

ANO II - Número II - NOV/DEZ 2014 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

Um passo à frente, dois passos para trás: crítica ao processo de criminalização na parte especial do Projeto de Reforma do Código Penal

Rogério Maia Garcia

Professor de Direito Penal da PUCRS

Alexandre Wunderlich

Professor Coordenador do Departamento de Direito Penal e Direito Processual Penal da PUCRS

Sumário: § 1º Introdução; § 2º A Reserva de Código e a escala valorativa dos bens jurídicos; § 3º O viés *criminalizante* da reforma: *lex gravior* e *novatio legis*; 3.1 Dos crimes contra a pessoa; 3.2 Dos crimes contra o patrimônio; 3.3 Dos crimes contra a dignidade sexual; 3.4 Dos crimes contra a incolumidade pública; 3.5 Dos crimes contra a saúde pública; 3.6 Dos crimes contra a paz pública; 3.7 Dos crimes contra a administração pública; 3.8 Dos crimes contra a ordem econômico-financeira; 3.9 Dos crimes contra os direitos humanos; § 4º Considerações finais; § 5º Bibliografia.

§ 1º

Introdução

Desde maio de 2013, o Departamento de Direito Penal e Processo Penal da PUCRS vem promovendo uma série de debates sobre o Projeto de Reforma do Código Penal – PLS n. 236/12, oportunidades em que sustentamos que o texto do anteprojeto apresentado pela Comissão de Juristas encarregada de elaborá-lo era ambíguo, por vezes muito contraditório, maximizando o poder punitivo. Em nossa ótica, o Projeto de Reforma do Código Penal deveria ser abandonado. Isto porque, analisado em seu conjunto,

ANO II - Número II - NOV/DEZ 2014 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

se aprovado fosse, representaria um retrocesso legislativo¹, especialmente em decorrência da *falta de unidade teórica* em sua parte geral e pelo *viés nitidamente criminalizador* de sua parte especial.

Em trabalho anterior ² reconhecemos algumas propostas que entendíamos como positivas, capazes não apenas de contribuir para uma diminuição do número de conflitos penais em tramitação junto ao Poder Judiciário mas, sobretudo, indicar a adoção de uma perspectiva mais liberal do *ius puniendi*. Como exemplo, o aumento das hipóteses de autorização para a prática do aborto, a descriminalização do porte e plantio de substâncias entorpecentes para uso pessoal em locais privados e a criação do tipo penal de eutanásia, bem como a diminuição das sanções em alguns tipos penais, com especial destaque para os crimes contra o patrimônio (em alguns casos com exigência de representação da vítima).

Ocorre que, durante sua tramitação, o anteprojeto recebeu diversas propostas de alteração (a rigor, foram anexados 147 projetos legislativos, bem como foram apresentadas 806 emendas), sendo um número considerável delas incorporado ao Parecer n. 1576/2013, resultado final dos trabalhos da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal. Ao final, emergiu uma nova proposta, que em nossa concepção é pior que a anterior, sendo consolidada na Emenda n. 807, de 19/12/2013. A proposta tramita junto à Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal (e que, até o início de junho de 2014, já havia recebido 8 novas emendas).

Este substitutivo, como é cediço, é consideravelmente distinto do texto do anteprojeto. Possivelmente não seja a versão final do Código que futuramente poderá ser objeto de votação pelo Congresso Nacional, tendo em vista o percurso do processo legislativo. Por esta razão, pretendemos apenas apresentar algumas considerações críticas sobre sua parte especial, a fim de

¹ A doutrina, em grande maioria, criticou duramente o projeto. No ponto, fazemos coro com REALE Jr, M., “Erros e absurdos do Projeto de Código Penal”, In: *Revista de Estudos Criminais*, SP: Síntese, n. 50, 2013, p. 79 *et seq.*

² Ver textos de WUNDERLICH, A.; D’AVILA, F.; OLIVEIRA, R. M.; GARCIA, R. M., em “Colóquio Debate sobre o Projeto de Reforma do Código Penal – Projeto n. 236 do Senado Federal”, In: *Revista de Estudos Criminais*, SP: Síntese, n. 50, 2013, p. 182 *et seq.*, os trabalhos são originários do debate entre docentes sobre a Reforma do Código Penal realizado na Faculdade de Direito da PUCRS, em agosto/2013, evento organizado em parceria com o ITEC/RS – Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais.

demonstrar o seu *viés criminalizador* e, que, ainda é possível – é necessário – corrigir graves incongruências político-criminais para que se possa levar a cabo alguma melhoria de nosso ordenamento jurídico.

Registre-se, por fim, que não somos contrários a existência de um novo Código Penal. Como dissemos em texto já publicado e ora citado, o direito é o retrato fiel de um determinado momento histórico, sendo, necessária, pois, a reforma do antigo Código Penal, sobretudo no que se limita à parte especial.

É importante sublinhar que o país está ausente de boas reformas penais globais. Faltam reformas que tenham visão sistêmica e rigor técnico. Basta por em realce o fato de que a última reforma coerente em matéria criminal tratou da parte geral do Código Penal e da Lei de Execução Penal (1984).

O fato é que nas últimas duas décadas, o país recorreu ao direito penal como instrumento simbólico de legitimação do poder, abusando da criação de figuras penais totalmente desnecessárias. É visível o inchaço do direito penal brasileiro. É neste cenário que se apresenta a reforma que ora merece nossa crítica. O atual projeto de reforma, que René DOTTI³, diante da imposição pelo Senado Federal, cunhou de *processo legislativo autoritário*, está inserido neste contexto, muito porque abusaram na criação de tipos legais de crimes sob à ordem de um *direito penal de emergência*⁴ e o manto de uma *interpretação extensiva* de mandatos constitucionais de criminalização.

§ 2º

A Reserva de Código e a escala valorativa dos bens jurídicos

³ “Impressões sobre a reforma do Código Penal”, In: PASCHOAL, J.; SILVEIRA, R. (Coord.), *Livro homenagem a Miguel Reale Jr*, RJ: GZ, 2014, p. 621.

⁴ Por todos, v. POZUELO PÉREZ, L., *La política criminal mediática: génesis, desarrollo y costes*, Madrid: Marcial Pons, 2013 e, ainda, GABRIEL TORRES, S., *Derecho penal de emergencia: lenguaje, discurso y medios de comunicación, emergencia y política criminal, consecuencias em la actualización legislativa*, Bs. As.: Ad Hoc, 2008: “No debemos resignarnos a perder um derecho penal de intervención mínima, de ultima ratio, racional y armónico. Por ello es que debemos advertir e internalizar con la mayor fuerza posible estas premisas, para procurar evitar que desde el Estado se intente reemplazar com mayores espacios de prohibicion el cumplimiento de sus fines esenciales.” (p. 293)

O primeiro ponto a destacar nos atuais esforços de reforma do ordenamento penal reside no atendimento de uma antiga demanda do discurso acadêmico⁵, qual seja, o respeito ao *princípio da Reserva de Código*, que postula a reunião de todas as regras de natureza penal em um único diploma legal. Assim, supera-se, no mínimo, algumas dificuldades operacionais decorrentes de um arcabouço legal confuso e assistemático, composto por mais de 100 diplomas e que foram elaborados ao longo dos últimos 70 anos.

Contudo, a mera reunião e centralização da legislação penal em um único texto não é capaz de afastar suas inúmeras incompatibilidades, tampouco de resolver equívocos históricos no tratamento da matéria pelo legislador pátrio. Tome-se, por exemplo, a proposta de estrutura da nova parte especial, que no texto do anteprojeto, continha 420 artigos, divididos em 17 Títulos, e que, no substitutivo, restou reduzida a 407 artigos, separados em 18 Títulos.

Esta última proposta inicia a exposição dos crimes em espécie exatamente como estabelecido pelo Código Penal de 1940: crimes contra a pessoa (Título I) e contra o patrimônio (Título II). Em seguida, inova ao apresentar os crimes contra a privacidade (Título III, que, a rigor, desloca alguns tipos anteriormente previstos nos crimes contra a pessoa, como aqueles referentes à inviolabilidade do domicílio e das correspondências), para, logo a seguir, retomar a ordem da legislação atual, com a previsão dos crimes contra a propriedade imaterial (Título IV), a dignidade sexual (Título V) e a incolumidade pública (Título VI, onde foram alocados os crimes de trânsito). Após, em nosso sentir de forma absolutamente descontextualizada, são apresentados os crimes cibernéticos (Título VII), que antecedem os crimes

⁵ A proposta é defendida pelo ITEC/RS desde 1999, buscando a imunização das garantias penais e processuais penais das chamadas legislações emergenciais, colocando fim ao processo inflacionário legislativo em matéria criminal por intermédio da Reserva de Código preconizada por Luigi FERRAJOLI (“Reserva de Código Penal e Processual Penal”. *Informativo do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais*, Porto Alegre, nº 2, p. 1, 1999). Sobre o assunto: WUNDERLICH, A; CARVALHO, S., “Reformas legislativas e populismo punitivo: é possível controlar a sedução pelo poder penal?”, *Boletim do IBCCRIM*, n. 214, Setembro/2010: “A adequação da política criminal à Constituição necessariamente prescindiria da adoção do princípio de reserva de codificação (Luigi Ferrajoli). A técnica de Reserva de Código criaria verdadeira barreira contra propostas legislativas de emergência que invariavelmente oferecem respostas meramente emotivas, geradas em casos episódicos e, nestas circunstâncias, divorciadas dos requisitos constitucionais e alheias à realidade do sistema penal – no caso específico: a caótica situação carcerária.”

contra a saúde, paz, fé e administração públicas (Títulos VIII, IX, X e XI), os crimes eleitorais (Título XII) e os crimes contra as finanças públicas (Título XIII). A seguir, são explicitados os crimes contra a ordem econômico-financeira (Título XIV, tratando dos crimes tributários, contra o sistema financeiro nacional, falimentares e demais condutas características da criminalidade econômica), os crimes contra os interesses metaindividuais (Título XV, abarcando proteção a bens jurídicos absolutamente distintos, como o meio ambiente, as relações de consumo, o solo urbano e o sentimento religioso), e os crimes relativos a estrangeiros (Título XVI). Por fim, são expostos os crimes contra os direitos humanos (Título XVII, albergando, no mesmo âmbito, temas tão distintos como crimes de tortura, genocídio, extermínio e escravidão quanto crimes praticados contra grupos vulneráveis, como crianças, adolescentes, deficientes, idosos e índios), e, encerrando o rol de condutas puníveis, os crimes contra a biossegurança (Título XVIII).

Percebe-se que, no momento em que se propõem reformas tão significativas na legislação, os membros das comissões responsáveis pelo anteprojeto e pelo substitutivo deixaram de aproveitar a oportunidade para apresentar uma *escala axiológica* - efetivamente gradual - dos bens jurídicos protegidos. A escala deveria, abandonando a *inversão ideológica* existente, partir daqueles bens mais importantes para os de menor relevância, optando por manter o indicativo numérico de algumas condutas típicas, em nome de uma questionável tradição normativa que os entende como “patrimônio imaterial dos aplicadores e estudiosos do direito”.

A adoção de um *rol axiológico*, realizada a partir de um debate sobre o que se deve e o que não se deve criminalizar, poderia trazer como consequência não apenas uma melhor distribuição temática, mas, sobretudo, a possibilidade de se verificar mais explicitamente a existência de uma efetiva *proporcionalidade* entre os valores protegidos pela nova legislação e as penas estabelecidas para cada tipo legal de crime.

O viés *criminalizante* da reforma: *lex gravior e novatio legis*

De acordo com o Parecer da Comissão Temporária do Senado Federal, o substitutivo apresentado ao anteprojeto não se apresenta como um texto encarcerador, uma vez que mais de 50% dos tipos penais ali previstos são passíveis de penas privativas de liberdade em regime aberto – agora cumpridas fora de estabelecimentos penais, limitadas ao recolhimento domiciliar cumulado com prestação de serviços à comunidade e outras penas restritivas de direitos.

Com esta afirmação, todavia, não podemos concordar. Uma leitura mais detida de cada um dos Títulos anteriormente referidos é suficiente para perceber que o projeto de reformulação do Código Penal apresenta, em sua parte especial, uma perspectiva nitidamente criminalizadora. Isto porque estabelece a criação de novas hipóteses de punição e um aumento generalizado de penas, qualificadoras e majorantes de um grande número de condutas já disciplinadas na legislação em vigor, ainda que não seja possível indicar com precisão, desde já, o efetivo *impacto carcerário*⁶ decorrente da aplicação destas novas regras. E, se o presente estudo não se propõe a abordar, individualmente, cada uma destas novas normas, cumpre apontar, ainda que de forma ampla e meramente exemplificativa, tal característica.

3.1 Dos crimes contra a pessoa

No âmbito dos crimes contra a vida, verificam-se modificações significativas no crime de “homicídio”. Para sua forma dolosa, propõe-se um aumento exagerado da pena mínima, que passa de 6 para 8 anos, e a inclusão de novas circunstâncias qualificadoras, como o fato do crime ser cometido contra servidor público, ou seus familiares, em decorrência ou no exercício de suas funções, bem como novas hipóteses majorantes de pena. Na sua forma culposa, a pena é duplicada, passando dos atuais 1 a 3 anos para uma pena de 2 a 6 anos, sem olvidar, ainda, a criação de uma culpa “gravíssima”, caracterizada pela excepcional temeridade da conduta, com pena de 4 a 8 anos de prisão. São visíveis, pois, os incrementos penais.

⁶ WUNDERLICH, A.; CANTERJI, R., “Projeto Sarney de Reforma do Código Penal: qual será o impacto carcerário?”, *Boletim do IBCCRIM*, n. 247, junho/2013.

Após, no âmbito dos crimes contra a pessoa, configura-se um novo escalonamento dos resultados alcançados pelo agente nas “lesões corporais” dolosas, que passam a ser divididas em “simples”, “graves” (de primeiro, segundo e terceiro graus) e “seguidas de morte”, enquanto que sua modalidade culposa é subdividida, também, em decorrência da excepcional temeridade caracterizadora da culpa “gravíssima” (hipótese em que, convém, ressaltar, independentemente do resultado, a pena será maior do que a da lesão dolosa simples)!

Ainda, no particular, propõe-se a criação de novas condutas típicas, como as regras do artigo 128, que estabelece a conduta de “esterilização forçada”, com penas de 2 a 8 anos de prisão, e os artigos 133 e 134 do substitutivo, que tratam, respectivamente, da realização de “descarte irregular de resíduo hospitalar” e “venda ou importação ilegal de resíduo hospitalar”. E, também, a norma inscrita no artigo 152, que incrimina a prática de “perseguição obsessiva ou insidiosa” (*stalking*). Por último, cumpre referir, a existência de um aumento global das penas aplicáveis aos crimes contra a honra, o que é descabido e desnecessário, uma vez que tais condutas, inclusive, têm sido tratadas no âmbito das infrações de menor potencial ofensivo e no campo do direito privado.

3.2 Dos crimes contra o patrimônio

O anteprojeto do Código Penal pretendia, em linhas gerais, a diminuição das penas em todos os crimes de natureza patrimonial, bem como alterava a natureza da ação penal naqueles tipos que não envolviam violência ou grave ameaça à pessoa – que seriam promovidos mediante ação penal pública condicionada à representação do ofendido, e estabelecia a reparação do dano, com o aceite da vítima, como causa de extinção da punibilidade.

O substitutivo, contudo, retrocede e limita a proposta de diminuição das penas aos crimes de extorsão, dano e apropriação indébita, apostando, em alguns casos, em sentido absolutamente diverso. No furto, são ampliadas as hipóteses de tipicidade penal, bem como é criada a figura do “furto com emprego de explosivo ou outro meio que cause perigo comum”, com pena prevista de 4 a 12 anos de prisão.

No “roubo”, diminui-se a valoração das suas majorantes (que passam a aumentar a pena de um quarto até um terço), mas parte das hipóteses

atualmente previstas no § 2º do artigo 157 passam a ser entendidas como figuras qualificadas, com penas de 5 a 12 anos de prisão. São aumentadas, também, as penas dos crimes de “usurpação de águas”, “esbulho possessório” e “receptação”. É incorporada, ainda, no artigo 172, a “corrupção entre particulares”, uma espécie de “corrupção privada”, *tendência mundial de criminalização*⁷ trazida ao Brasil como novo tipo legal de crime com uma pena de 1 a 4 anos de prisão.

3.3 Dos crimes contra a dignidade sexual

No setor dos crimes contra a dignidade sexual, inúmeras são as novidades trazidas pelo projeto de reforma. Primeiramente, verifica-se a tipificação do crime de “estupro” apenas nas hipóteses de prática de ato sexual vaginal, oral e anal (artigo 185), com a criação de um tipo específico para a “manipulação ou introdução sexual de objetos” (artigo 186), ambos com as penas atualmente previstas para o delito de estupro. E, ainda, a criação de um tipo penal de “molestamento sexual” (artigo 188), tipo marcado pela vagueza, caracterizado como o constrangimento de alguém à prática de ato libidinoso diverso do ato sexual vaginal, oral e anal, punível com pena de prisão de 3 a 6 anos.

Contudo, seguindo a tônica da reforma (anteprojeto e substitutivo) foram incrementadas as penas de alguns tipos penais em vigor, como a “exploração sexual” (artigo 189), cuja punição, em seu mínimo, passa para 5 anos de prisão (podendo chegar até 9), e novos tipos penais são apresentados, como a prática de “transgenerização forçada” (artigo 190, com penas de 8 a 15 anos), e outras condutas envolvendo vulneráveis.

3.4 Dos crimes contra a incolumidade pública

Nos crimes contra a incolumidade pública (artigo 193 até 203) apenas persiste o viés criminalizante da reforma, para além da manutenção dos crimes de perigo comum previstos no Código Penal em vigor, como “incêndio”,

⁷ Ver SALLES GOMES JUNIOR, J. F., “Projeto de Código Penal em debate - O crime de corrupção privada e o PLS 236/2012”, *Boletim do IBCCRIM*, n. 260, junho/2014 e, ainda, SALVADOR NETTO, A., “Breves considerações sobre os crimes de corrupção passiva e corrupção privada na legislação espanhola”, In: PASCHOAL, J.; SILVEIRA, R. (Coord.), *Livro homenagem a Miguel Reale Jr*, RJ: GZ, 2014, p. 16.

“explosão”, “inundação” e “desabamento”, apresentam-se os crimes ligados ao “exercício, desenvolvimento ou utilização de telecomunicações clandestinas” (artigo 205), os crimes contra o “serviço de transportes públicos” (artigos 206 e 207) e os crimes de “trânsito” (artigo 208 e seguintes), com a exclusão dos crimes de homicídio e lesões corporais culposos na direção de veículo automotor, que passam a ser tipificados no contexto dos crimes contra a pessoa.

3.5 Dos crimes contra a saúde pública

Inicia-se este tópico da reforma com a apresentação de toda a legislação criminal envolvendo a política de drogas no país. O capítulo I é destinado aos “crimes de drogas”, dentre eles: “tráfico” (artigo 221, pena de 5 a 15 anos de prisão), “financiamento do tráfico” (artigo 223, pena de 8 a 16 anos de prisão), “associação para o tráfico de drogas” (artigo 225, pena de 3 a 10 anos de prisão), “consumo compartilhado de droga” (artigo 229, pena de 6 meses a 1 ano) e o tipo de “uso ostensivo de droga” (artigo 230, com as sanções de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.)

Cabe mencionar, como principal diferença entre a proposta apresentada pela Comissão de Juristas no anteprojeto e o texto elaborado pelos membros do Senado Federal no substitutivo, a manutenção, neste último, da *criminalização do porte de drogas para uso próprio*, bem como a exclusão da proposta que explicitava a presunção de porte para consumo (quantidade suficiente para o consumo médio de 5 dias), sob o argumento de que tal sistemática impediria a análise de cada caso concreto. Segundo os parlamentares, na atualidade, com as parametrizações existentes no texto legal, “*se revela, nesta parte, bastante eficiente*”.

Em resumo, a drogadição, o proibicionismo, o punitivismo e a redução de danos, problemas crônicos do país, desde há muito apontados pela melhor doutrina⁸ e que exigem reflexão, justamente pelas últimas experiências

⁸ Na Academia há estudos interessantes: KARAM, M. L., *Escritos sobre a Liberdade: proibições, riscos, danos e enganos - as drogas tornadas ilícitas*, R J: Lumen Juris, 2009; CARVALHO, S., *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei n. 11.343/06*, 6 ed., SP: Saraiva, 2013; ASSIS BRASIL e WEIGERT, M., *Uso de drogas e*

mundiais sobre *descriminalização*, simplesmente deixaram de ser objeto da reforma. Ainda neste âmbito, impõe-se uma *limitação*, no crime de tráfico de drogas, à causa de diminuição de pena aplicável aos réus primários, de bons antecedentes e sem vinculações com o crime organizado, que passa a ser de, no máximo, um terço. De tudo que foi examinado, significa dizer que não há avanço no tratamento do tema “crimes contra a saúde pública”, fundamentalmente quando analisado sob a perspectiva político-criminal.

No mais, mantêm-se no capítulo II os tipos penais clássicos como o de “epidemia”, mediante a propagação de microorganismos, com pena de prisão, de 10 a 15 anos (artigo 235) e o tipo de “envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal” com sanção de 5 a 10 anos de pena privativa (artigo 237).

3.6 Dos crimes contra a paz pública

Neste ponto, o substitutivo da Reforma do Código Penal apresenta, data vênia, uma verdadeira miscelânea de condutas tão distintas quanto o “terrorismo” e os “crimes contra eventos esportivos e culturais”, passando pelas regras incriminadoras referentes à política nacional de “armas” e o “jogo do bicho”.

No que diz respeito ao “terrorismo” (artigo 249), este é definido de forma bastante imprecisa: “causar terror na população...”, 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, 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, origem, gênero, sexo, identidade ou orientação sexual, condição de pessoa idosa ou com deficiência, ou por razões políticas, ideológicas, filosóficas ou religiosas.” Segue ainda um rol extenso de condutas aptas à incidência da norma, que prevê penas de 8 a 15 anos de prisão. É punível, também, com a mesma reprimenda, a prática de

sistema penal: entre o proibicionismo e a redução de danos, RJ: Lumen Juris, 2010; REALE JR, M., *Drogas: aspectos penais e criminológicos – Primeiro encontro de mestres e doutores do Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP*, RJ: Forense, 2005; entre outros.

seu “financiamento” (artigo 250), ainda que os atos relativos à sua consecução não venham a ser executados.

Em se tratando dos crimes envolvendo “armas”, não são significativas as alterações pretendidas, repetindo-se, quase que integralmente, a redação dos tipos penais atualmente em vigor (artigos 253 até 258), mantendo-se, vez mais, o perfil criminalizante.

Chama a atenção, todavia, a inclusão, em tal contexto, dos crimes relativos ao “falseamento ou fraude de competições esportivas”, antecedendo regras totalmente distintas. O artigo 259 diz que “promover tumulto, praticar ou incitar a violência, por ocasião de evento esportivo, ou invadir local restrito aos competidores” tem pena de prisão, de 1 a 2 anos. O “falseamento de resultado de competição esportiva” (artigo 260) tem pena de 2 a 6 anos de prisão e a “fraude de resultado de competição esportiva” (artigo 261) é apenada com 2 a 5 anos.

Depois, seguem a “associação criminosa” (artigo 264), a “organização criminosa” (artigo 265) e “milícias” (parágrafo 1º), uma reprodução um pouco mais organizada da legislação atual.

E, por último, a inexplicável criminalização de uma conduta que, em que pese ser formalmente uma “contravenção”, é aceita em todos os rincões brasileiros, mormente quando desacompanhada de crimes conexos: o “jogo de azar e do bixo” (artigo 267). O texto é revelador da opção criminalizante: “Explorar jogos de azar e a loteria denominada jogo do bicho, sem autorização legal regulamentar”, com a imposição de uma pena extremamente alta de 3 a 8 anos de prisão.

3.7 Dos crimes contra a administração pública

Em se tratando das condutas atentatórias à administração pública, merece destaque a previsão do crime de “abuso de autoridade” (artigo 281), que passa a ser punido com penas de prisão de 2 a 5 anos, bem como um aumento generalizado das penas aplicáveis aos demais crimes, especialmente no “peculato” (artigo 283) e na “corrupção” (artigo 287, corrupção ativa, passiva e ativa em transação comercial internacional), que passam a ser punidos com penas de prisão de 4 a 12 anos.

Cria-se, ainda, a figura do “enriquecimento ilícito” (artigo 288), para quem “adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, utilizar ou usufruir de maneira não eventual de bens ou valores móveis ou imóveis, cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público, ou por quem a ele equiparado, em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo, ou por outro meio lícito”, uma figura penal aberta com pena de prisão fixada em 2 a 5 anos, além do confisco dos bens, se o fato não constituir elemento de outro crime mais grave.

Cumpra referir, neste tópico, a inclusão dos crimes contra o “sistema de contratações públicas”, inserindo, dentre outros tipos, a “dispensa ou inexigibilidade de licitação” fora das hipóteses previstas em lei (artigo 325) e a “fraude à licitação” (artigo 332), ambos punidos com pena de 3 a 6 anos de prisão.

3.8 Dos crimes contra a ordem econômico-financeira

Na criminalidade não convencional ou criminalidade econômica, geralmente praticada no âmbito de atuação de entes coletivos⁹, verifica-se, novamente, um incremento altamente significativo das sanções aplicáveis. É questionável, neste ponto, o recurso à expressões ambíguas e à pena privativa de liberdade tão severas para delitos sem violência ou grave ameaça a pessoa – *crimes de colarinho branco*.

⁹ Vale sublinhar que o anteprojeto (e o substitutivo também) investe no aumento das hipóteses de *responsabilidade penal de pessoas jurídicas*, indo além da atual regra de responsabilidade pela prática de delitos contra o meio ambiente (Lei n. 9605/98), estabelecendo no artigo 38: “as pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômico-financeira 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”. Em nosso sentir, a opção legislativa é equivocada e contrária, por inúmeras razões, à teoria geral do delito. Além disso, vê-se que o projeto criminaliza apenas as pessoas jurídicas de direito privado, esquecendo dos entes coletivos de direito público. De igual modo, não é clara a opção pela criminalização de condutas de empresas que atentem contra somente alguns bens jurídicos: “administração pública”, “ordem econômico-financeira” e o “meio ambiente”. No particular, preferimos fazer resistência e defender a manutenção das estruturas fundamentais da teoria geral do delito contrárias à responsabilidade penal da pessoa jurídica, conjuntamente com REALE JUNIOR, Miguel, “A responsabilidade penal da pessoa jurídica”, In: PRADO, Luis Régis; DOTTI, René. (Coord., *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*, 4 ed., SP: RT, 2013, p. 353 e DOTTI, René, “Meio ambiente e proteção penal”, *Revista dos Tribunais*, SP, v. 655, 1990, p. 253).

Em nossa opinião, muitos tipos penais poderiam ser tratados fora do âmbito de incidência do direito penal, justamente a partir da realização de um necessário debate, que já referimos, sobre *descriminalização*. Ao contrário, de eventual recurso ao “direito administrativo sancionador”, ao “direito de intervenção” ou às “infrações de mera ordenação social”, a opção legislativa foi pela *criminalização* com duras penas de prisão.

Não tem nenhum sentido, por exemplo, um aumento de pena para o delito de “sonegação fiscal”. O crime de “sonegação fiscal” (artigo 360) passa dos atuais 2 a 5 anos de reclusão para um intervalo definido entre o mínimo de 3 e o máximo de 8 anos de prisão, podendo chegar, em sua forma qualificada, a até 12 anos. Chama a atenção, ainda, a previsão de um escalonamento referente à sua prática continuada, definindo-se, no § 8º do citado dispositivo, regras objetivas para a aplicação desta causa de aumento de pena, bem como a vedação taxativa da hipótese extinção da punibilidade pelo ressarcimento do dano causado, que passa a operar como mera circunstância minorante da pena. Salienta-se, ainda, que pretende o substitutivo, em dada perspectiva, a revogação da Súmula Vinculante n. 24 do STF, na medida em que determina, em seu § 12º, que “os crimes previstos neste artigo são de ação penal pública incondicionada e seu início independe de qualquer exaurimento de eventual discussão na esfera administrativa, bastando para tanto indícios suficientes de autoria e prova, por qualquer meio idôneo, da materialidade”.

Em se tratando de verbas de natureza “previdenciária”, são aumentadas as penas das condutas de “sonegação” (artigo 361), punida em sua forma simples com prisão de 3 a 8 anos, e em sua forma qualificada com prisão de 4 a 12 anos, e “apropriação indébita” (§ 2º do mesmo dispositivo), mantida sua pena mínima atual, mas aumentada sua pena máxima para 6 anos de prisão.

Nos crimes praticados contra o “sistema financeiro nacional”, merecem atenção os aumentos de pena previstos para os crimes de “gestão fraudulenta” (artigo 366), que passa a ser punida com penas que variam de 3 a 14 anos de prisão e, ainda, “gestão temerária” (artigo 367), que passa a ter penas de 2 a 6 anos. Cumpre citar também a previsão de aumento de pena nos crimes de “evasão de divisas” (artigo 378), com um mínimo de 3 e um máximo de 8 anos de prisão. Mais, o artigo 386 estabelece “cláusula geral”, possibilitando “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". Na mesma linha, o tipo de "informação privilegiada" (artigo 379) tem pena 3 a 6 anos. Vê-se, pois, que os aumentos são desmedidos e sem nenhum sentido que não seja o de encarcerar o *colarinho branco*.

O crime de "lavagem de capitais" (artigo 388) mantém o texto genérico atual – "Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal" – mas passa a ser punido com pena mínima de 3 e máxima de 18 anos de prisão, o que é totalmente *desproporcional* quando se examina o restante dos tipos previstos na própria codificação. Apenas elegendo um tipo referencial - para realizarmos uma brevíssima comparação - pode dizer que "lavar dinheiro" permite uma pena de até 18 anos, enquanto realizar uma "clonagem humana" (artigo 524) autoriza uma punição de 2 a 6 anos.

Os crimes contra a ordem econômica também são apenados com severidade desajustada: o "ajuste para eliminação da concorrência" (artigo 389) e a "prática de cartel" (artigo 390) têm pena de prisão, de 3 a 8 anos.

3.9 Dos crimes contra os direitos humanos

Neste último tópico de análise, verifica-se, no projeto do substitutivo, verdadeira confusão conceitual, na medida em que engloba, sob a mesma rubrica, bens jurídicos absolutamente díspares. É evidente que a matéria é fundamental, a reforma que a *tudo* criminaliza não poderia deixar de punir os ataques aos direitos humanos, mas, em nosso entendimento, deveria ter sistematizado melhor o assunto, sobretudo para tratar, também, da defesa das "instituições democráticas".

De um lado, os "crimes contra a humanidade" ("extermínio", "escravidão", "transferência forçada de pessoas" e "perseguição", etc., artigos 743 *usque* 480), que chegam a prever penas de até 30 anos de prisão, e que são praticados, geralmente, em decorrência de concepções políticas, geralmente direcionados a determinados grupos de indivíduos. De outro lado, os crimes de "tortura" e "racismo", que, tal como os crimes praticados contra grupos vulneráveis ("idosos", "crianças e adolescentes", "índios", "portadores de deficiências"), se dão, comumente, no âmbito privado das relações sociais,

com sanções significativamente menores (em quase todas as hipóteses ora referidas, inferiores, em seu grau máximo, a 4 anos de prisão).

§ 4º

Considerações finais

Muito mais seria possível falar sobre o anteprojeto e o substitutivo, justamente em razão do seu caráter criminalizador. Diante destas breves considerações críticas, que não tem como escopo abordar a integralidade da reforma de codificação, o que seria impossível neste curto espaço, é forçoso reconhecer alguns *desacertos* significativos e muitas *desproporcionalidades* no espírito dos textos em análise. Verificamos um conjunto de regras altamente problemáticas, seja pela falta de técnica em sua redação, seja pela ausência de proporcionalidade entre os valores a que se pretende outorgar a tutela estatal. A reforma está em sentido absolutamente contrário a uma diminuição necessária do número total de condutas que merecem ser objeto de previsão legal no âmbito de um direito penal que se pretenda, efetivamente, democrático e de mínima intervenção.

Como se disse, o poder legislativo brasileiro tem abusado do direito penal como instrumento *simbólico* de legitimação do poder – um *direito penal teatral*. É visível o inchaço do direito penal nacional. Foi neste cenário que o Senado Federal constituiu a Comissão de Juristas e, infelizmente, é no mesmo cenário que persiste o Senado Federal.

Lamentavelmente, se levarmos em consideração o alto grau de *punitivismo* que permeia as recentes proposições em matéria penal por parte de nossos legisladores, a reforma do Código Penal, no estado em que se encontra, promoverá o *recrudescimento* de um já falido sistema de justiça criminal, que tem imagem da prisão como sinônimo absoluto de aplicação do direito penal. A *lógica da autossuficiência* forjada na velha prática *polícia, processo e cadeia*, infelizmente, prevalece vivamente no Projeto de Reforma do Código Penal. O mais grave é que sequer houve uma discussão sobre possíveis estruturas de consenso ou modelos alternativos à justiça criminal¹⁰

¹⁰ Vale citar alguns trabalhos fundamentais: ACHUTTI, D., *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*, São Paulo:

para o tratamento de determinadas questões-chave do direito penal. Optaram, simplesmente, pelo encarceramento do homem de chão da fábrica àquele que usa colarinho branco.

Melhor teria sido que este movimento reformista aproveitasse este momento histórico para dar plena aplicação ao disposto no texto constitucional, alterando a lógica vigente no ideário jurídico brasileiro, de que a única sanção possível, ou até mesmo desejável, seja a privação de liberdade.¹¹ Teríamos avançado, e muito, se o espírito da reforma se prestasse a estabelecer a pena de prisão como recurso último do leque de punições cabíveis, aplicando esta forma arcaica, falida e degradante de sanção apenas aos casos mais graves. Não parece ser esta, contudo, a intenção dos legisladores.

§ 5º

Bibliografia

ACHUTTI, D., *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*, São Paulo: Saraiva, 2014.

Saraiva, 2014; ACHUTTI, D., *Modelos contemporâneos de Justiça Criminal: justiça terapêutica, instantânea e restaurativa*, POA: Livraria do Advogado, 2009; SICA, Leonardo, *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; FIGUEIREDO DIAS, J., *Acordos sobre a sentença em processo penal: o “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”*, Porto: Ordem dos Advogados Portugueses, 2011; LAMAS LEITE, A., *A mediação penal de adultos: um novo “paradigma” de Justiça?*, Coimbra: Coimbra editora, 2008.

¹¹ Por isto concordamos com Alaor LEITE, é “a hora e a vez da ciência jurídico-penal brasileira”, “o desmonte técnico projetado pelos reformadores foi guiado por interesses meramente pragmáticos e por puro exibicionismo”. “Pode ser que a reforma venha ao mundo com suas mal compostas feições. Ainda assim haveria algo a ser louvado: a existência de uma atenta ciência jurídica brasileira, que cumpriu e cumpre a sua missão mais geral enquanto “quarto poder”. Uma ciência cuja medida de valor não é a venalidade, mas a seriedade, e cujas únicas armas são os argumentos, as razões. Dessa vez, havia, ademais, uma missão concreta, a de evitar a severina morte de nossa parte geral de 1984, morte que se morreria de velhice antes dos trinta, uma tragédia genuinamente brasileira. Diante de tudo isso – a clandestinidade (I), a desnecessidade (I, 1), a infidelidade com o próprio discurso (I, 2) e a atecnia (I, 3) – o único projeto alternativo em nosso horizonte próximo, por contraditório que pareça, é a parte geral atual.” (“Projeto de código penal em debate - Ciência em tempos de reforma penal: a hora e a vez da ciência jurídico-penal brasileira”, *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, n. 264, Novembro/2014.)

ACHUTTI, D., *Modelos contemporâneos de Justiça Criminal: justiça terapêutica, instantânea e restaurativa*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ASSIS BRASIL e WEIGERT, Mariana. *Uso de drogas e sistema penal: entre o proibicionismo e a redução de danos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Salo. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei n. 11.343/06*, 6 ed., SP: Saraiva, 2013.

DOTTI, René Ariel. "A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 11, jul./set. 1995.

_____. "Impressões sobre a reforma do Código Penal", In: PASCHOAL, Janaina; SILVEIRA, Renato. (Coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Jr.* Rio de Janeiro: GZ, 2014.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Acordos sobre a sentença em processo penal: o "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"*. Porto: Ordem dos Advogados Portugueses, 2011.

GABRIEL TORRES, S., *Derecho penal de emergencia: lenguaje, discurso y médios de comunicación, emergencia y política criminal, consecuencias en la actualización legislativa*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2008.

KARAM, Maria. L. *Escritos sobre a Liberdade: proibições, riscos, danos e enganos - as drogas tornadas ilícitas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LAMAS LEITE, André. *A mediação penal de adultos: um novo "paradigma" de Justiça?*. Coimbra: Coimbra editora, 2008.

LEITE, Alaor. "Projeto de código penal em debate - Ciência em tempos de reforma penal: a hora e a vez da ciência jurídico-penal brasileira", *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, n. 264, novembro/2014.

POZUELO PÉREZ, Laura. *La política criminal mediática: génesis, desarrollo y costes*, Madrid: Marcial Pons, 2013.

ANO II - Número II - NOV/DEZ 2014 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

REALE JR, Miguel. “A responsabilidade penal da pessoa jurídica”, In: PRADO, Luis Régis.; DOTTI, René (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Drogas: aspectos penais e criminológicos – Primeiro encontro de mestres e doutores do Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP*, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. “Erros e absurdos do Projeto de Código Penal”, In: *Revista de Estudos Criminais*. São Paulo: Síntese, n. 50, 2013.

SALLES GOMES JUNIOR, João. F. “Projeto de Código Penal em debate - O crime de corrupção privada e o PLS 236/2012”. *Boletim do IBCCRIM*, n. 260, junho/2014.

SALVADOR NETTO, Alamiro. “Breves considerações sobre os crimes de corrupção passiva e corrupção privada na legislação espanhola”. In: PASCHOAL, J.; SILVEIRA, R. (Coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Jr*, Rio de Janeiro: GZ, 2014.

SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

WUNDERLICH, Alexandre; CANTERJI, Rafael Braude. “Projeto Sarney de Reforma do Código Penal: qual será o impacto carcerário?”. *Boletim do IBCCRIM*, n. 247, junho/2013.

_____; CARVALHO, Salo. “Reformas legislativas e populismo punitivo: é possível controlar a sedução pelo poder penal?”. *Boletim do IBCCRIM*, n. 214, setembro/2010.

_____; D’AVILA, Fabio Roberto; OLIVEIRA, Rodrigo Moraes; GARCIA, Rogério Maia. “Colóquio Debate sobre o Projeto de Reforma do Código Penal – Projeto n. 236 do Senado Federal”. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo: Síntese, n. 50, 2013.