos a Lei 6938, de 1981, definidora de uma Política Nacional do Meio Ambiente; a Lei 7347, de 1985, disciplinadora da ação civil pública, importante instrumento, embora não exclusivo, para a proteção do meio ambiente, a própria Constituição da República, de 1988, definindo em capítulo específico uma disciplina protetora desse direito e, finalmente, a Lei 9605, de 1998, a qual dispõe sobre as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e respectivas sanções penais e administrativas. Tal o amadurecimento legislativo a esse respeito que a Comissão entendeu de mantê-lo na sua quase integralidade, seja pela qualidade, profundidade e mesmo pela técnica legislativa adotada, apenas adequando algumas sanções e pequenas modificações nas condutas definidas ao que os novos tempos passaram a exigir, com destaque para os crimes contra os animais, merecedores, aqui, no texto proposto, de uma nova e rigorosa criminalização.

COMENTÁRIOS

O anteprojeto ignora o que são bens metaindividuais. Apenas aqui menciona situações agressivas ao Meio ambiente. Também o são os crimes contra a ordem econômica e sistema financeiro, consumidor, entre outros.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 206
SSCEPA

Seção I

Dos Crimes contra a Fauna

Art. 396. Provocar, pela emissão de efluentes ou carreamento de materiais, o perecimento de espécimes da fauna aquática existentes em rios, lagos, açudes, lagoas, baías ou águas jurisdicionais brasileiras.

Pena – prisão de um a quatro anos.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem:

I - causa degradação em viveiros, açudes ou estações de aqüicultura de domínio público;

II - explora campos naturais de invertebrados aquáticos e algas, sem licença, permissão ou autorização da autoridade competente;

III - fundeia embarcações ou lança detritos de qualquer natureza sobre bancos de moluscos ou corais, devidamente demarcados em carta náutica;

IV – utiliza substâncias tóxicas ou assemelhadas para limpeza de embarcações de qualquer espécie, causando danos à flora e à fauna marítima ou ictiológica.

Art. 397. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente:

Pena – prisão, de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem:

I - pesca espécies que devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos;

II - pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos;

III - transporta, comercializa, beneficia ou industrializa espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas.

Art. 398. Pescar mediante a utilização de:

I - explosivos ou substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante;

II - substâncias tóxicas, ou outro meio proibido pela autoridade competente.

Pena – prisão, de um ano a cinco anos.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 907
SSCEPI

Art.399. Pescar ou de qualquer forma molestar cetáceos em águas territoriais brasileiras.

Pena – prisão, de dois a cinco anos.

§ 1o A pena é aumentada de metade, se:

I – em razão do molestamento o animal sofre lesão grave, permanente ou mutilação;

II – o delito for cometido em período de reprodução, gestação ou amamentação;

III – o delito for cometido contra filhote.

§ 2º A pena é aumentada do dobro, se ocorre morte do animal.

Art. 400. Considera-se pesca todo ato tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios, suscetíveis ou não de aproveitamento econômico, ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

Dos atentados criminosos à fauna aquática e à pesca em geral. A Comissão propõe o aumento de pena para o causador do perecimento das espécies de fauna aquática, em decorrência de atos poluentes. Como novidade a esta Seção, propõe-se a inclusão de um inciso IV ao parágrafo único do atual art.33 em razão da omissão do texto vigente no que se refere à utilização de substâncias tóxicas ou assemelhadas para limpeza de embarcações de qualquer espécie e que causam dano à flora e à fauna marítima e ictiológica. Novidade, também, é a proposta de criminalizar a pesca ou qualquer molestamento de cetáceos em águas territoriais brasileiras, trazendo para o Código a preocupação que já havia orientado o legislador na edição da Lei nº 7.643, de 1987. A esse respeito, é de se destacar que se em razão do molestamento o animal sofre consequências como mutilação ou que prejudiquem a sua reprodução ou mesmo a morte, a pena é especial e rigorosamente aumentada. No que se refere às dirimentes previstas no atual art.37, a Comissão, por uma questão de sistemática, entendeu que a Parte Geral do Código Penal já é suficiente para atender a pretensão da referida norma.

SENADO FL. Nº 901 SSCEPI

COMENTÁRIO

O anteprojeto ignora que a Lei 7643/87 foi revogada pela Lei 9605/98. Retoma tema controverso em relação aos cetáceos, além de estipular questão de pena simplesmente à pesca desportiva.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 109
SSCEPI

Art. 412. Comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente:
Pena - prisão, de três meses a um ano.

Art. 413. Penetrar em Unidades de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem licença da autoridade competente:
Pena - prisão, de seis meses a um ano.

Art. 414. Nos crimes previstos nesta Seção, a pena é aumentada de um sexto a um terço se:
I - do fato resulta a diminuição de águas naturais, a erosão do solo ou a modificação do regime climático;
II - o crime é cometido:
a) no período de queda das sementes;
b) no período de formação de vegetações;
c) contra espécies raras ou ameaçadas de extinção, ainda que a ameaça ocorra somente no local da infração;
d) em época de seca ou inundação;
e) durante a noite, em domingo ou feriado.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

Da punição e outros crimes ambientais. Tendo em vista que para as medidas de controle já existe a possibilidade, por exemplo, de embargo da obra, suspensão de atividades, na esfera administrativa, e as dúvidas que o atual §3º do art. 54 suscitam, a Comissão propõe a sua supressão, até porque não se traduz em prejuízo efetivo à sua

SENADO FEDERAL
Fl. nº 210
SSCEPI

não inclusão no Código. No mais, ampliou-se a punição para o tipo do atual art. 55 e incluiu-se um §2° ao referido artigo, para a hipótese da atividade ilegal ocorrer em área indígena. Ao art.56 e os incisos I e II de seu §1°, entendeu-se por acrescer as expressões **licença ou autorização**, porquanto a licença ou autorização, na hipótese, devem ser explícitas e infringi-las por falta de auditoria do órgão ou agente ambiental deve ser criminalizado. A omissão à expressão **fauna** contida no inciso I do atual art. 58 é devidamente corrigida. Propõe-se a retirada da parte final do atual art.60 para que se mantenha a coerência do sistema. De acordo com a redação original, qualquer violação à norma regulamentar ou legal é crime. Inviabilizam-se termos de compromisso de ajustamento de conduta, além de subverter a hierarquia de gravidade dos atos ilícitos. Não há dúvida de que uma atividade formalmente irregular, mas que não gere risco de dano à saúde ou destruição à flora ou à fauna, pode ser objeto de auto de infração, mas, ao mesmo tempo, deve ser objeto de ação penal. Portanto, a proposta restringe a tipicidade apenas ao funcionamento sem licença, considerando que o funcionamento em desacordo com as determinações legais e regulamentares, quando causadoras de danos ou risco de danos à saúde e destruição da flora e da fauna, já produz a incidência da norma prevista no atual art.54. Não obstante à alteração parcial da norma do atual art.60, propõe-se o acréscimo de um parágrafo único, especificamente para atos omitentes em relação à prevenção.

COMENTÁRIO

O anteprojeto ignora todas as críticas sobre os chamados crimes de perigo por mera infração administrativa e o seu potencial corruptor. Apenas repetem-se condutas amplamente questionadas desde um ponto de vista dogmático.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 211
SSCEPI

TÍTULO XVI
CRIMES CONTRA OS DIREITOS HUMANOS

O título dos crimes contra os Direitos Humanos é abrangente dos crimes contra a humanidade, tortura, crimes de guerra, crimes contra as pessoas com deficiência e crimes de racismo e intolerância. Não pretendeu a Comissão dizer que somente estes são crimes contra os direitos humanos, conceito que, em interpretação ampliadora, receberia todo e qualquer crime. Viu-se, porém, como adequada e propedêutica a criação de um setor do Código Penal destinado a congregar figuras típicas que, especialmente, tangem a sensibilidade e a solidariedade dos grupamentos humanos no contexto internacional, objetos de tratados internacionais de proteção.

CAPÍTULO I
CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

Genocídio

Art. 459 – Praticar as condutas descritas nos incisos abaixo com o propósito de destruir, total ou parcialmente, um grupo, em razão de sua nacionalidade, idade, idioma, origem étnica, racial, nativa ou social, deficiência, identidade de gênero ou orientação sexual, opinião política ou religiosa.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

Qualificações do grupo- O crime de genocídio já vinha descrito na Lei nº2.889/1956. No entanto, ela previa apenas quatro motivos em razão dos quais se praticava o genocídio, a saber, nacionalidade, etnia, raça ou religião. Propõe-se a ampliação deste rol, para incluir a idade, idioma, origem nativa ou social, deficiência, identidade de gênero ou orientação sexual e opinião política de determinado grupo.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 212
SSCEPI

Além disso, a redação proposta vem ao encontro das demais alterações feitas pela presente Comissão, a qual, com o intuito de atualizar o ordenamento jurídico com a realidade social, deseja proteger os chamados grupos vulneráveis, ao tratar dos crimes de discriminação e preconceito, crimes contra os deficientes, crimes contra os idosos, entre outros.

I – matar alguém;

Matar apenas uma pessoa- Embora a Lei nº 2.889/1956 traga como conduta que corresponde ao genocídio simplesmente o homicídio de vários membros do grupo, a melhor doutrina entende que matar apenas uma pessoa do grupo, se com o intuito de destruí-lo, caracteriza tal tipo penal, além de evitar um descompasso em relação ao homicídio qualificado.

II – ofender a integridade física ou mental de alguém;

Ofensa à integridade física ou mental- Redação adequada ao Estatuto de Roma, que assim dispõe (art. 6º, 'b'): "ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo".

III – realizar qualquer ato com o fim de impedir ou dificultar um ou mais nascimentos, no seio de determinado grupo;

Impedimento de nascimentos- A redação da Lei vigente é a seguinte: "adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo". O presente Anteprojeto acrescentou a expressão "dificultar" com o fim de punir não só quem impede nascimentos, mas também aquele que de alguma forma dificulta este processo natural com o fim de destruir total ou parcialmente determinado grupo.

IV – submeter alguém a condição de vida desumana ou precária;

Condições de vida desumana ou precária - A Lei nº 2.889/56 tinha a seguinte redação para tal inciso: "submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial". A presente proposta traz tipo mais

SENADO FEDERAL
Fl. nº 213
SSCEPI

aberto, caracterizando a conduta qualquer ato que tenha o objetivo de submeter as pessoas a vida desumana ou precária. Não se pode olvidar que estas condutas se perfazem apenas num ambiente de "hostilidade ou de conflito generalizado, que corresponda a uma política de Estado ou de uma organização".

V – transferir, compulsoriamente, criança ou adolescente do grupo ao qual pertence para outro.

Transferência de criança ou adolescente- Da redação da Lei vigente e da redação estabelecida pelo Estatuto de Roma, acrescentou-se apenas a expressão "adolescente", igualmente merecedores de proteção.

Pena: prisão, de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, sem prejuízo das penas correspondentes aos tipos penais comuns.
Parágrafo Único. Na mesma pena incide quem incita publicamente a prática do genocídio.

Associação para o genocídio
Art. 460. Associarem-se três ou mais pessoas para a prática dos crimes mencionados no art. 455:
Pena – prisão, de dez a quinze anos, sem prejuízo das penas correspondentes aos outros crimes.

Extermínio
Art. 461. Sujeitar à privação do acesso a água, alimentos, medicamentos ou qualquer outro bem ou serviço do qual dependa a sobrevivência de grupo de pessoas, visando causar-lhes a morte:

Pena – prisão, de vinte a trinta anos.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 914
SSCEPI

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

Extermínio. Na esteira do artigo inaugural deste capítulo, verifica-se ter dignidade penal a conduta perpetrada com o fim de exterminar, por qualquer meio, determinado grupo de pessoas. Com isso pretende-se reprimir, na maior parte dos casos, aqueles que estão no poder e dele abusem. A tipificação atende ao Estatuto de Roma (art. 7.º, 1, 'b') e buscou inspiração no Código Penal Francês (art. 212-1, 2.º), bem como no art. 264A,, 'b', do Código Penal Suíço.

COMENTÁRIO

No caso dos crimes internacionais próprios, o anteprojeto aparentemente pretendeu adequar a legislação penal ao Tratado de Roma, que contém o Estatuto do Tribunal Penal Internacional e prevê os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão. Não o fez, contudo, de forma feliz ou oportuna, já que não tipifica todas as condutas previstas no Estatuto de Roma — não tipifica o crime de agressão — e, ao mesmo tempo, prevê incriminações de maneira distinta daquelas previstas no referido Estatuto.

O crime de genocídio, como recorda Carlos Eduardo Adriano Japiassú, é, na sua essência, um crime contra a humanidade, que, entretanto, dada a sua relevância, foi destacado dessa categoria de ilícitos, para que pudesse receber tratamento específico.

As definições de genocídio deram-se ao longo de muita discussão internacional, sendo de se mencionar que a Organização das Nações Unidas (ONU), nomeou Comissão Especial para elaborar Projeto de Convenção sobre Genocídio, o que

SENADO FEDERAL
Fl. nº 215
SSCEPI

acabou sendo aprovado pela Resolução 260, de 1948. Seu art. 2º assim definiu o genocídio: "qualquer um dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física, total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo."

Claramente a Convenção rejeitou as propostas de incluir genocídio cultural e genocídio político, atendo-se ao genocídio biológico. Esse caráter não foi observado pela Comissão nacional, que inovou sem apontar as razões e em discordância internacional.

De se recordar que, no Brasil, o genocídio está definido duas vezes, quer na Lei nº 2.889/1956, quer no artigo 208, do Código Penal Militar. É ele também considerado crime hediondo (parágrafo único do artigo 11 da lei nº 8.072/90). Tais definições legais coincidem com o texto adotado pela Convenção das Nações Unidas.

Seria preferível, como esclarece Japiassú, reproduzir os termos do Estatuto de Roma que o Brasil ratificou, que estabelece, em ser artigo 7º, *caput*: "**1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque".**

Ora, o que se percebe, assim, que a previsão posta incluiu o critério de ataque sistemático, mas não de ataque generalizado. Além disso, ampliou-se o rol de grupos que podem ser objeto do genocídio, ainda que lançando mão de grupos

SENADO FEDERAL
Fl. nº 316
SSCEPI

Segregação racial – *Apartheid*

Art. 467. Praticar qualquer crime previsto neste Título no contexto de um regime institucionalizado ou tolerado de opressão e dominação sistemáticas de um grupo racial ou étnico sobre outro, com o fim de manter esse regime:

Pena - prisão de quatro a doze anos, além da pena correspondente ao outro crime.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

Discriminação Institucionalizada. O crime de segregação racial visa punir os repudiáveis processos de discriminação institucionalizada, que traduzem a forma mais radical de racismo. O *nomen iuris, Apartheid,* foi inspirado no regime de segregação instituído na África do Sul, maior exemplo da conduta tipificada. A conduta exige a prática de qualquer crime contra a humanidade para o fim de manter um regime institucional de opressão preconceituosa, ou seja, a configuração do crime de *Apartheid* exige um crime antecedente, à semelhança da lavagem de capitais. Por fim, a comissão estabelece de forma expressa a regra de concurso material entre o crime de segregação e o(s) crime antecedente(s).

COMENTÁRIO

O delito do art. 467 do Anteprojeto intitula-se "segregação racial – apartheid", e apresenta como conduta típica "praticar qualquer crime previsto neste Título".

SENADO FEDERAL
Fl. nº 917
SSCEPI

não estáveis, além de uniformizar as penas, prevendo a mesma pena para condutas de intensidade distinta. A reforma não parece, pois, adequada.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 918
SSCEPI

De princípio, é de se entender bastante louvável a conduta do legislador em prever os crimes de racismo, a partir da Constituição mesma. Ou seja, um Código Penal nascido à luz da Constituição de 1988 deve agregar em seu texto a proteção de bens jurídicos que nela ganham realce, a exemplo de qualquer tipo de discriminação.

Sobre a previsão típica, entretanto - principalmente nesta oportunidade em que alterações podem ser sugeridas e presume-se que serão bem vindas desde que fundamentadas - algumas críticas são impositivas. Aqui nos referiremos, em especial, a dois aspectos: (I) o *nomen juris* do instituto e a (II) sua conversão a um tipo penal delimitado, em lugar de ser uma causa de aumento de pena restrita ao capítulo.

I) Quanto ao *nomen juris*, há que se ter como postulado que, embora com alguma controvérsia, tem papel relevante[4] na futura interpretação do tipo, tanto que aparece comentado na Exposição de Motivos elaborada pela Comissão. Se a lei não traz palavras inúteis, a intencionalíssima aparição do nome *Apartheid* na rubrica traz alguma sua inconveniência pode ser separada, apenas para fins de exposição, em três aspectos diversos, não necessariamente da mesma relevância: **a)** primeiro deles, a agregação de um vocábulo que não está na língua portuguesa e que, portanto, é surgido em algo bastante diverso da nossa cultura; **b)** segundo, e decorrência do primeiro, que o nome traz como referência, em seu significado, a remissão a um *único* regime, que portanto pode ser assemelhado, porém jamais repetido ou refeito, sob essa denominação; **c)** terceiro, o de que o nome tem um sério conteúdo eufêmico, como aliás é regra geral do modo de expressão de regimes totalitários.

a) A importação ao Código Penal do termo *apartheid* pode trazer em si alguns problemas, tanto de técnica quanto de tradução. O mais imediato, porém não o mais grave, é o desrespeito à norma geral de que os nomes dos delitos devem aparecer em idioma português. Embora de intelecção clara, e talvez mais exata, às classes mais cultas, a vontade geral do legislador constituinte, expressa no art. 13, caput, Carta, de

[4] Diz Dotti, com sua inequívoca experiência legislativa "Em tais casos, a rubrica lateral caracteriza uma súmula do texto legal e tem sentido didático. A rigor não integra a norma, funcionando apenas como elemento exterior e destinado a facilitar à sua compreensão jurídica e social", DOTTI, René Ariel, *Curso de Direito Penal*, p. 251

SENADO FEDERAL Fl. nº 919 SSCEPI

que o idioma português seja unicamente utilizado nos documentos oficiais deve ser levado em consideração. Por detrás dessa ordem constitucional está, cremos, não uma vontade de manter um idioma puro e livre de influências, o que seria de um nacionalismo bastante discutível, mas, melhor, outros dois: o de fazer a intelecção da lei mais direta, mesmo àqueles que não dominem idioma estrangeiro e, principalmente, o de *resolver* os problemas de tradução *antes* da promulgação da lei.

Realmente, a transmissão, para o idioma pátrio, de palavras que surgem em contextos internacionais é, entre os cultores da linguística, problema antigo. Haverá correntes que pugnarão pela *intraduzibilidade* de qualquer vocábulo sem perda substancial de seu conteúdo original, o que parece bastante plausível. Entretanto, a transformação, na incorporação do novo vocábulo ou expressão dentro das regras do idioma que o absorve, implica simultaneamente um ganho de significado, na adaptação ao contexto cultural. E tal adaptação é imprescindível. Em termos de direito penal, ninguém é capaz de discutir a perda ou a inexatidão de conteúdo ao se transformar o *Tatbestand* em "tipo penal"[5] ou a "Tatherrschaft" em "domínio do fato", dentre tantas outras. Os debates, também em línguas mais próximas à nossa, como o espanhol e o italiano, foram intensos para se chegar a um consenso, se é que este alguma vez foi atingido. De todos os modos, esse trabalho de tradução é *essencial* a doutrina, cremos, de maneira *prévia* à incorporação do vocábulo na legislação, sob pena de se presumir que *sequer o legislador* encontrou elementos para, com sua linguagem, dizer o que pretendia proibir. Se nem ele tem vocábulo suficiente para transcrever em seu idioma a conduta proibida, que dizer do intérprete, jurista, ou do cidadão comum destinatário da norma, que terá de debater-se em uma controvérsia linguística que alguém já antes se furtou a solucionar: o que é de fato o *apartheid*? Essa dificuldade de expressão, como se verá adiante, trará problemas práticos evidentes.

Antes, entretanto, de se entrar nesse debate, há que se construir uma breve ressalva. Dizer que o legislador tenha de solver problemas idiomáticos antes de importar um vocábulo estrangeiro ao Código Penal não significa que ele deva solucionar problemas doutrinários – e menos ainda explicar suas soluções – no texto legal. Muito ao contrário, a controvérsia reside na capacidade de o legislador ter, para si

[5] Veja-se, por exemplo, os comentários acerca das opções de tradução em Jiménez de Asúa, em seu Tratado, Vol. III, cap. V, item 1185 (p. 749 e seguintes).

SENADO FEDERAL
Fl. nº 120
SSCEPI

próprio, clara a conduta que pretende proibir, sem fazer uma analogia ou uma irrefletida importação de uma 'figura' estrangeira. Com o devido respeito, a recusa à tradução do vocábulo significa ou abertura que ofende a tipicidade, ou desleixo do legislador, como se a dizer "é proscrito fazer algo parecido ao antigo regime sul-africano de *apartheid*". O processo de tradução, se houvesse, forçaria o legislador a um sentido concreto que se transportaria ao *verbo* da ação/omissão proibida, e a outros predicativos que lhe incorporassem sentido. Novamente a título de ilustração, seria, para o estudioso, talvez muito mais claro se a nova lei de lavagem indicasse o anglicismo "compliance", de dificílima tradução, na rubrica do artigo, mas novamente seria uma demonstração da incapacidade ou da falta de vontade de descrever a conduta proibida sem o recurso a um termo de difícil tradução, que se transforma, no contexto do tipo, em um recurso analógico, nada bem vindo em se tratando de taxatividade.

b) Os demais problemas do uso do nome "apartheid" decorrem, então, especificamente da recusa em sua adaptação e, em sentido bem amplo, "tradução". Veja-se que o termo *apartheid,* quando trazido diretamente ao idioma português sem mais explicações, significa *um específico* regime político já superado, que portanto não se pode (afortunadamente) repetir.

Leia-se, por exemplo, a *única* definição que lhe dá o verbete "apartheid" no dicionário brasileiro, de idioma português **Michaelis**: Apartheid a.par.theid sm (do africânder) *Política de segregação racial, adotada pela República Sul-Africana, desde 1948 até 1995, entre seus habitantes, a qual objetiva o predomínio pleno dos brancos sobre negros, mestiços e minorias de origem asiática.*

Em outros idiomas, a delimitação à África do Sul também aparece. Veja-se a única definição do dicionário **Cambridge**: "*apartheid, noun: (in the past) a political system in South Africa that legally separated people of different races*". E no alemão **Langenscheidt**: "Apart·heid *die*; -; *nur Sg*; *die Trennung zwischen Farbigen und Weißen in der Republik Südafrika*".

Ou seja, mesmo que se queira compreender o termo "apartheid" como fazendo parte da língua portuguesa, porque assim incorporado diretamente do

SENADO FEDERAL Fl. nº 921 SSCEPI

africâner em todos os idiomas, seu significado é diretamente **o regime** sul-africano que perdurou até 1995. Portanto, seria possível cometer *apartheid*, no Brasil, a partir da eventual promulgação do Novo Código? Certamente não. Qualquer pessoa que viesse a ser julgada, no futuro, pelo delito do previsto art. 467, teria em sua defesa o fato de que a eventual segregação racial jamais se daria nos moldes exatos do apartheid, a que a rubrica do artigo refere, por ser esse um regime especifico. E, caso olhemos a outros exemplos, sempre lastimáveis, da História da Humanidade, confirmaremos esse desencontro entre vocábulo e o sentido que o legislador parece pretender dar-lhe: é correto dizer que Hitler cometeu *apartheid* ao retirar dos judeus a cidadania alemã? Não obstante a idêntica imoralidade da política nazista, o nome não se lhe encaixa. Não é impossível, infelizmente, uma política futura de segregação racial no Brasil, embora por sorte se haja que reconhecer que em um país de tamanha miscigenação seja suficientemente improvável, mas *é impossível* o apartheid, porque se refere a um regime único, passado e geograficamente delimitado.

c) Mas ainda que futuramente o intérprete busque na origem do idioma sul-africano sentido para o termo, pode-se deparar com alguma dificuldade de interpretação. Porque, sabe-se, o apartheid significa 'crescimento em separado', o que é um termo por demais eufemístico para ser assim importado, sem mais, a nosso idioma. Política de preconceito, segregação racial, racismo e tantos outros termos dão a real dimensão da gravidade da conduta. Em outras palavras, por conta da já citada intraduzibilidade, seu uso pode ser considerado, por alguns, politicamente incorreto. E não sem razão, porque absorve o eufemismo originário daqueles que idealizaram e implantaram a famosa política racista.

II. O ponto mais grave da nova tentativa de tipificação não está, entretanto, no *nomen juris*, mas sim em sua estrutura e no modo como o legislador a justifica. Assim aparece na Exposição de Motivos:

> *A conduta exige a prática de qualquer crime contra a humanidade para o fim de manter um regime institucional de opressão preconceituosa, ou seja, a configuração do crime de Apartheid exige*

SENADO FEDERAL Fl. nº 922 SSCEPI

*um crime antecedente, à semelhança da lavagem de capitais. Por fim, **a comissão estabelece de forma expressa a regra de concurso material** entre o crime de segregação e o(s) crime antecedente(s).*

A Exposição de Motivos diverge, com a devida vênia, de o quanto está escrito no tipo, entendendo-se como um texto dentro de toda ao codificação normativa. Ao referir-se expressamente à lavagem de dinheiro, revela-se que o legislador inspirou-se em uma idéia de crime **antecedente** que está na lei de Lavagem – ainda que de modo implícito, pelo termo "proveniente" – mas que **não** aparece no tipo penal de *apartheid*. Ao contrário, o tipo diz expressamente "Praticar qualquer crime previsto neste Título **no contexto** de um regime institucionalizado ou tolerado de opressão". Não se consegue compreender, então, qual é dito "delito antecedente". Ao contrário, mais bem parece que o delito que se chama antecedente na verdade é, de modo compulsório, *subsequente*.

Entenda-se: o apartheid tem como "pressuposto" uma conduta: a comissão de um crime do capítulo, provavelmente outra figura de racismo. Esse crime de racismo, quando cometido "no contexto" de um regime de segregação, implica que se cumule, como quer o legislador, o tipo do art. 467. Se assim é, o "contexto" importa, na melhor das hipóteses, em dois delitos ocorrido em evidente *simultaneidade*: o regime de segregação *e* um ato específico de racismo, previsto no tal Capítulo. Não há relação de antecedência, sequer em hipótese. E, se relação temporal forçosa houver – permitindo-me o extravasamento hipotético – essa relação é **inversa** àquela que o legislador inscreve na exposição de motivos: porque o agravamento do *apartheid* é a existência de um regime de tolerância ao racismo, e a instituição desse regime, criminosa que é, deve *anteceder* ao ato específico, individual, tipificado no Capítulo. O *apartheid* antecede ao ato específico de racismo, e não o contrario.

Além disso, tal como está, o cúmulo material entre o chamado "delito antecedente", pelo legislador, e o apartheid não é claro. Caso esse cúmulo material seja a mera indicação, na exposição de motivos, de desejo de que ele exista,

SENADO FEDERAL
Fl. nº 923
SSCEPI

evidencia-se que o legislador pretendeu atribuir à sua mera exegese inicial, a Exposição de Motivos, um poder que ela não terá quando a norma estiver em vigor. Tal como está a tipificação, nada difícil seria ao intérprete dizer que o *apartheid* absorve qualquer outro delito de racismo, e que a pena mais baixa cominada àquele (ou seja, ao racismo dentro do apartheid) seria a menor reprobabilidade/culpabilidade existente no ato racista *porque* tolerado ou incentivado, a seu tempo, por um regime institucional. Ou seja, em lugar de agravar a pena, o tipo do art. 467 terminará por diminui-la e muito, em um efeito reverso que aliás não tem sido raro em nossas construções legais recentes.

Melhor seria, nesse sentido, em lugar de um tipo penal autônomo, a inscrição um dispositivo comum ao capítulo, que previsse aumento específico de pena aos tipos anteriores, se cometidos em uma política de segregação. É essa a função das causas especiais de aumento de pena, como bem sabe o legislador.

SENADO FEDERAL
Fl. nº 924
SSCEPI