



SGPDOC nº 68965/2013

São Paulo, 17 de outubro de 2013

A Sua Excelência o Senhor
Senador RENAN CALHEIROS
Presidente do Senado Federal
Anexo I – 15º andar Praça dos Três Poderes
70.165-900 Brasília, DF

Junte-se ao processado do
PLS
nº 236, de 2012.

Em 05/11/13

Assunto: PLS 236/2012 (Projeto de Código Penal) – Sugestão de Emendas

Senhor Presidente,

Tramita perante esta Casa Legislativa projeto de lei nº 236/2012, de autoria do Senador José Sarney, que promove a reforma penal na legislação brasileira, instituindo novo Código Penal.

Os impactos desta relevante alteração legislativa são imensos e afetam diretamente a vida de todos os brasileiros e brasileiras, constituindo parte essencial do processo legislativo a ampla discussão com todos os segmentos da sociedade.

A **Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, cuja missão constitucional é a orientação jurídica e a defesa da população carente, tem absoluto interesse em participar deste processo e trazer suas contribuições para o debate, vocalizando a experiência profissional de seus mais de 600 (seiscentos) Defensores e Defensoras Públicas e 900 (novecentos) servidores das mais diversas formações acadêmicas.

05.11.13





Para o cumprimento desta tarefa, informo a Vossa Excelência que, em conjunto com a Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo - EDEPE- foi instituído grupo de trabalho no âmbito desta instituição visando ao estudo do referido projeto de lei e à apresentação de sugestões de emendas contendo propostas concretas ao Parlamento.

Encaminho-lhe, anexa ao presente, o produto do trabalho do grupo composto por Defensores e Defensoras Públicas do Estado de São Paulo na expectativa de que possa contribuir para o enriquecimento do debate legislativo com a perspectiva dos que defendem a parcela mais excluída da sociedade.

Atenciosamente,


Daniela Sollberger Cembranelli
Defensora Pública-Geral do Estado de São Paulo



1. EMENDA N.º 1: manutenção da Parte Geral do atual Código Penal

1.1. JUSTIFICATIVA

1.1. A essência da Parte Geral e os motivos para sua rejeição

A proposta da Defensoria Pública do Estado de São Paulo objetiva manter a Parte Geral do Código Penal em vigor, já profundamente alterada em 1984, pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, que envolveu largo consenso na comunidade jurídica, e passou, ainda, por pontuais, mas importantes, avanços nas últimas duas décadas, cumprindo o Poder Legislativo adequada e satisfatoriamente com a edificação de um sistema normativo coeso e seguro a respeito do tema.

O PLS 236/2012, resultado de comissão de juristas instituída pelo Senado Federal, bem como o Substitutivo do eminente Relator Senador Pedro Taques alteram institutos e conceitos jurídico-penais cuja interpretação já se mostra tranquila e consolidada pela doutrina e pelos Tribunais pátrios. As críticas dos mais variados segmentos acadêmicos e institucionais revelam que o atual projeto, se convertido em lei, poderá causar profunda insegurança jurídica e, especialmente, o colapso do sistema prisional.

O substitutivo traz diversas proposições cuja plêiade de interpretação poderá gerar grande oscilação jurisprudencial, inclusive com questionamento de constitucionalidade.

A utilização, por exemplo, de expressões plurívocas em artigos instrutivos à aplicação de todas as demais normas penais¹. A hipótese que melhor ilustra essa conclusão está no artigo 14, que define “fato criminoso”:

¹ Seguem alguns exemplos, com destaques e grifos nossos:

Art. 16 – (...) Culpa gravíssima Parágrafo único. Há culpa gravíssima quando as circunstâncias do fato demonstrarem que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo, mas agiu com excepcional temeridade;

Art. 36. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§1º Consideram-se:

I – coautores aqueles que:

(...)

b) mandam, promovem, organizam, dirigem o crime ou praticam outra conduta indispensável para a ofensa ao bem jurídico;

Art. 84. A pena de multa será fixada em duas fases. Na primeira, o juiz observará as circunstâncias judiciais para a fixação da quantidade de dias-multa. Na segunda, o valor do dia-multa será determinado observando-se a situação econômica do réu.

§1º A multa pode ser aumentada em até vinte vezes, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo. Nos crimes praticados por pessoas jurídicas ou em nome delas, o aumento pode chegar a duzentas vezes, em decisão motivada.



“O fato criminoso

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

Parágrafo único. O resultado exigido somente é imputável a quem lhe der causa e se decorrer da criação ou aumento de risco juridicamente relevante.” (g.n.)

Além disso, outros dispositivos, tal qual o proposto art. 81², suscitam questionamento acerca de sua constitucionalidade. A redação de referido dispositivo vai de encontro ao atual art. 66 do Código Penal, cuja redação, trazida pela reforma de 1984, incentiva a qualquer tempo a minoração das consequências causadas pelo delito, permitindo ao juiz suprir as lacunas legais. A redação proposta veda a possibilidade e, com isso, fere o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF), bem como o art. 5º, inciso LIV, cujo comando impede a existência de norma desarrazoada³.

E, além desse, inúmeros outros artigos conduzem-nos à mesma irresignação⁴.

² Art. 81. A pena não poderá ser atenuada quando não previsto em lei, mesmo quando se tratar de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime

³ Nesse sentido, segue trecho de decisão do Supremo Tribunal Federal: “Essa repulsa doutrinária e jurisprudencial a preceitos legais, como esses que venho de mencionar, decorre da premissa de que o Poder Público, especialmente em sede penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal, ainda mais em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. Como se sabe, a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo”. (g.n.) (STF. HC 106442 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 30/11/2010, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 22-02-2011 PUBLIC 23-02-2011)

⁴ Vejamos outros exemplos, com destaques e grifos nossos:

1 - Concurso de pessoas:

“Art. 36. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§1º Consideram-se:

I – coautores aqueles que:

(....)

b) mandam, promovem, organizam, dirigem o crime *ou praticam outra conduta indispensável para a ofensa ao bem jurídico;*”

Com a redação proposta, não haverá distinção entre o grau de importância da ação de maneira a violar o princípio da individualização da pena, já anteriormente mencionado;

2 - Aplicação da pena

“Art. 59. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem a pena de prisão quando:

(....)

Conversão

§3º *A pena restritiva de direitos converte-se em prisão no regime fechado ou semiaberto quando:*”

A lei exclui das hipóteses de conversão o regime aberto, único que não leva à prisão. A proposta promove reversão na lógica da gradual aproximação do sentenciado com sua liberdade e vice-versa. Da pena restritiva de direitos, segundo o projeto, o sentenciado poderá regredir, diretamente, ao regime fechado, não nos parecendo a melhor opção.

3 - Circunstâncias qualificadoras e agravantes

“Art. 76. No caso de prática de crime qualificado, as demais circunstâncias qualificadoras reconhecidas serão usadas como agravantes.”

A previsão encontraria óbice diante da redação da súmula 443 do Superior Tribunal de Justiça aplicada por analogia. Ela impede a majoração da pena em virtude exclusivamente do número de causas de aumento presentes no delito de roubo, pois a



O substitutivo não será capaz de tornar efetivo seu principal fim. Dentre suas ideias norteadoras, buscou-se evitar a impunidade promovendo tais alterações⁵. Daí, o agravamento das previsões normativas em relação às vigentes.

Entretanto, os dados empíricos conduzem-nos à seguinte conclusão: o **rigor da pena não necessariamente evita ou diminui a criminalidade**, nem obrigatoriamente gera justiça. Para tanto, vale ilustrar dois exemplos recentes e emblemáticos de nossa história legislativa:

A - Recente pesquisa do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) demonstrou que a taxa de homicídios de mulheres pelos companheiros em **2006 era de 5,02** para cada 100.000 habitantes, enquanto em **2011 foi de 5,43**⁶. Ou seja, **no ano de promulgação da Lei 11.340/06**, coloquialmente conhecida como “Lei Maria da Penha”, que agravou as punições para as agressões contra a mulher no contexto de violência doméstica e familiar, **o número de homicídios contra mulheres no âmbito doméstico era menor do que aquele averiguado 05 anos depois de sua vigência;**

B – Em dezembro de 2005, o Brasil possuía 32.880 pessoas presas por tráfico de drogas⁷. Em dezembro de 2011, 125.560⁸. No entanto, apesar do aumento de 381% no número de pessoas presas pelo crime, não houve a respectiva redução de seus índices.

Por outro lado, a sensação de impunidade não é gerada, como se quer fazer crer, unicamente pelo rigor das penas aplicadas, mas principalmente pelo grau de sucesso das investigações criminais. O investimento em inteligência e o melhor aparelhamento das instituições responsáveis pela investigação são caminhos para alcançar as metas na área de segurança pública.

postura viola a redação do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Mudando o que deve ser mudado, o artigo dispõe o contrário, atentando, assim, contra a mesma norma.

⁵ Somente nas razões dispostas para a Parte Geral do Código, o termo “impunidade” foi utilizado nove vezes. Vide fls. 105, 113, 122, 124, 125, 138 e 146 do projeto.

⁶ http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=19904. Acessado em 09/10/2013.

⁷ <http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={4F8EB2D4-C21F-49F6-A131-7CDFA915C2FE}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}>. Acessado em 09/10/13

⁸ <http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={22DB86EB-810A-4BEC-91FF-543CB5DD08BE}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}>. Acessado em 09/10/13



As hipóteses destacadas evidenciam que aumento do gravame penal e inibição da criminalidade quase nunca caminham juntas. Aliás, esse foi justamente o fundamento para que a Parte Geral do Código Penal fosse alterada em 1998, pela Lei nº 9.714, **ampliando as possibilidades de aplicação da pena restritiva de direitos, caminho diverso do seguido pelo substitutivo em exame**. E esse fundamento trouxe resultados positivos, diminuindo a reincidência, conforme concluiu a comissão temporária de acompanhamento do sistema prisional, em relatório publicado em 10 de fevereiro de 2009 pelo CNJ, cujo excerto é destacado abaixo:

“(....) a terceira constatação traduz-se na necessidade de maior aplicação das penas alternativas, nas condenações criminais. Mister ressaltar que a referida aplicação deve estar acompanhada de sólidos programas de reinserção social, nos quais se demonstrasse ao preso o que deveria ser feito, em termos de disciplina, para lhe tornar merecedor daquele benefício. Outro dado não menos relevante, no que tange aos resultados práticos obtidos com as penas alternativas, está evidenciado em atuais estudos que demonstram um baixo índice de reincidência entre os beneficiários de tais medidas.⁹

Mais um exemplo, a ratificar a conclusão supracitada, é encontrado no Estado de Santa Catarina, indicando que, em 2010, **98,4% dos condenados inclusos no programa Centrais de Penas e Medidas Alternativas (CPMA) não reincidiram nos crimes**¹⁰.

O substitutivo proposto gerará significativo aumento do número de pessoas presas no país, colapsando o já combalido sistema prisional brasileiro.

Com isso, **o país, que em 2012 possuía a 4ª maior população carcerária do mundo** (mais de 500.000 pessoas) e **taxa de ocupação média que quase chega ao dobro de sua capacidade máxima**¹¹, **teria essa situação ainda mais agravada**. Em outros termos, seria necessário gastar mais com o preso em dois aspectos: quantidade, diante do aumento nominal, e qualidade, já que nova estrutura seria necessária para suportar o acréscimo. Considerando que o

⁹ https://www.cnj.jus.br/ecnj/download.php?num_protocolo=100012343525197&seq_documento=1. Acessado em 24 de maio de 2011.

¹⁰ <http://www.sc.gov.br/index.php/mais-sobre-justica-e-defesa-da-cidadania/768-programa-de-penas-alternativas-mostra-reducao-na-reincidencia-dos-crimes>. Acessado em 09/10/13.

¹¹ http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/12/121226_presos_brasil_aumento_rw.shtml. Acessado em 09/10/13.



um preso pode ter custo anual de 21.205,27 reais, como no Estado do Paraná¹², e que em 2002 a criação de uma nova vaga exigia ao redor de 15.000 reais¹³, é evidente que haverá insustentável aumento do gasto público, claramente evitável, à luz do que já foi fundamentado.

Abaixo, seguem outros exemplos que reforçam a necessidade de manutenção da Parte Geral do atual Código Penal e a rejeição integral da Parte Geral proposta.

1.2. A extinção do livramento condicional, aumento dos lapsos para a progressão da pena, a alteração da tutela jurídica da medida de segurança e a exigência do exame criminológico, previstos no projeto de lei nº 236, de 2012

Inicialmente, cumpre ilustrar que o Brasil não é o país da impunidade. Ao contrário, na última década (de 2001 a 2010), o Brasil foi o país com a maior taxa de aumento da população carcerária do mundo.

Para exemplificar, segundo dados do *International Centre for Prison Studies* (ICPS)¹⁴, no período, a Argentina teve variação de 2,8% na sua população prisional, o México de 32,2%, o Chile de 58,9%, a Itália de 23%, a Austrália de 32,2%, a França de 43,7%, os EUA de 15,6%. No Brasil, o crescimento foi de 112,2%, ao passo que a população brasileira, no mesmo período, cresceu apenas 12,3%, segundo dados do IBGE.

O Brasil conta com aproximadamente 500.000 pessoas presas e, se mantida a taxa média de encarceramento dos últimos anos, segundo cálculos realizados pela Revista Superinteressante¹⁵, toda a população brasileira estará presa no ano de 2.160, quando cerca de 1,5 bilhões de pessoas estariam atrás das grades.

¹² http://www.justica.pr.gov.br/arquivos/File/CONSEJ/TABELA_CUSTO_DO_PRESO_18_12.doc . Acessado em 09/10/13.

¹³ <http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7B4FF70289-9A4A-4DDD-BCBC-39225036DE54%7D&ServiceInstUID=%7B4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD%7D> . Acessado em 09/10/13.

¹⁴ POSSAS, Mariana Thorstensen (org.). 5º Relatório Nacional sobre os Direitos Humanos no Brasil, 2001-2010. Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo. <<http://www.nevusp.org/downloads/down265.pdf>>, acessado em 14/10/2013, p.153

¹⁵ <<http://super.abril.com.br/cotidiano/bicho-pega-dentro-cadeia-622841.shtml>>, acessado em 14/10/2013.



“Sensação de impunidade” não pode ser confundida com impunidade efetiva. E os dados revelam que o Brasil vem, efetivamente, punindo cada vez mais e da forma mais drástica possível: com encarceramento de jovens em prisões superlotadas, insalubres, desumanas.

Não é só. **Segundo constatado pelo próprio Congresso Nacional**, a pena de prisão é aplicada de forma seletiva. *“Uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) sobre o Sistema Carcerário foi criada em 2007 e no seu relatório apresentado em 2008 reiterava a seletividade do sistema de justiça criminal brasileiro que envia para as prisões e mantém encarcerados basicamente criminosos despojados de recursos econômicos, que praticam crimes de rua, sendo dificilmente encontrados nas prisões os criminosos de colarinho branco, aqueles que praticam crimes de fraude, evasão fiscal, contra a ordem tributária, desvio de verbas públicas etc.”*¹⁶

Ainda, a seletividade recai não apenas sobre a população pobre, mas há também distorção étnico-racial bastante pronunciada. Segundo dados obtidos no sítio eletrônico do Infopen, relativos a dezembro de 2012, apenas 33% da população carcerária declara-se branca, enquanto, segundo o último censo do IBGE realizado, 48% da população geral se declarou branca.

Temos, assim, que o Brasil prende cada vez mais, de forma absolutamente desumana, jovens pobres e negros, empurrando-lhes, muitas vezes definitivamente, para a margem da sociedade sem que sejam observados os resultados prometidos.

A política de encarceramento em massa, que seria intensificada caso aprovada a reforma do Código Penal, caminha na contramão dos objetivos fundamentais da Constituição Federal, constituídos pela erradicação da pobreza e marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inciso III), bem como do corolário da não discriminação, estampado no *caput* do artigo 5º.

A prisão não soluciona os problemas, ela os multiplica.

Não se vê razão, portanto, para que o Congresso Nacional intensifique, com a reforma do Código Penal, a política de encarceramento em massa da população pobre do Brasil.

¹⁶ POSSAS, Mariana Thorstensen (org.). *Op. cit.*, p. 152.



O Congresso Nacional não pode ignorar as consequências que adviriam da reforma do Código Penal nos termos em que proposta, sob o fundamento de que a responsabilidade pela efetivação das leis que aprova não é sua, mas do “Poder Executivo”, do “Direito Administrativo”.

As consequências, aliás, já estão postas, na medida em que a política de encarceramento em massa vem sendo executada. Assim, à conclusão de que ela é equivocada, basta um olhar para a realidade atual do encarceramento, suas consequências para a pessoa presa e para seus familiares¹⁷, bem como para a realidade da ineficácia dessa política na solução de conflitos sociais denominados, ou não, crimes.

Sobre a realidade do encarceramento, destaca-se que “(...) Em 2010, o número de estabelecimentos havia saltado para 1.857 e a 298.275 o número de vagas. Estas, porém, eram insuficientes para os 496.251 presos existentes naquele ano, o que gerava um déficit da ordem de 197.976. Em suma, enquanto de 2000 a 2010 a população encarcerada variou 113,2%, o número de unidades prisionais cresceu 108% e o número de vagas elevou-se apenas 83,2%, fazendo com que a variação no déficit de vagas no período tenha sido da ordem de 183,1%.”¹⁸

Essa realidade não pode, repita-se, ser desconsiderada pelo Congresso Nacional, assim como não pode ser ignorada a imensa violação de direitos que decorre da superlotação carcerária.

O absurdo da superlotação e o fracasso da política de encarceramento em massa, aliás, já vêm sendo reconhecidos por outros países, **sendo irracional que o Brasil percorra o mesmo caminho, quando já pode antecipar as consequências desastrosas mediante observação das experiências externas.**

Em 2011, a Corte Suprema dos EUA, maior encarcerador do mundo, determinou que o Estado da Califórnia reduzisse sua população carcerária. “Os presídios do estado comportam 88 mil pessoas, mas hoje em dia estão sendo ocupadas por 148 mil detentos. (...) A última instância

¹⁷ Para além dos efeitos deletérios de ordem emocional e social, levantamento realizado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo revelou que os familiares de pessoas presas têm, em média, de 50% a 60% de sua renda comprometida com o familiar preso, o que envolve desde despesas relacionadas à visita ao estabelecimento prisional até a compra de materiais de higiene e limpeza, que deveriam, mas não são, ser fornecidos pelo Estado.

¹⁸ POSSAS, Mariana Thorstensen (org.). *Op. cit.*, p. 154.



judicial americana declarou, ao proferir a sentença, que a medida foi tomada visando remediar o problema de violação dos direitos constitucionais dos prisioneiros."¹⁹

Ainda, mais recentemente, em agosto de 2013, noticiou-se que o Presidente Obama pretende reduzir o tempo de encarceramento, bem como reduzir a população prisional do país e que, para tanto, uma série de medidas administrativas e legislativas já estão sendo tomadas. Nas palavras do procurador-geral dos EUA, Eric Holder Jr., *"que afirmou querer um sistema judicial mais justo, com uma política menos custosa em termos morais, humanos e econômicos, 'Há muitos americanos em muitas prisões, por muito tempo demais, por muito pouco.'*"²⁰

A Itália também caminha no sentido da redução do encarceramento, depois de ser condenada pela Corte Europeia de Direitos Humanos ao pagamento de diversas indenizações fixadas em razão da violação de direitos decorrentes da superlotação, bem como e especialmente depois que a Corte fixou o prazo de um ano para que a redução da população carcerária.

Em mensagem ao Parlamento italiano, o Presidente da Itália, Giorgio Napolitano, ressaltou *"que a situação carcerária no país é humilhante e a Itália tem o dever moral, além de político, de oferecer aos presos tratamento adequado. Além de pedir como medida urgente a concessão do indulto e da anistia, ele pediu uma grande reforma do sistema prisional para aumentar o número de vagas disponíveis, mas também reduzir a quantidade de condenados que recebe pena de prisão."*²¹

Na Itália, o déficit de vagas é bem menor que o brasileiro, já que lá são 65.000 pessoas presas para pouco mais de 48.000 vagas.

Considerando a realidade do encarceramento no Brasil, bem como o reconhecimento internacional de que os custos humanos e econômicos da política de encarceramento em massa não podem e não devem ser suportados, a reforma do Código Penal deve voltar-se para a redução da população prisional, não o contrário.

¹⁹ <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-23/california-reduzir-populacao-carceraria-30-mil-pessoas>>, acessado em 14/10/2013.

²⁰ <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-13/eua-instruem-promotores-aliviar-acusacoes-reduzir-condenacoes>>, acessado em 14/10/2013.

²¹ <http://www.conjur.com.br/2013-out-09/presidente-italia-propoe-soltar-24-mil-presos-resolver-superlotacao>, acessado em 14/10/2013.



No entanto, observa-se que todas as modificações propostas no Substitutivo ao PLS 236/2012 não apenas estão na contramão da tendência internacional de desencarceramento, como implicarão aumento desenfreado nas taxas de encarceramento no Brasil, que já são demasiado altas.

Como exemplo de modificação que implicará aumento do encarceramento no Brasil, temos a **extinção do livramento condicional**.

A justificativa do projeto pela abolição do livramento condicional reside na constatação equivocada de que esse instituto não mais faria sentido na sistemática do ordenamento, diante do sistema progressivo de cumprimento da pena. Tal justificativa demonstra não ter havido qualquer investigação mais profunda sobre os impactos do projeto sobre a realidade social.

Apenas na capital paulista, há cerca de 6 mil pessoas em livramento condicional, que estariam encarceradas caso o projeto apresentado se tornasse lei, o que corresponde, em regra, à capacidade máxima de 08 unidades prisionais padrão.

No mesmo sentido, o acréscimo dos lapsos para **progressão de regime** e a proibição de fixação de regime inicial aberto para várias hipóteses terão o condão de provocar severo incremento dos índices de encarceramento no Brasil.

Registre-se que, ao menos no Estado de São Paulo, há um déficit de cerca de 6 mil vagas em estabelecimentos destinados ao regime semiaberto e a proposta apresentada, novamente sem qualquer análise do impacto da modificação, duplica o lapso necessário à progressão do regime semiaberto ao regime aberto, dobrando o tempo de encarceramento nos estabelecimentos destinados ao regime intermediário.

Ainda, o tratamento dispensado ao instituto das **saídas temporárias** implica descompasso interno que acaba por extingui-las, pois o sentenciado terá direito ao regime aberto ao mesmo tempo ou antes de ter direito à saída temporária, tornando o instituto inútil.



O tratamento dispensado pelo substitutivo às **medidas de segurança** também é fator de grande preocupação, porquanto em descompasso com reforma antimanicomial proposta pela Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001.

Cite-se, como exemplo, a modalidade de internação “cível-criminal” vitalícia, trazida pelo art. 95, §3º do Substitutivo, que não leva em conta o paradigma nacional impositivo da excepcionalidade absoluta da internação para evitar a dependência institucional e os efeitos da internação sobre a saúde mental do paciente.

O ressurgimento do **exame criminológico** para a progressão de regime, estampada no art. 47 do projeto, é igualmente desnecessário.

O exame criminológico consiste em perícia que, baseando-se no binômio delito-delinquente, pretende o estabelecimento de prognóstico de reincidência. Sua criação deu-se em contexto de aproximação entre a criminologia e os saberes médico-psicológicos, paradigma que hoje é consensualmente reconhecido como falso pelos saberes da psique.

Nesse sentido, a elaboração de prognóstico de reincidência, bem como de avaliação psicológica de pessoa com base no binômio delito-delinquente, elementos basilares do exame criminológico, foram proibidas à classe dos psicólogos pelo Conselho Federal de Psicologia, por meio do art. 4º, § 1º, da Resolução CFP n. 12/2011.

1.3. Princípio da Insignificância, reincidência, maus antecedentes, agravantes e atenuantes

O anteprojeto elaborado pela comissão de juristas positivou a possibilidade de reconhecimento da insignificância da lesão ao bem jurídico tutelado²², ainda que passível de

²² 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.



críticas pela forma como o fez. O substitutivo, entretanto, retrocedeu e condicionou sua aplicação à inexistência de reincidência, de maus antecedentes e da habitualidade delitiva²³.

Conquanto as condicionantes em nada se relacionem à extensão da lesão ao bem jurídico, verdadeiro paradigma para o reconhecimento da insignificância, a mudança proposta equipara reincidência a maus antecedentes, caminhando na direção do já superado direito penal do autor, contraposto ao moderno direito penal do fato. Não bastasse, cria-se a figura jurídica da habitualidade delitiva, incompatível com a normativa constitucional pátria.

Quanto às agravantes e atenuantes, observam-se igualmente retrocessos.

O projeto retira a atenuante da menoridade, sob o argumento de que a mudança na legislação civil, responsável pela redução da maioridade civil - de 21 para 18 anos -, implicaria ausência de fundamento para sua manutenção²⁴.

A equiparação, *data venia*, não parte dos mesmos pressupostos. A atenuante da menoridade baseia-se na hipótese de que os efeitos deletérios da intervenção penal em pessoa jovem são muitos mais nocivos e daí a necessidade de reduzir seus efeitos. Nada diz quanto à capacidade de decisão ou de se autodeterminar. Não por outra razão, recentemente o Congresso Nacional reconheceu no Estatuto da Juventude (Lei nº 12.582/2013), ser esta fase da vida momento diferenciado na formação da pessoa.

Também ressaltamos retrocesso quanto ao tratamento dado à confissão. O substitutivo busca condicionar seu reconhecimento apenas aos casos em que a autoria, à época da confissão, era desconhecida. Esse era o tratamento conferido pela redação do Código Penal anterior à reforma de 1984.

Quanto à reincidência, o substitutivo aumenta o chamado “período depurador” de 05 para 10 anos, isto é, a reincidência somente passará a não produzir efeito depois do decurso do prazo de

²³ Art. 26

[...]

Parágrafo único. É vedado o reconhecimento da insignificância penal quando o agente for reincidente, possuir maus antecedentes ou habitualidade delitiva.

²⁴ Art. 81. São circunstâncias atenuantes, quando não constituam, privilegiem ou diminuam especialmente a pena do crime:

I – ser o agente maior de setenta e cinco anos, na data da sentença;



10 anos entre o cumprimento ou extinção da pena do crime anterior e o novo crime, aumento, ainda mais, o estigma social do sentenciado e não contribuindo para sua reinserção.

Por tais motivos, deve a mudança proposta quanto às atenuantes e agravantes ser rejeitada *in totum*.

1.4. Prescrição

Quanto à prescrição, as alterações contidas no substitutivo visam, principalmente, a por fim à prescrição calculada com base na pena em abstrato e à prescrição intercorrente sob o pretexto de que estas seriam fatores que contribuíram para a “impunidade”.

Ao prever que toda a prescrição será calculada pela pena em abstrato e que essa não mais fluirá enquanto se espera o julgamento do processo nas instâncias extraordinárias, acessadas por recursos especial e extraordinário, o projeto viola a garantia da duração razoável do processo e, especialmente, a presunção de inocência.

Por outro lado, se um dos fatores que mais incomoda a sociedade é a lentidão dos julgamentos, a alteração proposta só agrava a situação, pois o prazo prescricional será ampliado e, com ele, a maior lentidão nas apurações e processamento dos casos penais.

Apesar de atribuir-se à prescrição a “culpa” pela impunidade, é ela garantia dos cidadãos contra o Estado, que não pode processar alguém por tempo indeterminado. Victor Hugo, célebre romancista francês, já o alertava no século XIX quando, em “Os Miseráveis”, narrou a eterna perseguição do policial *Javert* contra o forçado *Jean Valjean*.

Esse é o alerta feito por Euro Bento Maciel Filho ao comentar o PL que visava por fim à prescrição intercorrente:

“(…) Em outras palavras, os tribunais, atualmente já abarrotados por um número excessivo de processos, não terão mais prazo algum para o julgamento dos recursos. Desta forma, ressoa evidente que o Estado não sofrerá consequência alguma pela sua inércia. De outro lado, a proposta de revogação do nosso atual § 2º fulmina, também,



*a prescrição retroativa, o que dá ao Estado um tempo quase ilimitado para a condução das investigações ou da instrução criminal. Como se vê, em sendo aprovado tal PL, tanto a prescrição retroativa quanto a intercorrente, que são modalidades prescricionais essenciais para se proteger o cidadão ou contra investigações policiais eternas ou contra a excessiva morosidade do Judiciário, serão, infelizmente, extintas. Ora, mas o que a sociedade ganha com isso? A resposta, obviamente, é uma só: nada”!*²⁵

Diante de tal constatação e, sobretudo considerando que tal tema foi objeto de recentes alterações legislativas, tais como as operadas pelas Leis nº. 12.650/2012 e 12.234/2010, não deve prevalecer a proposta constante do substitutivo.

2. EMENDA nº 2: alteração do art. 121 do Projeto de Lei nº 236, de 2012, que passa a ter a seguinte redação:

Homicídio

Art. 121. Matar alguém:

Pena – prisão, de seis a vinte anos.

.....

2.1. JUSTIFICATIVA

A proposta tem por objetivo manter a pena mínima prevista para o homicídio (atualmente chamado de homicídio simples) em 6 (seis) anos, conforme previsto no atual Código Penal e proposto no anteprojeto de reforma do Código Penal da Comissão de Juristas.

Inegavelmente, o bem jurídico penal VIDA é o mais importante em nosso ordenamento jurídico. Contudo, o aumento do patamar mínimo da pena base não se justifica do ponto de vista das funções preventiva e retributiva da sanção penal.

²⁵ Em defesa da prescrição intercorrente e retroativa, Boletim IBCCRIM nº 183, fev/2008.



Sob o primeiro aspecto, preventivo, observa-se que, em regra, as acusações de homicídio versam sobre hipóteses qualificadas pelo motivo ou pela forma de execução, isto é, com penas iguais ou superiores a 12 (doze) anos de prisão.

Conquanto já acima exposto nossa posição a respeito da política de incremento de pena como instrumento de redução de índices de criminalidade, no homicídio sua implementação adquire ares ainda mais gravosos.

Lembremos que, atualmente, a legislação estabelece como pena do homicídio simples o mínimo de 6 (seis) e o máximo de 20 (vinte) anos. Nenhum outro tipo penal possui tamanha margem para avaliação do caso concreto e dosimetria por parte do magistrado. E isso porque o legislador de 1940 compreendeu que a plêiade de conflitos humanos geradores do delito de homicídio é absolutamente díspare. Do pai que vinga a morte do filho ao mercenário que executa a mando de outrem.

A possibilidade de o juiz avaliar a gravidade concreta da conduta e decidir por regime de pena diverso do fechado não lhe pode ser subtraída, sob pena de a lei oferecer uma única e sabidamente fracassada resposta penal ao conflito humano: o regime fechado.

3. EMENDA Nº 3: supressão do inciso VIII art. 121 do Projeto de Lei nº 236, de 2012

3.1. JUSTIFICAÇÃO

O substitutivo prevê que o homicídio passará a ser qualificado quando houver uso de “arma, artefato bélico ou acessório de uso proibido ou restrito”.

O conceito de arma, porém, é excessivamente amplo e fere o princípio da legalidade. Segundo o vernáculo, arma é todo “instrumento, mecanismo, aparelho ou substância especialmente preparados, ou adaptados, para proporcionar vantagem no ataque e na defesa em uma luta, batalha ou guerra” (dicionário Houaiss). A abertura interpretativa decorrente desta definição faz com que uma faca, tesoura, pedaço de pau ou vidro se transforme em elemento apto a qualificar o crime de homicídio. O delito de homicídio simples, na prática, deixaria de existir,



pois ou o indivíduo mata alguém com as próprias mãos (o que poderia resultar na qualificadora de meio cruel, conforme as circunstâncias), ou o homicídio é qualificado pelo uso de arma.

4. EMENDA Nº 4: alteração da redação do §3º, do art. 121 do Projeto de Lei nº 236, de 2012, que passa a ter a seguinte redação:

§ 3º A pena é diminuída de um sexto a um terço se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção, logo em seguida de injusta provocação da vítima.

4.1. JUSTIFICAÇÃO

A proposta tem o objetivo de manter a redação apresentada pela Comissão de Juristas, excluindo a exceção: “salvo se praticado contra criança, adolescente, idoso, pessoa com deficiência e mulher em situação de violência doméstica e familiar”. E isso porque, conforme já previsto no próprio substitutivo, estas condições da vítima já constituem causa de aumento de pena (art. 121, § 2º), não havendo nenhuma razão para a dupla previsão, senão o exacerbado punitivismo.

5. EMENDA Nº 5: supressão do §5º do art. 121 e §9º do art. 129 do Projeto de Lei nº 236, de 2012.

5.1. JUSTIFICAÇÃO

O substitutivo acrescentou aos crimes contra a pessoa a previsão da figura da culpa gravíssima. A expressão “excepcional temeridade”, além de vaga e contrária à legalidade, ainda adiciona mais um complicador à difícil, ou mesmo impossível, tarefa de diferenciar dolo eventual, no qual há assunção e aceitação do resultado, da culpa consciente, cujo resultado danoso, embora previsível, nem remotamente é aceito. A insegurança jurídica, vez mais, penetrará através da previsível oscilação interpretativa que do dispositivo decorrerá.

6. EMENDA Nº 6: nova redação ao art. 162 do Projeto de Lei nº 236, de 2012, que passa a vigorar com a seguinte redação:



“Furto

Art. 162.....

Pena – prisão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.”

6.1. JUSTIFICATIVA

A presente proposta de alteração legislativa visa a reduzir os limites mínimo e máximo do crime de furto simples e a consequente possibilidade de a autoridade policial lavrar termo circunstanciado, evitando-se prisão em flagrante (nos termos do artigo 69, *caput*, primeira parte, da Lei 9.099/95)²⁶.

Com a redução do limite máximo aplicado à pena para dois anos, o delito passa a ser de menor potencial ofensivo, sendo possível a aplicação do procedimento especial, de acordo com o artigo 61 da referida Lei.

Com isso, é criado mecanismo que evita a imposição de pena de prisão, exceto nas variações de maior gravidade, atenuando o problema da superlotação carcerária²⁷. Tal previsão busca harmonia com os princípios da intervenção penal adequada e conformidade entre a conduta e a resposta de natureza penal por parte do Estado.

A proposta está em consonância com o PL 4894/2012, em tramitação na Câmara dos Deputados, e assegura a aplicação de penas alternativas à prisão. As sanções alternativas

²⁶ Diminuindo-se, assim, o número de pessoas presas provisoriamente, sem sentença condenatória, já que, segundo o **Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária da ONU**, “apesar da alteração do Código de Processo Penal em 2011 para permitir a adoção de medidas alternativas à detenção, o Grupo de Trabalho observou que não houve redução significativa no uso de detenção desde a introdução desta alteração”, sendo imposta a prisão preventiva “mesmo em situações em que o crime foi considerado de menor importância, como pequenos roubos não violentos” (fonte: <http://www.onu.org.br/grupo-de-trabalho-sobre-detencao-arbitraria-declaracao-apos-a-conclusao-de-sua-visita-ao-brasil-18-a-28-marco-de-2013/>, consultado em 10/10/2013).

²⁷ Segundo dados do Ministério da Justiça, em dez/2012, havia no país 38.027 pessoas encarceradas em razão do crime de furto simples (fonte: Depen).



representam custos inferiores ao estado²⁸ e demonstram índices de reincidência relevantemente inferiores²⁹, sendo portanto, mais efetivas.

7. EMENDA Nº 7: nova redação ao art. 164 do Projeto de Lei nº 236, de 2012, que passa a vigorar com a seguinte redação:

Roubo

Art. 164.....

Roubo sem violência real

§5º Na hipótese do *caput*, §§ 1º e 2º, inciso II, deste artigo, 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.

7.1. JUSTIFICATIVA

A presente proposta de alteração legislativa é relativa ao Título II (Dos Crimes Contra o Patrimônio) do Código Penal, quanto ao delito de roubo.

O crime roubo possui pena bastante elevada quando comparado a outros delitos mais graves, mesmo quando cometido sem violência contra a vítima ou quando esta sofre pequeno prejuízo, sem embargo de ser o crime que gera o maior índice de encarceramento do país.

Intentando-se reduzir tal desproporcionalidade, pretende-se atenuar a pena aplicada ao autor do crime de roubo quando a integridade física da vítima não foi violada e for pequena a lesão patrimonial.

Busca-se a realização da intervenção penal adequada e conformidade entre a conduta e a resposta de natureza penal por parte do Estado; a seleção dos bens jurídicos imprescindíveis à paz social, em harmonia com a Constituição Federal; a criminalização de fatos concretamente ofensivos aos bens jurídicos tutelados; a criminalização da conduta apenas quando os outros

²⁸ Custo estimado para um preso cumprindo pena privativa de liberdade é de R\$ 1.200,00, enquanto na aplicação de pena alternativa, o valor é de R\$ 56,00 (fonte: DEPEN- Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça - www.depen.gov.br. Acessado em: 07.04.2008).

²⁹ Porcentagem de Reincidência dos ex-cumpridores de Penas Privativas de Liberdade (Presos): 70 a 85%. Porcentagem de Reincidência dos ex-cumpridores de PMA: 2 a 12% (fonte: ILANUD) (fonte: Nunes, Adeildo, 1996).



ramos do direito não puderem fornecer resposta suficiente; a relevância social dos tipos penais; e a necessidade e da proporcionalidade da pena.

8. EMENDA Nº 8: nova redação aos art. 162, 170, 171, 176, do Projeto de Lei nº 236, de 2012, que passa a vigorar com a seguinte redação:

“Furto

Art. 162.....

§ 3º No caso do *caput* e dos parágrafos anteriores:

I -

II – se houver reparação do dano pelo agente até a sentença, será extinta a punibilidade.

Dano

Art. 170.....

Extinção da Punibilidade

§2º A reparação do dano pelo agente até a sentença extingue a punibilidade da conduta prevista no *caput* deste artigo.

Apropriação indébita

Art. 171.....

Extinção da Punibilidade

§3º A reparação do dano pelo agente até a sentença extingue a punibilidade.

Estelionato

Art. 176.....

Extinção da Punibilidade

§ 4º A reparação do dano pelo agente até a sentença extingue a punibilidade.

8.1. JUSTIFICATIVA

A presente proposta de alteração legislativa é relativa ao Título II (Dos Crimes Contra o Patrimônio) do projeto, quanto aos delitos de Furto, Dano, Apropriação Indébita e Estelionato e está em consonância com o PL 4894/2012, apresentado à Câmara dos Deputados.

Extingue-se a punibilidade quando houver a reparação do prejuízo suportado pela vítima. Tais critérios formam um conjunto que concebe um direito penal mais voltado para a sua



funcionalidade social, conjuntamente com o respeito à dignidade da pessoa humana; um sistema em sintonia com a Constituição de 1988, e que traduz leitura rigorosa do constitucionalismo penal.

Intenta-se a realização da intervenção penal adequada e a conformidade entre a conduta e a resposta de natureza penal por parte do Estado; a seleção dos bens jurídicos imprescindíveis à paz social; a criminalização de fatos concretamente ofensivos aos bens jurídicos tutelados; a criminalização da conduta apenas quando outros ramos do direito não puderem fornecer resposta suficiente; a relevância social dos tipos penais; e a necessidade e da proporcionalidade da pena.

Os crimes contra o patrimônio possuem penas elevadas e geram índice de encarceramento³⁰ superior aos crimes contra a vida, por exemplo.

Índice inaceitável é o de pessoas presas por crimes patrimoniais não violentos (sem violência ou grave ameaça), exatamente os abrangidos por esta proposta.

Intentando-se reduzir tal desproporcionalidade, pretende-se a extinção da punibilidade nas hipóteses em que o dano causado tiver sido compensado, trazendo, com isso, maior destaque à participação da vítima e incentivando-se a reparação do dano por esta sofrida, o que não acontece na legislação atual, tampouco no substitutivo ao PLS nº 236, de 2012.

9. EMENDA Nº 9: supressão dos arts. 220 a 232 do Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012.

9.1. JUSTIFICATIVA

A Lei nº 11.343/06 institui o sistema nacional de política sobre drogas, prescrevendo medidas de redução da oferta e da demanda por drogas ilícitas. Há, portanto, preocupação não só pela repressão ao tráfico ilícito de drogas, mas na redução da demanda e medidas de inclusão social.

³⁰ No Brasil, há 64.736 pessoas encarceradas em razão de crimes contra a vida, enquanto temos um número de 267.795 presos em razão de delitos patrimoniais (fonte: InfoPen, dez/2012).



A vigente legislação prevê normas de inclusão social especialmente destinadas às pessoas condenadas pelos crimes definidos no mesmo instrumento, conforme pode ser extraído do art. 47: “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, observado o disposto no art. 26 desta Lei”.

O Substitutivo apresentado representa grave retrocesso na política de drogas na medida em que: I) recrudesce o tratamento penal, reduzindo a possibilidade de diminuição da pena em caso de réu primário que não se dedique a atividades criminosas, nem integre organizações criminosas (art. 220, § 5º); II) prevê prazo mínimo de submissão às medidas de advertência, prestação de serviços a comunidade ou medida educativa para o uso ostensivo de drogas; e III) revoga as normas de inclusão social destinadas às pessoas condenadas por tráfico de drogas previstas na legislação vigente.

O substitutivo, representando censurável recrudescimento à política penal do Estado, deve, também quanto à temática de drogas e por todos os motivos acima expostos, ser rejeitado.





SENADO FEDERAL
PRESIDÊNCIA

Brasília, 30 de outubro de 2013.

- SGPDOC nº 68965/2013.
- ORIGEM: Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

A Sua Senhoria a Senhora
CLÁUDIA LYRA NASCIMENTO
Secretária-Geral da Mesa do Senado Federal

Encaminho a Vossa Senhoria o expediente em epígrafe, para conhecimento e adoção das providências cabíveis, nos termos da manifestação da Senhora **DANIELA SOLLBERGER CEMBRANELLI**, Defensora Pública-Geral do Estado de São Paulo, mediante a qual apresenta manifestação referente ao PLS 236, de 2012.


LUIZ FERNANDO BANDEIRA DE MELLO
Chefe de Gabinete

Recebido em: 30/10/13
Hora: 16:21

Adriana
Adriana Alves Zaban - Matr. 221172
Secretaria-Geral da Mesa

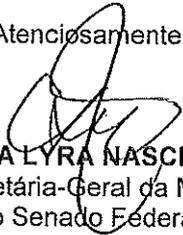


Brasília *04* de novembro de 2013

Senhora Daniela Sollberger
Cembranelli, Defensora Pública-Geral do
Estado de São Paulo,

Em atenção ao seu Ofício N°
68965/2013, encaminhado a esta Secretaria-
Geral pela Presidência do Senado, informo a
Vossa Senhoria que sua manifestação foi
juntada ao processado do Projeto de Lei do
Senado n° 236, de 2012, que trata da
*Reforma do Código Penal Brasileiro; e dá
outras providências*, nos termos do artigo 263
do Regimento Interno do Senado Federal,
conforme folha de tramitação anexa.

Atenciosamente,


CLAUDIA LYRA NASCIMENTO
Secretária-Geral da Mesa
do Senado Federal

