

Editorial

A Reforma da Execução Penal

Em 11 de julho próximo a Lei de Execuções Penais completará 30 anos em meio a um projeto de reforma que pretende alterar substancialmente seu texto. Há 30 anos, sua edição promoveu uma significativa reforma no regime penitenciário do país, instituindo novos institutos e recolorindo alguns outros. A Lei 7.210/1984, em seu bojo, foi considerada salutar e corajosa, até mesmo avançada, para os padrões latino-americanos, mas infelizmente manteve algumas regras do regime anterior, talvez por necessidade de algumas concessões que garantissem a sua aprovação. Naquele período o futuro político do país era incerto, e a democracia apenas despontava ao final da colina como um alvorecer tímido de uma manhã de nebuloso inverno.

Agora, em tese, os tempos são outros. Não há dúvidas sobre nosso regime ser o democrático, e possuímos uma Constituição Cidadã.

É neste cenário que surge o PLS 513/13, que à primeira vista traz avanços significativos em tão árduo e esquecido campo jurídico-penal. Desafiando a maioria dos projetos de lei que tem por conteúdo a matéria e que delegam ao cárcere a esdrúxula tarefa de diminuir a criminalidade, o projeto foi conduzido de forma lúcida e racional, e, segundo sua exposição de motivos, tendo por princípio a humanização da sanção penal e a garantia dos Direitos Fundamentais do condenado.

Nesta linha, vários pontos positivos foram acrescentados ao projeto: a previsão do trabalho não mais como apenas um dever, mas como *condição de dignidade humana* do preso; melhores critérios de classificação do sentenciado; programa de assistência a dependentes químicos; previsão de justiça restaurativa com a participação do Conselho da Comunidade; incentivos fiscais para empresas contratantes de egressos; salário mínimo; trabalho voluntário para fins de remição de pena; fim da exigência de 1/6 de cumprimento da pena em regime semiaberto para exercício de trabalho externo; visita íntima; atenção especial aos presos estrangeiros; defesa técnica em caso de falta disciplinar; definição de faltas leves e médias e a classificação do comportamento prisional pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; extinção de parecer do Conselho Penitenciário em casos de indulto; extinção da casa de albergado e assimilação do recolhimento domiciliar; progressão de regime antecipada em caso de superlotação; extinção das carceragens em delegacias de polícia; libertação direta e sem alvará até às 12h do dia de cumprimento ou extinção da pena; fim da perda dos dias remidos em caso de infração; limitação ao tempo de condenação em caso de superveniência de doença ou perturbação da saúde; reconhecimento de excesso na execução em caso de superlotação, concessão imediata de direitos no prazo de 30 dias se não houver manifestação; restrição do uso de algemas à situação excepcional e motivação por escrito; e uma série de medidas de assistência à mulher encarcerada e a seu filho.

Maior destaque merecem três propostas pela radical mudança cultural que promoverão no sistema jurídico-penal como um todo.

A primeira diz respeito ao inimputável, que se assim for considerado e submetido à medida de segurança não

mais ficará sob a responsabilidade do juiz da execução penal e, nos termos da Lei Antimanicomial, a condução da execução da sentença será entregue à autoridade de saúde competente. Por isso, o projeto prevê, inclusive, a extinção dos centros de observação e hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico. A segunda, a revogação de qualquer menção ao exame criminológico e à identificação genética, ranços positivistas que teimavam em permanecer no ideal de execução. A terceira, a instituição da detração compensatória, concedida ao sentenciado em dois dias se permanecer em regime diverso do semiaberto, e em três dias em regime diverso do aberto.

Mas o projeto poderia ter ido além em alguns pontos. Fortalece a atuação dos Conselhos da Comunidade, dando-lhe legitimidade para a promoção de ação civil pública em matéria pertinente ao sistema prisional, para suscitar incidentes por excesso ou desvio, elaborar pedido de graça e para requerer reconhecimento de indulto. Mas poderia ter-lhe dado legitimidade também para inspecionar, e não apenas visitar os estabelecimentos.

A lamentar, ainda alguns pontos importantes. Da mesma forma que em 1984 a manutenção e criação de alguns institutos no texto do projeto apenas se justificariam pela mesma presunção de serem concessões políticas para garantir a aprovação do texto.

No atual PLS ainda encontramos o Regime Disciplinar Diferenciado, a utilização de parte do salário para despesas com a manutenção do preso (com a criação de um fundo rotativo de administração dos recursos provenientes do trabalho prisional para manutenção do condenado e em prol do estabelecimento penal), e o cálculo puramente aritmético para determinação do regime de cumprimento.

Por fim, há novidades projetadas que mereceriam uma melhor reflexão diante da aparente melhora funcional do sistema, mas do possível prejuízo aos direitos e garantias constitucionais, como a entrega da definição do lugar e do estabelecimento para cumprimento de pena para a Central de Vagas, retirando tal função do juiz da execução; a extinção da cela individual e previsão de celas coletivas de até oito pessoas, sem previsão de área mínima, que parece resolver o problema de superlotação, mas contraria o item 9 das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de pessoas presas; e a previsão de um exame psicossocial para os sentenciados por crimes hediondos ou praticados com violência e grave ameaça, cujo resultado não possui nenhuma vinculação definida e poderá dar margem à manutenção do examinado no cárcere com base em critérios subjetivos.

Ao que parece, a *“tumba onde se enterram os vivos”*, como dizia Collin,⁽¹⁾ conquistou atenção política. Que a política, agora, não enterre o bom trabalho da comissão.

Nota:

- (1) COLLIN, Fernand. Il progetto di Codice penale italiano da un punto di vista penitenziario. In: *Il progetto Rocco nel pensiero giuridico contemporaneo*. Roma: Istituti di Studi Legislativi, 1930, p. 130.

Editorial

Carta do Papa Francisco a E. Raúl Zaffaroni _____ 2

Carta de E. Raúl Zaffaroni a Sua Santidade o Papa Francisco _____ 3

Discurso em homenagem a Miguel Reale Júnior _____ 4

Helena Regina Lobo da Costa _____ 4

Hierarquia constitucional do *habeas corpus* _____ 6

René Ariel Dotti _____ 6

Mais do mesmo: a falácia do aumento do tempo de internação _____ 9

Ana Paula Motta Costa *et al* _____ 9

Lei Anticorrupção: balanço de um semestre de muitos desacertos _____ 11

Luciano Anderson de Souza _____ 11

Criminalizar o terrorismo no Brasil? Reflexões acerca do PLS 499/2013 _____ 12

Adriano Teixeira _____ 12

O direito ao silêncio e a decisão do STJ no HC 251.132 _____ 15

Hélio Rubens Brasil _____ 15

Comentários à Lei 12.971/2014 – Crimes de Trânsito _____ 16

José Geraldo da Silva _____ 16

PROJETO DE CÓDIGO PENAL EM DEBATE

O crime de corrupção privada e o PLS 236/2012 _____ 17

João Florêncio de Salles _____ 17

Gomes Junior _____ 17

DESCASOS

O rábula e o seu escritório _____ 19

Alexandra Lebelson Szafir _____ 19

Caderno de Jurisprudência

O DIREITO POR QUEM O FAZ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro _____ 1765

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal _____ 1769

Superior Tribunal de Justiça _____ 1770

Superior Tribunal Militar _____ 1770

Tribunal Superior Eleitoral _____ 1771

Tribunal Regional Federal _____ 1771

Tribunal de Justiça _____ 1772

Carta do Papa Francisco a E. Raúl Zaffaroni

Vaticano, 30 de mayo de 2014.

Señor Presidente y señor Secretario Ejecutivo:

Con estas letras, deseo hacer llegar mi saludo a todos los participantes del XIX Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal y del III Congreso de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología, dos importantes foros que permiten a profesionales de la justicia penal reunirse, intercambiar puntos de vista, compartir preocupaciones, profundizar en temas comunes y atender a problemáticas regionales, con sus particularidades sociales, políticas y económicas. Junto con los mejores deseos para que sus trabajos obtengan abundantes frutos, les quiero expresar mi agradecimiento personal, y también el de todos los hombres de buena voluntad, por su servicio a la sociedad y su contribución al desarrollo de una justicia que respete la dignidad y los derechos de la persona humana, sin discriminación, y tutele debidamente a las minorías.

Bien saben ustedes que el Derecho penal requiere un enfoque multidisciplinar que trate de integrar y armonizar todos los aspectos que confluyen en la realización de un acto plenamente humano, libre, consciente y responsable. También la Iglesia quisiera decir una palabra como parte de su misión evangelizadora, y en fidelidad a Cristo, que vino a “anunciar la libertad a los cautivos” (Lc 4,18). Por eso, me animo a compartir con ustedes algunas ideas que llevo en el alma y que forman parte del tesoro de la Escritura y de la experiencia milenaria del Pueblo de Dios.

Desde los primeros tiempos cristianos, los discípulos de Jesús se han esforzado por hacer frente a la fragilidad del corazón humano, tantas veces débil. De diversas maneras y con variadas iniciativas, han acompañado y sostenido a quienes sucumben bajo el peso del pecado y del mal. A pesar de los cambios históricos, han sido constantes tres elementos: la satisfacción o reparación del daño causado; la confesión, por la que el hombre expresa su conversión interior; y la contrición para llegar al encuentro con el amor misericordioso y sanador de Dios.

1. La satisfacción. El Señor ha ido enseñado, poco a poco, a su pueblo que hay una asimetría necesaria entre el delito y la pena, que un ojo o un diente roto no se remedia rompiendo otro. Se trata de hacer justicia a la víctima, no de ajusticiar al agresor.

Un modelo bíblico de satisfacción puede ser el Buen Samaritano. Sin pensar en perseguir al culpable para que asuma las consecuencias de su acto, atiende a quien ha quedado al costado del camino malherido y se hace cargo de sus necesidades (cf. Lc 10, 25-37).

En nuestras sociedades tendemos a pensar que los delitos se resuelven cuando se atrapa y condena al delincuente, pasando de largo ante los desafíos cometidos o sin prestar suficiente atención a la situación en que quedan las víctimas. Pero, sería un error identificar la reparación solo con el castigo, confundir la justicia con la venganza, lo que sólo contribuiría a incrementar la violencia, aunque esté institucionalizada. La experiencia nos dice que el aumento y endurecimiento de las penas con frecuencia no resuelve los problemas sociales ni logra disminuir los índices de delincuencia. Y, además, se pueden generar graves problemas para las sociedades, como son las cárceles superpobladas o los presos detenidos sin condena

En cuántas ocasiones se ha visto al reo expiar su pena objetivamente, cumpliendo la condena pero sin cambiar interiormente ni restablecerse de las heridas de su corazón.

A este respecto, los medios de comunicación, en su legítimo ejercicio de la libertad de prensa juegan un papel muy importante y tienen una gran responsabilidad: de ellos depende informar rectamente y no contribuir a crear alarma o pánico social cuando se dan noticias de hechos delictivos. Están en juego la vida y la dignidad de las personas, que no pueden convertirse en casos publicitarios, a menudo incluso morbosos, condenando a los presuntos culpables al descrédito social antes de ser juzgados o forzando a las víctimas, con fines sensacionalistas, a revivir públicamente el dolor sufrido.

2. La confesión es la actitud de quien reconoce y lamenta su culpa. Si al delincuente no se le ayuda suficientemente, no se le ofrece una oportunidad para que pueda convertirse, termina siendo víctima del sistema. Es necesario hacer justicia, pero la verdadera justicia no se contenta con castigar simplemente al culpable. Hay que avanzar y hacer lo posible por corregir, mejorar y educar al hombre para que madure en todas sus vertientes, de modo que no se desaliente, haga frente al daño causado y logre replantear su vida sin quedar aplastado por el peso de sus miserias.

Un modelo bíblico de confesión es el buen ladrón, al que Jesús promete el paraíso porque fue capaz de reconocer su falta: “Lo nuestro es justo, pues recibimos la paga de nuestros delitos: éste en cambio no ha cometido ningún crimen” (Lc 23,41).

Todos somos pecadores; Cristo es el único justo. También nosotros corremos el riesgo de dejarnos llevar en algún momento por el pecado, el mal, la tentación. En todas las personas convive la capacidad de hacer mucho bien con la posibilidad de causar tanto mal, aunque uno lo quiera evitar (cf. Rm 7,18-19). Y tenemos que preguntarnos por qué algunos caen y otros no, siendo de su misma condición.

No pocas veces la delincuencia hunde sus raíces en las desigualdades económicas y sociales, en las redes de la corrupción y en el crimen organizado, que buscan cómplices entre los más poderosos y víctimas entre los más vulnerables. Para prevenir este flagelo, no basta tener leyes justas es necesario construir personas responsables y capaces de ponerlas en práctica.

Una sociedad que se rige solamente por las reglas del mercado y crea falsas expectativas y necesidades superfluas, descarta a los que no están a la altura e impide que los lentos, los débiles o los menos dotados se abran camino en la vida (cf. Evangelii Gaudium, 209).

3. La contrición es el pórtico del arrepentimiento, es esa senda privilegiada que lleva al corazón de Dios que nos acoge y nos ofrece otra oportunidad, siempre que nos abramos a la verdad de la penitencia y nos dejemos transformar por su misericordia. De ella nos habla la Escritura Santa cuando refiere la actitud del Buen Pastor, que deja a las noventa y nueve ovejas que no requieren de sus cuidados y sale a buscar a la que anda errante y perdida (cf. Jn 10,1-15; Lc 15,4-7), o la del Padre bueno, que recibe a su hijo menor sin recriminaciones y con el perdón (cf. Lc 15. 11-32). También es significativo el episodio de la mujer adúltera, a la que Jesús le dice: “Vete y en adelante no peques más” (Jn 8,11b). Aludiendo, asimismo, al Padre común, que hace salir el sol sobre malos y buenos, y llover sobre justos e injustos (cf. Mt 5,45), Jesús invita a sus discípulos a ser misericordiosos, a hacer el bien a quien les hace mal, a rezar por los enemigos, a poner la otra mejilla, a no guardar rencor

La actitud de Dios, que primerea al hombre pecador ofreciéndole su perdón, se presenta así como una Justicia superior, al mismo tiempo ecuánime y compasiva, sin que haya contradicción entre estos dos aspectos. El perdón, en efecto, no elimina ni disminuye la exigencia de la rectificación, propia de la justicia, ni prescinde de la necesidad de conversión personal, sino que va más allá, buscando restaurar las relaciones y reintegrar a las personas en la sociedad. Aquí me parece que se halla el gran reto, que entre todos debemos afrontar, para que las medidas que se adopten contra el mal no se contenten con reprimir, disuadir y aislar los que lo causaron, sino que les ayuden a recapacitar, a transitar por las sendas del bien, a ser personas auténticas que lejos de sus miserias se vuelvan ellas mismas misericordiosas. Por eso, la Iglesia plantea una justicia que sea humanizadora, genuinamente reconciliadora, una justicia que lleve al delincuente, a través de un camino educativo y de esforzada penitencia, a su rehabilitación y total reinserción en la comunidad.

Qué importante y hermoso sería acoger este desafío, para que no cayera en el olvido. Qué bueno que se dieran los pasos necesarios para que el perdón no se quedará únicamente en la esfera privada, sino que alcanzara una verdadera dimensión política e institucional y así crear

unas relaciones de convivencia armoniosa. Cuánto bien se obtendría si hubiera un cambio de mentalidad para evitar sufrimientos inútiles, sobre todo entre los más indefensos.

Queridos amigos, vayan adelante en este sentido, pues entiendo que aquí radica la diferencia entre una sociedad incluyente y otra excluyente, que no pone en el centro a la persona humana y prescinde de los restos que ya no le sirven.

Me despido encomendándoles al Señor Jesús, que en los días de su vida terrena, fue apresado y condenado injustamente a muerte, y se identificó con todos los encarcelados, culpables o no (“Estuve preso y me visitaron”, Mt 25,36). Él descendió también a esas oscuridades creadas por el mal y el pecado del hombre para llevar allí la luz de una Justicia que dignifica y enaltece, para anunciar la Buena Nueva de la salvación y de la conversión. Él que fue despojado inicuaamente de todo, les conceda el don de la sabiduría, para que sus diálogos y consideraciones se vean recompensadas con el acierto.

Les ruego que recen por mí, pues lo necesito bastante.

Cordialmente,

Francisco.

Carta de E. Raúl Zaffaroni a Sua Santidade o Papa Francisco

Frankfurt a. M, 3 de junio de 2014.

A Su Santidade el Papa Francisco

Vaticano.

Santo Padre:

En nombre de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC), tengo el honor de dirigirme a S.S. a efecto de agradecer la trascendental Carta que dirigiera a la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) y a nosotros. Como vicepresidente de la primera, he trasladado la Carta al Sr. Presidente, Prof. Dr. José Luis de la Cuesta.

El mensaje de S.S. llega a los penalistas en momentos especialmente críticos, en especial en nuestra región, que sufre diferentes niveles de violencia que, sean bajos o altos, sólo parecen interesar como objeto de manipulación mediática, en pos de un fin único: agravar penas, inventar tipos penales nuevos frente a cada problema social y, en el fondo, consolidar la idolatría del poder punitivo, cuya ilusoria omnipotencia explotan los políticos inescrupulosos y rinde a los gobiernos, con el consiguiente peligro para las estructuras institucionales democráticas de los estados.

En octubre de 1953, S.S. el Papa Pio XII dirigió una histórica alocución a los asistentes al Congreso de Roma de la AIDP, refiriéndose a las bases de un derecho penal internacional y reafirmando que todo derecho penal debe ser de culpabilidad, lo que implicaba un llamado de alerta frente a la subsistencia de la peligrosidad, como concepto burdamente reduccionista y de raíces racistas.

Estimo que el Mensaje que S.S. nos hace el altísimo honor de enviarnos, cobra en el actual momento una trascendencia equiparable. No sólo no hemos archivado suficientemente la vieja idea de peligrosidad ni el derecho penal de autor, sino que asistimos a un progresivo

desbaratamiento de los límites al poder punitivo represivo y controlador de los estados, con el resultado de una creciente victimización de los más humildes y de los excluidos y una reducción de los espacios de libertad y privacidad de todos los habitantes.

Con dolor – y en verdad también con indignación- asistimos los penalistas y criminólogos a la demolición de los límites al poder punitivo de los estados trabajosamente construidos a lo largo de la historia, a partir de las experiencias de sangre y sufrimiento de millones de víctimas, recogidas y elaboradas por nuestra “dolorosa scienza dei delitti e delle pene”.

Por ende, no podía haber sido más oportuno el Mensaje de S.S. y nos reconforta inmensamente que advierta con claridad la necesidad de prudencia en el uso de la pena. Creo leer en las palabras de S.S. una renovación y actualización de la admonición de “cautela” en el uso del poder punitivo, que hace cuatro siglos, contra los poderosos de su tiempo -y con riesgo de su vida-, formulara el poeta jesuita alemán Friedrich Spee.

Ruego a S.S. que tenga a bien aceptar, por mi humilde intermedio, el más profundo y sincero agradecimiento de la ALPEC, por el honor que nos dispensa con su valiosa y valiente Carta.

En lo personal aseguro a S.S. que rezaré en la forma en que lo pide, con el ruego de que S.S. no deje de hacerlo por los penalistas y criminólogos de nuestra región, a quienes también buena falta nos hace.

Quedo de S.S. como su atento y seguro servidor, al tiempo que aprovecho la oportunidad para reiterarle las expresiones de mi más alta consideración y estima.

E. Raúl Zaffaroni
Secretario Ejecutivo de ALPEC

Discurso em homenagem a Miguel Reale Júnior⁽¹⁾

Helena Regina Lobo da Costa

Exmo. Sr. Professor José Rogério Cruz e Tucci, Digníssimo Diretor desta Casa, na pessoa de quem saúdo os demais componentes da mesa; Exmo. Sr. Professor Miguel Reale Júnior, nosso homenageado da noite; Exma. Sra. Professora Ivette Senise Ferreira, na pessoa de quem saúdo os demais professores desta casa e as autoridades aqui presentes:

Gostaria de agradecer aos meus colegas por terem me imbuído da grande responsabilidade de prestar esta homenagem ao Prof. Miguel Reale Júnior em nome de todos.

Parece-me que prestar uma homenagem a esse grande professor deve necessariamente passar pelo caminho de examinar o seu pensamento jurídico-penal. Sem dúvida alguma o melhor adjetivo para descrever o homenageado é multifacetado. Esse grande jurista vem atuando, ao longo de mais de 40 anos, como advogado, professor, legislador, político, literato, historiador e filósofo.

Traçar, portanto, um panorama intelectual do homenageado é tarefa ampla, que exigiria algumas horas – tempo de que eu evidentemente não disponho, além de estarmos, todos, ansiosos para ouvir as palavras que o próprio professor, em breve, proferirá. Assim, e tratando-se de uma homenagem feita nesta casa, buscarei sintetizar as linhas mestras do pensamento de Miguel Reale Júnior no campo do Direito Penal.

Nosso homenageado conta que se aproximou do Direito Penal por pura sorte. Relata que no 4.º ano de faculdade, seu professor, Ricardo Andreucci, decidiu fazer um júri simulado, para o qual se inscreveu e acabou por ser sorteado como advogado de defesa. Esse primeiro contato com o Tribunal do Júri despertou em Miguel Reale Júnior um sentimento tão positivo, que o fez enveredar-se por esse caminho.

Seu primeiro trabalho intelectual monográfico no campo do Direito Penal foi *Dos estados de necessidade* (1971), produto de seu doutoramento. Nessa obra, adotou a teoria finalista em sua acepção clássica, conforme desenvolvida por Hans Welzel. Sobre essas bases, delimitou o conceito de “inexigibilidade de conduta diversa”, uma das hipóteses de exclusão da culpabilidade, impondo a verificação, por parte do intérprete, se a opção contrária ao Direito feita pelo agente poderia ser tomada como válida, em razão das circunstâncias que operaram na formação da vontade.

Em *Antijuridicidade concreta* (1974) – sua tese de livre docência, o autor já modifica seu conceito de ação, afastando-se daquela concepção

welzeliana clássica, tida como vazia e insossa, insuficiente para compreender a totalidade do agir humano. Para Miguel Reale Júnior, o comportamento humano deve ser apreendido a partir da possibilidade de opção entre distintos valores, colorindo, assim, o conceito de ação com tintas valorativas. Também nessa obra, e como consequência da nova conformação conferida à conduta humana e da necessidade de congruência entre o real e o normativo, tipicidade e antijuridicidade identificam-se em razão de sua carga axiológica. É especialmente a partir desse trabalho que já se delineiam com clareza as três linhas mestras do pensamento de Miguel Reale Júnior: a preocupação com o real, com a aplicação concreta do Direito; a compreensão de todo o fenômeno jurídico a partir da axiologia; e o foco desse sistema axiológico na pessoa humana.

Em sua tese de titularidade, denominada *Parte geral e tipicidade*, e publicada sob o título *Parte geral – nova interpretação* (1988), Miguel Reale Júnior desenvolve a concepção de que a ideia de tipicidade caracteriza não apenas as normas incriminadoras, encontradas na parte especial do Código Penal e na legislação especial, mas também os institutos jurídicos da parte geral, que devem ser tomados como modelos típicos relativos a uma ação concreta, também ali havendo uma congruência entre tipicidade e antijuridicidade.

Paralelamente a essas três grandes obras – que, posteriormente, foram reunidas e sistematizadas na publicação denominada *Teoria do delito* – incontáveis foram as reflexões de Miguel Reale Júnior na forma de artigos. Merecem destaque, nesse período, as diversas contribuições publicadas na *Revista Ciência Penal*, da qual integrou a direção. Os trabalhos ali divulgados são a prova de sua preocupação permanente com o concreto, com o real, com o Direito Penal tal qual aplicado, o que pode ser conferido, por exemplo, nos muitos comentários de jurisprudência ou, ainda, no artigo sobre autoritarismo e tecnoburocracia no Direito Penal brasileiro, publicado em 1979, no qual revela as implicações penais do caráter autoritário do Estado brasileiro naquele momento histórico. Aliás, o interesse acadêmico pelo tema, posteriormente, alargou-se para o campo da política, quando atuou como presidente da Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos.

Não é à toa, portanto, que o já citado *Teoria do delito* encerra-se com a frase: “a construção típica é fruto de uma valoração da situação concreta, sem distanciamento do real, com o real e sobre o real”.

Ainda em meados da década de 1980, os estudos e publicações de Miguel Reale Júnior passam a refletir suas preocupações relacionadas à grande obra legislativa em curso naquele momento, a nova Parte Geral do Código Penal, de cuja comissão elaboradora do anteprojeto participou como membro dos mais ativos. Os trabalhos acadêmicos desse período, tais como *Novos rumos do sistema criminal* (1983) e *Penas e medidas de segurança no novo código* (1985), este último em coautoria com René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci e Sergio Marcos de Moraes Pitombo, revelam os pressupostos jusfilosóficos de nosso sistema, centrado na pessoa humana, que é tomada como autônoma e dona de seu próprio destino, não se aceitando, por exemplo, a aplicação, aos considerados imputáveis, de medida de segurança após o cumprimento da pena, consoante o antigo sistema

É especialmente a partir de *Antijuridicidade concreta* que se delineiam com clareza as três linhas mestras do pensamento de Miguel Reale Júnior: a preocupação com o real, a compreensão de todo o fenômeno jurídico a partir da axiologia e o foco desse sistema axiológico na pessoa humana

do duplo binário. Para que se tenha a exata dimensão da importância desse passo legislativo, há ordenamentos europeus que ainda convivem com essa verdadeira contradição em termos. Essas obras são, portanto, fundamentais para a compreensão dos institutos de nossa parte geral, até hoje em vigor, e, especialmente, do sistema de penas ali delineado, então fundado em proporcionalidade e estruturação lógica. Aquele sistema, entretanto, após as mudanças operadas com total descaso estrutural pela Lei 9.714/98, foi completamente desnaturado, conforme acidamente criticado pelo professor em sua contribuição à obra *Penas restritivas de direitos* (1999), em coautoria com importantes professores, dentre os quais menciono os desta casa, David Teixeira de Azevedo e Sérgio Salomão Shecaira.

Na década de 1990, a produção jurídico-penal de Miguel Reale Júnior destaca-se pelo enfrentamento de problemas concretos. Como já visto, o real configura um dos focos da ciência jurídico-penal para o professor e, como consequência lógica, a dogmática somente ganha algum sentido se voltada à solução de problemas reais, que efetivamente a colocam à prova e testam sua coerência e prestabilidade como ferramenta jurídica. Vêm a lume, assim, a coleção *Direito penal aplicado* (1990, 1992, 1994) e os livros *Problemas penais concretos* (1997) e *Casos de direito constitucional* (1992), que examinam um largo número de casos práticos, de assuntos bastante diferenciados, e que revelam a força dos modelos teóricos desenvolvidos pelo professor.

Na década seguinte, em 2002, é publicada a grande obra que sistematiza, resume e revê toda a parte geral do Direito Penal, denominada, em homenagem a seu professor, Basileu Garcia, *Instituições de direito penal*. Miguel Reale Júnior sempre afirmou a seus alunos e orientandos, que a redação de um manual de Direito Penal deveria ser tarefa empreendida somente com maturidade intelectual. Um manual jamais poderia ser mero apanhado de informações destinadas à memorização irrefletida pelo leitor. Por isso, esperou completar mais de 30 anos de magistério – aos quais se somaram, evidentemente, sua experiência de atuação em processos legislativos e na assembleia constituinte, e, marcadamente, sua longa atuação como advogado – para sistematizar suas reflexões sobre toda a parte geral do Direito Penal.

A obra inicia-se pela análise dos distintos sistemas de controle social, inserindo o Direito Penal em seu contexto, uma vez mais, concreto e valorativo, e deixando claro que não se pode almejar uma sociedade sem delito, já que isso significaria a onipotente cessação de toda a liberdade. Por isso, diz o professor, o preço da liberdade é o eterno delito.

Instituições também é marcado pelo diálogo com os grandes penalistas contemporâneos. O professor coloca à prova e rediscute sua concepção axiológico-concreta do delito à luz das ideias de autores como Roxin, Jakobs, Schünemann, Muñoz Conde, dentre tantos outros. Reafirma, de modo ainda mais contundente e fundamentado, sua posição e seus pressupostos valorativos e concretos, rejeitando, entretanto, qualquer conceito naturalista ou relativista de delito, já que compreende haver um processo de revelação de valores ao longo do tempo, valores esses que se consolidam na consciência das pessoas e que constitui o núcleo do próprio Direito Penal.

Igualmente, no que tange à finalidade da pena, sua posição axiológico-concreta revela uma compreensão da sanção criminal como castigo que, entretanto, não se justifica por si só ou como simples retribuição, mas somente como reafirmação de um valor consagrado pela lei, aproximando-se das concepções de prevenção geral positiva limitadoras.

Nesse mesmo período também foram muitos os artigos publicados sobre distintos temas do Direito Penal. Um dos mais relevantes e de grande repercussão foi *Razão e subjetividade no direito penal* (2004),

no qual se examina o processo de formação da convicção do juiz e da argumentação que a justifica.

Não poderia deixar de mencionar, ainda, o impacto que a paixão pelos estudos históricos revela na obra de Miguel Reale Júnior. Além de despertar o interesse de seus alunos nos muitos cursos sobre história do Direito Penal lecionados na pós-graduação desta casa, o professor publicou algumas de suas reflexões em trabalhos como *O escravo como não sujeito de direitos* (2011), entre outros.

Mais recentemente, Miguel Reale Júnior voltou seu olhar à parte especial do Código Penal e animou um grupo de pesquisadores a analisar as grandes celeumas jurisprudenciais verificadas na aplicação dos mais relevantes tipos da parte especial, à luz da doutrina sobre os temas. Esses estudos deram ensejo à coleção *Jurisprudência em debate*, da qual, além de coordenador, o professor figura como autor da análise de diversos tipos penais.

Seu conhecimento acadêmico, aliado à preocupação com a aplicação concreta do Direito Penal, fez, ainda, com que Miguel Reale Júnior se tornasse um dos críticos mais contundentes e inconformados com o projeto de Código Penal recém-discutido no Senado. Além de ter concedido entrevistas e escrito textos que descortinam as incontáveis inconsistências teóricas, que certamente levarão a uma prática inadmissível, Miguel Reale Júnior também organizou, nesta casa, um importantíssimo ato contra o projeto, reunindo diversas instituições jurídicas.

Nota-se, portanto, que Miguel Reale Júnior é um acadêmico impulsionado pela ação. Suas reflexões científicas o levam a agir, e sua atuação profissional forma seus pressupostos acadêmicos. Nessa linha, afirma, sempre, que foi a advocacia criminal que o humanizou, que o despertou para as contingências humanas, que o conscientizou da fundamental relevância do respeito aos direitos humanos. E, evidentemente, esse despertar reflete-se de modo central em seu pensamento jurídico-penal.

Do mesmo modo, sua participação em diversas comissões de elaboração de anteprojetos, como os da Parte Geral de 1984, do Código de Processo Penal, da Lei de Execução Penal, da Legislação de Drogas, dentre tantas outras, é influenciada e influencia sua produção científica, tornando-a ainda mais consistente e próxima da realidade.

Após esse breve panorama sobre o pensamento de Miguel Reale Júnior, nota-se que, em verdade, não foi este grande professor que se aproximou do Direito Penal pela sorte, quando retirou seu próprio nome da urna para funcionar como advogado de defesa no exercício simulado por seu Prof. Ricardo Andreucci. O Prof. Miguel é, por excelência, vocacionado a dedicar-se ao Direito Penal. Na realidade, foi o Direito Penal brasileiro que se beneficiou desse grande golpe da fortuna, quando, ao sortear o nome de Miguel Reale Júnior, nos presenteou com tantos trabalhos de relevo que, em seu conjunto, configuram um dos mais notáveis avanços do Direito Penal brasileiro nos últimos anos.

Nota:

- (1) Por se tratar da transcrição de um discurso, deixa-se de proceder às citações e referências específicas do texto.

Helena Regina Lobo da Costa
Professora e advogada.

Hierarquia constitucional do *habeas corpus*⁽¹⁾

René Ariel Dotti

1. Direitos e garantias fundamentais

Como nenhuma outra Carta Política anterior⁽²⁾ a Constituição Federal de 1988 incluiu em seus primeiros dispositivos a generosa relação de direitos e garantias fundamentais. E declarou a existência e a efetivação da ação de *habeas corpus* (art. 5.º, LXVIII) em harmonia com o valor da dignidade da pessoa humana, elevado à categoria de fundamento da República (art. 1.º, III).

O *writ of habeas corpus* nasceu na Inglaterra, com raízes no velho Direito Romano e se desenvolveu a partir da Magna Carta que simbolizou “o crepúsculo das luzes do absolutismo e acenou a imaginação do homem com uma nova era, a época da proteção da liberdade humana”.⁽³⁾ Ninguém melhor que **Ruy Barbosa** para definir o *habeas corpus* como “a pátria da liberdade individual”.⁽⁴⁾

Em antológica obra acerca desse maior instrumento jurídico de liberdade, o imortal **Pontes de Miranda** afirma que os juízes ao julgarem “devem ter presente que o *habeas corpus* é a pedra de toque das civilizações superiores, um dos poucos direitos, pretensões, ações e remédios com que se sobrepõem aos séculos passados, mal saído da Idade Média e dos absolutismos dos reis, os séculos da civilização liberal-democrática, nos países em que ela logrou se firmar. Fazer respeitada a liberdade física é um dos meios de servir e sustentar essa civilização, a que todos os homens, de todos os cantos da Terra, se destinam, sem ser certo que todos a logrem. Os que não a lograrem desaparecerão”.⁽⁵⁾

2. A proposta de reforma do Código de Processo Penal

O Anteprojeto transformado em Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009, de reforma do Código de Processo Penal, no art. 636, mutilava as hipóteses de ilegalidade previstas no vigente art. 648, para estabelecer que o *remédio heroico* seria cabível somente quando não houvesse *justa causa para a prisão* ou para sua *decretação* (I); quando quem ordenasse a *prisão* não tivesse competência para fazê-lo (III); quando houvesse cessado o motivo que autorizou a *prisão* (IV); quando o processo a que se referisse a *prisão* ou a sua *decretação* fosse manifestamente nulo (VI); quando extinta a punibilidade do crime objeto da investigação ou do processo em que se determinou a *prisão* (VII).⁽⁶⁾ E o parágrafo único do mesmo dispositivo excluía o *habeas corpus* nos casos em que coubesse recurso com efeito suspensivo.

Antes mesmo da audiência pública concedida pelo Senador Renato Casagrande (relator), em sessão plenária do Conselho Federal da OAB (18.05.2010), a Comissão Especial de Estudo do Projeto, instituída pela Portaria 11, de 09.03.2010, do Presidente Ophir Cavalcante Junior⁽⁷⁾ já havia, reiterada e publicamente, se manifestado contra as malsinadas restrições. A ilegalidade e o abuso de poder na denúncia e a violação do princípio do devido processo legal no curso da instrução, serviam de exemplos em face dos graves prejuízos à apuração da verdade no interesse público e à dignidade da pessoa humana do réu estariam imunes à intervenção reparadora do *habeas corpus* que fora “substituído” pelo agravo retido ou por instrumento (arts. 462 e 463). O primeiro, com efeito, apenas devolutivo para ser conhecido como preliminar da apelação; o segundo, com os inconvenientes quanto à eventual perda do prazo; formação do instrumento; remessa ao Ministério Público para responder ao recurso; exercício do juízo de retratação; remessa ao tribunal; autuação e, finalmente, a distribuição a um relator.

Das seguidas reuniões de trabalho entre a Comissão, o Senador Casagrande e o consultor legislativo, Fabiano Augusto Martins Silveira, a posição de resistência da OAB foi acolhida e a aprovação de um Substitutivo (art. 664) restaurou todas as hipóteses vigentes do art. 648 do CPP.

3. O obstáculo da Súmula STF 691

Dispõe a Súmula 691 do STF: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar”.

Mas o imperativo constitucional de se conceder *habeas corpus* “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5.º, LXVIII), prevaleceu apesar da restrição sumular. A decisão paradigmática da remoção da Súmula STF 691, ocorreu na concessão liminar da Medida Cautelar em *Habeas Corpus* n. 86.864-9 (São Paulo), requerida em favor de Flávio Maluf, pelo advogado José Roberto Batocchio e outros, contra ato do relator do HC n. 47829 do Superior Tribunal de Justiça. O plenário, por maioria de votos,⁽⁸⁾ acompanhou o relator, Ministro Carlos Velloso. A ementa do acórdão registra a necessidade de abrandamento da Súmula STF 691, “diante da flagrante violação à liberdade de locomoção” não podendo a “Corte Suprema, guardiã-maior da Constituição, guardiã-maior, portanto, dos direitos e garantias constitucionais, quedar-se inerte”.

Mais recentemente (18.02.2013), a 1.ª Turma da Corte Suprema, no HC 120.301 (SP), sendo paciente Donizete Correa e advogados Daniel Salviato e outro e coator o relator do HC 282.094 no Superior Tribunal de Justiça, manteve esta orientação conforme voto do relator, Min. Dias Toffoli. Vale reproduzir partes da ementa: “1. Em princípio, se o caso não é de flagrante constrangimento ilegal, segundo o enunciado da Súmula n. 691, não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* contra decisão de relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, indefere liminar. 2. Entretanto, o caso evidencia situação de flagrante ilegalidade, apta a ensejar o afastamento excepcional do referido óbice processual”.

4. O não conhecimento de *habeas corpus* substitutivo

No julgamento do HC 109956, pelo STF, em 07.08.2012, inaugurou-se novo entendimento jurisprudencial limitando o alcance do *writ*. Tendo por objetivo a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, os tribunais superiores passaram a conhecer do *habeas corpus* apenas quando a impetração não substituiu o recurso legalmente previsto. Ou seja, o acórdão do tribunal local deve ser impugnado pelo recurso ordinário constitucional (CF, arts. 102, II, a e 105, I, c).

É oportuno transcrever: “*Habeas corpus* – Julgamento por Tribunal Superior – Impugnação. A teor do disposto no art. 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. (...) O *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do art. 5.º da lei fundamental, não existindo sequer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos arts. 102, inciso II, alínea “a”, e 105, inciso II, alínea “a”, tem-se a previsão do recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça”.⁽⁹⁾

Contrariamente, porém, as duas Turmas do Supremo Tribunal Federal decidiram pelo cabimento de *habeas corpus* substitutivo quando há risco direto à liberdade do paciente: “sendo objeto do *habeas corpus* a preservação da liberdade de ir e vir atingida diretamente, porque expedido mandado de prisão ou porquanto, com maior razão, esta já ocorreu, mostra-se adequada a impetração, dando-se alcance maior

à garantia versada no artigo 5.º, inciso LXVIII, da Carta de 1988.” – HC 117578, Min. Marco Aurélio, 1.ª T., DJe 10.02.14; “o eventual cabimento de recurso não constitui óbice à impetração de habeas corpus, desde que o objeto esteja direta e imediatamente ligado à liberdade de locomoção física do Paciente” (HC 112836, Min. Cármen Lúcia, 2.ª T., DJe 15.08.2013).

É importante destacar que o Min. Marco Aurélio – relator do precedente que inaugurou o obstáculo – justificou a mudança da jurisprudência da Turma para se conhecer do writ: “Após a Turma ter assentado a inadmissibilidade linear do habeas corpus quando substitutivo do recurso ordinário, muitas ponderações têm sido feitas, calcadas na garantia do art. 5.º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, a revelar que será concedido habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação ao direito de ir e vir, por ilegalidade ou abuso de poder. (...) Sensibiliza a comunidade jurídica e acadêmica a circunstância de o recurso ordinário seguir parâmetros instrumentais que implicam a demora na submissão ao órgão competente para julgá-lo. Isso acontece especialmente nos Tribunais de Justiça e Federais, onde se aponta que, a rigor, um recurso ordinário em habeas corpus tramita durante cerca de três a quatro meses até chegar ao Colegiado, enquanto o cidadão permanece preso, cabendo notar que, revertido o quadro, a liberdade, ante a ordem natural das coisas, cuja força é inafastável, não lhe será devolvida. O habeas corpus, ao contrário, tem tramitação célere, em razão de previsão nos regimentos em geral. Daí evoluir para, presente a remessa segundo a qual a virtude está no meio-termo, adotar a óptica de admitir a impetração toda vez que a liberdade de ir e vir, e não somente questões ligadas ao processo-crime, à instrução deste, esteja em jogo na via direta, quer porquanto expedido mandado de prisão, quer porque já foi cumprido, encontrando-se o paciente sob custódia”.

O generoso fundamento dessa mudança de rumo tem assento na hierarquia constitucional do habeas corpus porque “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CF, art. 5.º, XXXV) com o acesso pleno de todos à jurisdição. A jurisprudência, os regimentos internos e demais atos normativos e muito menos as vicissitudes administrativas dos órgãos judicantes não podem contrariar a declaração institucional da competência do Supremo Tribunal Federal para exercer a guarda da Constituição (art. 102).

O precedente abriu passagem no Superior Tribunal de Justiça para a concessão de habeas corpus de ofício, com base no art. 654, § 2.º, do CPP: “Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso do processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal”. Um aresto relatado pela Min. Laurita Vaz demonstra a restauração do bom senso judicante:

“1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.ª Turma, rel. Min. Rosa Weber, DJe de 06.09.2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27.08.2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27.08.2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada

pelo Min. Marco Aurélio, no sentido de que, ‘no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício’ (...).

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva da ora paciente, ressalvada a possibilidade da expedição de outro decreto prisional, desde que devidamente fundamentado, ou, ainda, da adoção de outras medidas cautelares pelo Juízo condutor do processo, conforme salientado no voto”.⁽¹⁰⁾

5. O manifesto descumprimento da alta jurisprudência

O Supremo Tribunal Federal revisou sua orientação em 21.05.2013, mas os tribunais estaduais, federais e até mesmo o Superior Tribunal de Justiça continuam a negar conhecimento aos habeas corpus quando existe recurso próprio. A recusa em se adequar à modificação da jurisprudência da Corte Maior tem causado graves prejuízos aos jurisdicionados, especialmente no campo da execução da pena. Os precedentes contra a liberdade estão influenciando os tribunais locais que têm afirmado a inadequação de habeas corpus contra as decisões do Juízo da Execução, em face da previsão do agravo previsto no art. 197 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal).

Sabe-se, pela prática forense, que os recursos costumam demorar a ser julgados (no mínimo, meses) e, ainda que exista pedido de liminar, a tramitação dos autos inviabiliza a urgência. O agravo em execução, por exemplo, conta com várias etapas até a apreciação de eventual pedido liminar:⁽¹¹⁾ interposição; recebimento pelo Juízo; formação do instrumento; remessa ao Ministério Público para responder ao recurso; exercício do juízo de retratação; remessa ao tribunal; autuação e, finalmente, a distribuição ao relator.

A inevitável demora é suficiente para justificar o cabimento do habeas corpus sempre que se discuta o direito de locomoção do sentenciado-paciente, como ocorre com frequência no âmbito da execução penal. Mas os tribunais brasileiros, por consequência ao precedente do Supremo Tribunal Federal em relação ao habeas corpus substitutivo, têm negado conhecimento dos writs impetrados contra decisões do juízo da execução.

Dispõe o Dec-lei 4.657, DCE 04.09.1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Muitas rebeliões carcerárias, com vítimas internas do sistema penitenciário e danos materiais, têm como pano de fundo a falta da jurisdição devida pelo Estado para conhecer de incidentes como as conversões da pena privativa de liberdade, o excesso ou desvio de execução e o indulto. Essa omissão ocorre, com notável e lamentável frequência, também quando já se caracterizaram benefícios como o livramento condicional e a progressão de regime. Além dos atentados à dignidade da pessoa humana, que é um dos valores fundamentais da República (CF, art. 1.º, III), as insurreições promovidas pelos presos se estendem para muito além dos muros que os contêm e se expandem para atacar vidas, bens e interesses sociais relevantíssimos dos demais cidadãos que têm ameaçada a sua vida, liberdade, segurança, patrimônio e outros direitos e bens da personalidade.

Tais julgados de exclusão sacrificam, neste caso, os “fins sociais a que se dirige a lei”⁽¹²⁾ porque mantêm a prisão além do tempo fixado na sentença ofendendo o princípio constitucional da razoável duração do processo e gerando a obrigação estatal de indenizar o condenado (art. 5.º, LXXV e LXXVIII).

6. Precedentes

“Agravo regimental – Indeferimento liminar da petição inicial de habeas corpus – Matéria relacionada à execução penal – Inadequação da via eleita – Previsão de recurso próprio (art. 197 da Lei 7.210/84) – Impossibilidade de utilização do habeas corpus como substitutivo de recurso – Entendimento dos Tribunais Superiores (...)

Sabe-se, pela prática forense, que os recursos costumam demorar a ser julgados. A inevitável demora é suficiente para justificar o cabimento do habeas corpus sempre que se discuta o direito de locomoção do sentenciado-paciente, como ocorre com frequência no âmbito da execução penal

No entanto, o posicionamento atual, tanto do Superior Tribunal de Justiça, quanto do Supremo Tribunal Federal, é o de que, existindo recurso específico no caso, o agravo em execução não pode o habeas corpus servir como seu substitutivo. Entende-se que a referida ação constitucional deve ter sua abrangência restrita às hipóteses de flagrante e direto desrespeito ao direito de ir e vir dos cidadãos.”⁽¹³⁾

“Direito Processual Penal – O habeas corpus é via procedimental inadequada para a discussão de questão incidente em execução penal, não se admitindo o seu manuseio como sucedâneo de via recursal específica – Inteligência do art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição da República; arts. 647 e seguintes do Código de Processo Penal e; art. 197 da Lei de Execução Penal – Habeas corpus indeferido”.⁽¹⁴⁾

“Agravo regimental em habeas corpus. Decisão monocrática que negou seguimento à impetração. Ação que visa à concessão de prisão domiciliar ao paciente. Impossibilidade de utilização da ordem de habeas corpus como substitutivo do recurso previsto na legislação para combater decisões proferidas na execução penal. Necessidade de racionalizar a utilização da ação constitucional. Improriedade da via eleita precedentes do STF e do STJ. Decisão mantida. Agravo não provido.”⁽¹⁵⁾

É certo que tal orientação diz respeito às hipóteses de habeas corpus impetrados nos tribunais superiores. Contudo, o efeito sobre a jurisprudência das cortes locais sedimentou o óbice formal também em relação aos casos de execução penal, mesmo quando o incidente de execução envolver diretamente o *ius libertatis* do condenado, em manifesto prejuízo à celeridade que demandam tais hipóteses.

7.A liberdade para o habeas corpus na execução penal

Estabelece o art. 197 da Lei 7.210/1984 que “das decisões proferidas pelo Juiz caberá recurso de agravo, **sem efeito suspensivo**”. No entendimento dos redatores da Lei de Execução Penal,⁽¹⁶⁾ havia necessidade de instituir um recurso próprio para a efetivação dos direitos do condenado e do internado e atender situações rotineiras de assistência, trabalho, deveres, disciplina, sanção e recompensa. Mas o legislador jamais pensou na exclusão do habeas corpus quando cabível como ocorre nas hipóteses de satisfação dos requisitos de progressão do regime fechado para o semiaberto e deste para o aberto; do livramento condicional; do cumprimento da pena; da detração e da remissão para mudança de regime ou extinção da pena. Na verdade, há situações nas quais a ação de habeas corpus não pode ser rebaixada à condição de substitutivo de um recurso de menor expressão. A sua dimensão no plano da proteção individual lhe confere autonomia funcional e com prioridade absoluta para a remoção da violência ou coação que afetam a liberdade de locomoção. Para superar a jurisprudência de não conhecimento do writ há muitos casos de concessão *ex officio* com base no § 2.º do art. 654 do CPP, diante da manifesta evidência de constrangimento ilegal.

8. Uma lição histórica

O Min. Nélson Hungria, em seus votos no STF, muito contribuiu para a amplitude do remédio heroico como garantia institucional, acolhendo seu extenso manejo. Mesmo quando denegava a ordem, o imortal magistrado fazia questão de frisar que “a garantia do habeas corpus não pode ser restringida na amplitude com que assegura a Constituição” (HC 31.623 (DF), Pleno, em 13.06.1951).⁽¹⁷⁾

Notas:

- (1) Colaborou na pesquisa de jurisprudência o Advogado Bruno Correia.
- (2) 1824, 1891, 1934, 1946, 1967 e 1969.
- (3) PINTO FERREIRA. *História e prática do “habeas corpus”*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 3.
- (4) *A obra de Ruy Barbosa em criminologia e direito penal (Seleções e Dicionário de Pensamentos)*, introdução de Roberto Lyra, Rio de Janeiro: Editora Nacional do Livro, 1952, p. 224.
- (5) *História e prática do habeas corpus*. 3. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955, p. 505. (Os destaques em negrito são do original).
- (6) Foram excluídas as hipóteses de: a) falta de justa causa (para a investigação ou ação penal; b) quando a coação for ordenada por quem não tiver competência para fazê-lo; c) não admissão da prestação de fiança autorizada em lei; d) quando o processo for manifestamente nulo (CPP, art. 648, I, III, V e VI).
- (7) René Ariel Dotti, presidente. Demais membros: Raimundo Ferreira Marques, vice-presidente; Délio Lins e Silva (relator), José Alberto R. S. Cabral, Guilherme Octávio Batochio e Roberto Lauria. Participou dos trabalhos, indicado pelo IBCCrim, Alberto Zacharias Toron.
- (8) Vencidos os Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa e Carlos Britto. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Cezar Peluso.
- (9) STF, 1.ª T., HC 109956, rel. Min. Marco Aurélio, DJe 11.09.2012.
- (10) STJ, 5.ª T., HC 239550(RJ), DJe 26.09.2012.
- (11) Cfe., o item n. 2.
- (12) Lei 7.210/1984. “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.
- (13) TJPR, 1.ª Câmara, Crim., Arc. 1196099-1/01, rel. Marcos S. Galliano Daros, DJe 06.05.2014. No mesmo sentido, TJPR, 4.ª Câmara, Crim., HC 1195107-4, rel. Des. Renato Naves Barcellos, DJe 09.05.2014.
- (14) TJSP, 7.ª Câmara, Crim., HC 2059917-28.2014.8.26.0000, rel. Des. Amaro Thomé, DJe 16.05.2014.
- (15) TJSC, AgRg em HC 2013.091404-6, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 11.02.2014.
- (16) Sobre as comissões de redação e revisão do Anteprojeto vide a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal 213 de 09.05.1983, item 186.
- (17) Em FELÍCIO FUCK, Luciano. *Memória jurisprudencial* – Ministro Nelson Hungria. Brasília: Ed. Supremo Tribunal Federal, 2012, p. 47.

René Ariel Dotti

Professor Titular de Direito Penal.

Corredor do projeto que se converteu na
Lei 7.210/1984 (Lei de Execução penal).

Advogado.



Fundado em 14.10.92

DIRETORIA DA GESTÃO 2013/2014

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

1.ª Vice-Presidente: Helena Regina Lobo da Costa

2.ª Vice-Presidente: Cristiano Ávila Maronna

1.ª Secretária: Heloisa Estellita

2.ª Secretário: Pedro Luiz Bueno de Andrade

1.º Tesoureiro: Fábio Tófic Simantob

2.º Tesoureiro: Andre Pires de Andrade Kehdi

Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e

Estaduais: Eleonora Rangel Nacif

CONSELHO CONSULTIVO

Ana Lúcia Menezes Vieira

Ana Sofia Schmidt de Oliveira

Diogo Rudge Malan

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Marta Saad

OUIDOR

Paulo Sérgio de Oliveira

Mais do mesmo: a falácia do aumento do tempo de internação

Ana Paula Motta Costa, Alex Vidal, Ana Claudia Cifali, Daniela Dora Eilberg, Eduardo Gutierrez, Emilia Merlini Giuliani, Guilherme Dornelles, Karine Szuchman, Marco Germano, Mariana Chies Santiago Santos, Roberta da Silveira Pamplona e Samantha Luchese

Em junho do presente ano, foi protocolado em Brasília, na Comissão Especial para a análise do Projeto de Lei 7.197/2002 e seus apensos, um parecer técnico produzido pelo Programa Interdepartamental de Práticas com Adolescentes e Jovens em Conflito com a Lei da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Pipa)⁽¹⁾ em parceria com diversas entidades,⁽²⁾ o qual analisa os projetos de lei⁽³⁾ que estão em tramitação na Câmara dos Deputados. Os projetos analisados têm por objetivo alterar a legislação que trata da temática da criança e do adolescente. O parecer é dividido em cinco partes principais, as quais se encontram resumidas a seguir:⁽⁴⁾

(i) Contextualizam-se alguns elementos de grande importância para situar os legisladores no debate atual. Explica-se, de maneira sucinta, toda a legislação que já cuidou da temática do adolescente em conflito com a lei, explicitando as rupturas e continuidades dos Códigos de Menor de 1927 e 1970. Faz-se um panorama geral do Estatuto da Criança e do Adolescente para explicitar o porquê dessa legislação ser, na atualidade, referência mundial na temática e, ainda, apresenta-se a Lei 12.594/2012 – Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) –, em que foram feitas modificações importantes no que diz respeito à execução de medidas socioeducativas

Em seguida, expõem-se alguns dados retirados do 7.º Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, publicado em 2013, em que são apresentados os números de atos infracionais cometidos em todo território nacional no ano de 2011. A apresentação desses dados é de extrema relevância visto que a maioria dos argumentos para mudança da legislação aponta como justificativa o aumento dos atos infracionais cometidos por adolescentes. Por isso, cumpre ressaltar que foram registrados 22.077 (número absoluto) atos infracionais – menos de 4% do total de crimes cometidos no mesmo período – importante frisar, 8.415 (38,1%) foram de roubo e 5.863 (26,6%) foram de tráfico de drogas. Portanto, extrai-se que os crimes hediondos não são a maioria dos fatos praticados por adolescentes, pelo contrário: estupro e latrocínio, por exemplo, compõem apenas 2,9% dos atos infracionais registrados em 2011, enquanto que os atos infracionais análogos aos crimes contra o patrimônio (roubo tentado e consumado, furto, estelionato e receptação) e tráfico de drogas correspondem a 72% desse total.

Além disso, cabe desmistificar o argumento de que a taxa de incidência de ato infracional tem aumentado. Grande parte da literatura sobre o tema denuncia que as taxas de incidência de ato infracional têm, na verdade, caído significativamente ao longo do século XX quando em comparação aos crimes cometidos por adultos.

Ainda, são apresentados alguns conceitos indispensáveis para a compreensão do debate: (a) *medida socioeducativa de internação* – medida que priva o adolescente de sua liberdade. O juiz, ao aplicá-la, deve atentar aos princípios da *excepcionalidade e da brevidade* e, também, para os requisitos taxativos constantes no art. 122 do ECA. Essa medida, de acordo com os argumentos que foram apresentados, deve ser aplicada como *ultima ratio*; (b) *sensação de insegurança* – a sensação de ser vítima de um crime diz respeito à dimensão subjetiva da insegurança e não à probabilidade real de ser vítima de um crime; (c) *inimputabilidade vs. impunidade* – há uma confusão entre esses conceitos e o ECA já prevê

medidas, inclusive distintas, para atos praticados com violência ou grave ameaça. Portanto, existe uma responsabilização penal dos inimputáveis e, de maneira alguma, pode-se falar em impunidade; (d) *saúde mental da criança e do adolescente*: as ações dirigidas a crianças e adolescentes no Brasil atravessaram um século de história circunscritas a um ideário de “proteção”, que redundou na construção de um modelo de assistência com forte tendência à institucionalização. A Lei 10.216/2001 – Lei Antimanicomial – veio, ao contrário, contemplar o modelo *humanizador* tendo como diretriz a reformulação do modelo de atenção psicossocial, transferindo o foco do tratamento que se concentrava na instituição hospitalar para uma rede de atenção psicossocial, estruturada em unidades de serviços comunitários e realizados em meio aberto; (e) *periculosidade e exame psiquiátrico*: a noção de periculosidade funda-se na ideia de que o adolescente, em face do seu desajustamento social, tem probabilidade de vir a praticar ato infracional. Tal categoria não permite uma definição clara de sua essência, ou seja, trata-se de categoria extremamente aberta, sem qualquer sentido objetivo. O laudo psiquiátrico constitui-se como um elemento de convicção produzido de forma unilateral, inquisitiva, tomando o adolescente como um objeto de análise.

(ii) Analisa-se, no segundo ponto, a constitucionalidade dos Projetos de Lei. De início, inexistem óbices constitucionais formais quanto à iniciativa, na medida em que a Constituição República, em seu art. 22, inciso I, atribui à União competência privativa para legislar sobre Direito Civil, especial e processual. *Em relação à constitucionalidade material, é importante notar que o conteúdo dos projetos de leis contrariam normas constitucionais de fundo.* Tal incompatibilidade contrasta com o Princípio da Unidade do Ordenamento Jurídico. Em seu aspecto material, portanto, há óbice e ofensa aos Princípios e Fundamentos Constitucionais e ao próprio texto constitucional, quais sejam: Princípio da Legalidade, Princípio da Proporcionalidade e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

(iii e iv) Nesses pontos, o presente parecer comenta todas as sugestões de modificação dos artigos do ECA apresentadas pelo Projeto Substitutivo de autoria do Deputado Federal Carlos Sampaio, bem como pelos demais projetos de lei apensos ao PL 7.197/2002. Diversos são os temas propostos, desde o aumento do tempo máximo de internação do adolescente em conflito com a lei até o recolhimento do adolescente a instituições dotadas de características hospitalares. Acerca de todas as sugestões levantas, observa-se uma única convergência: *graves violações a direitos já conquistados por essa parcela da população no âmbito da Justiça Juvenil.* Nessa seara, têm-se modificações como:

(i) Avaliações psiquiátricas prévias à internação levando em conta a periculosidade do adolescente; a imposição de medida de segurança; e a internação em instituições dotadas de características hospitalares

A noção de periculosidade está indissociavelmente ligada a certo exercício de *futureologia* falsamente chamado científico. As respostas, por intermédios de laudos técnicos, são sempre provisórias, circunstanciais e dependentes do referencial que o perito adotar. Nesse sentido, a internação de adolescentes – principalmente após um laudo

que não prevê contraditório – deve ser feita apenas em circunstâncias excepcionais. Baseando-se, assim, em recomendações da Convenção dos Direitos das Crianças (ONU) e do próprio ECA.

Em relação ao recolhimento dos adolescentes em instituições dotadas de características hospitalares com o objetivo de tratar *transtornos psíquicos*, tem-se a oposição de diversos setores da sociedade, entre eles, o próprio Conselho Federal de Psicologia, uma vez que esse tipo de internação vai de encontro à lógica do próprio Sistema Único de Saúde e das Políticas Públicas de Saúde Mental da Criança e do Adolescente.

Quanto à imposição de *medida de segurança* como se medida socioeducativa fosse, observa-se que há muito esse modelo foi superado, inclusive pela própria Lei 10.216/2001 – lei que institui a reforma psiquiátrica.

(ii) Ampliação do tempo e dos critérios para a aplicação da medida socioeducativa de internação

Os legisladores pretendem, com essa reforma, dar uma resposta à sociedade com o respaldo da Lei dos Crimes Hediondos – Lei 8.072/1990, uma vez que estendem o tempo máximo de internação quando da prática dos crimes classificados como hediondos para oito anos, ignorando o caráter pedagógico que obrigatoriamente deve permear toda a execução da medida socioeducativa. Ademais, não se leva em conta que a Lei 8.072/1990 não reduziu a prática dos crimes que constam nesse rol, tampouco teve impacto positivo nos índices de criminalidade e, ainda, agravou o problema da superpopulação carcerária. Muitas são as contradições apresentadas pelo projeto substitutivo, referidas, exaustivamente, ao longo do parecer.

(v) Audiências públicas realizadas em diversas cidades do Brasil

Com a finalidade de ouvir especialistas no tema e profissionais atuantes no Sistema de Justiça Juvenil, foram realizadas Audiências Públicas em diversas cidades do país. Analisando-se a íntegra de tais debates, verifica-se que a grande maioria das intervenções foram no sentido contrário ao da necessidade de aprovação do Projeto de Lei 7.197/2002 e seus apensos. Todos os profissionais que participaram dessas audiências afirmaram a necessidade de implementar efetivamente as regras já existentes, principalmente do ECA e da Lei do Sinase. Desse modo, a maioria dos atores ouvidos converge em entender que o enrijecimento da privação de liberdade de adolescentes não solucionará o problema da criminalidade no país, podendo, até mesmo, causar o efeito inverso do esperado. Ademais, argumentam que o aumento do tempo de internação como resposta à sociedade mal informada é temerário, podendo gerar efeitos nefastos.

Conclusão

Ante todos os argumentos expostos, o Pipa, em parceria com as entidades já mencionadas, manifestou-se pela *rejeição integral* do Projeto de Lei 7.197/2002, na forma do seu substitutivo apresentado pelo Deputado Federal Carlos Sampaio e pela rejeição de *todos* os apensos.

Referências

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 158 – sem grifo no original.
- BARATTA, Alessandro. *Princípios do direito penal mínimo*: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. Trad. Francisco Bissoli Filho. Florianópolis, 2003, p. 6.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 50-51.
- BRASIL. Decreto 17.943-A, de 12 de outubro de 1927. *Código de Menores*. Discorre da consolidação das leis de assistência e proteção aos menores. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Rio de Janeiro, 1927.
- _____. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o *Estatuto da Criança e do Adolescente*. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, ano 169, p.1353, 16.07.1990.
- _____. Lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Institui o *Sistema nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase)*, regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, ano 191, p. 3, 19.07.2012.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 7.º Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Publicado em 2013.
- LOPES JR., Aury. A (im)prestabilidade jurídica dos laudos técnicos na execução

penal. *Boletim do IBCCRIM*, n. 123, fev. 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre os Direitos da Criança. 20 de novembro de 1989.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Relatório sobre a saúde no mundo: Saúde mental: nova concepção, nova esperança. Lisboa: OMS, 2001. In: Ministério Público Federal, Procuradoria federal dos Direitos do Cidadão. Parecer sobre Medidas de Segurança e Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico sob a Perspectiva da Lei 10.216/2001. Brasília- DF, 2011.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Fundamentos*. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 1997, t.I, p. 169.

SANTOS, Marcio Antonio Cabral dos. *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2006.

Notas:

- (1) Esse Programa é formado por quatro eixos: o Programa de Prestação de Serviços à Comunidade (PPSC), da Faculdade de Educação, o Grupo G10 do Serviço de Assessoria Jurídica universitária (Saju), da Faculdade de Direito, o Grupo de Extensão em Psicologia, Estação PSI, do Instituto de Psicologia e o Coletivo Fila. A perspectiva interdepartamental e interdisciplinar busca potencializar ações que enfrentam as lógicas que tendem ao isolamento de áreas e disciplinas na formação. As equipes formadas por estudantes, docentes e técnicos desenvolvem o exercício de diferentes profissões num trabalho coletivo e interdisciplinar nas práticas com adolescentes em conflito com a lei. A extensão é um dispositivo de análise crítica e ética da formação, promovendo o ensino e a pesquisa na interação com a comunidade na rede de políticas públicas de Porto Alegre.
- (2) Rede Nacional de Defesa do Adolescente em Conflito com a Lei, Conectas Direitos Humanos, Instituto Braços, Comissão de Direitos Humanos Sobral Pinto e Comissão Especial da Criança e do Adolescente, ambas da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Rio Grande do Sul, Associação Nacional de Direitos Humanos – Pesquisa e Pós-graduação (ANDHEP) e Justiça Global.
- (3) Projeto de Lei 7.197/2002 e todos os seus apensos, quais sejam: Projetos de Lei 1.938/1999, 2.511/2000, 5.673/2009, 7.391/2010, 345/2011, 346/2011, 347/2011, 348/2011, 1.035/2011, 1.052/2011, 1.895/2011, 3.503/2012, 3.680/2012, 3.844/2012, 5.425/2013, 5.454/2013, 5.524/2013, 5.561/2013, 6.090/2013; e do projeto de lei substitutivo apresentado pelo Deputado Federal Carlos Sampaio (PSDB/SP).
- (4) Pode-se acessar o parecer na íntegra através do site do IBCCRIM.

Ana Paula Motta Costa

Presidente do Grupo de Trabalho Infância e Juventude do IBCCRIM.

Alex Vidal

Colaborador do Pipa - UFRGS.

Ana Claudia Cifali

Colaboradora do Pipa - UFRGS.

Daniela Dora Eilberg

Colaboradora do Pipa - UFRGS.

Eduardo Gutierrez

Colaborador do Pipa - UFRGS.

Emilia Merlini Giuliani

Colaboradora do Pipa - UFRGS.

Guilherme Dornelles

Colaborador do Pipa - UFRGS.

Karine Szuchman

Colaboradora do Pipa - UFRGS.

Marco Germano
Colaborador do Pipa - UFRGS.

Roberta da Silveira Pamplona
Colaboradora do Pipa - UFRGS.

Mariana Chies Santiago Santos
Colaboradora do Pipa - UFRGS.

Samantha Luchese
Colaboradora do Pipa - UFRGS.

Lei Anticorrupção: balanço de um semestre de muitos desacertos

Luciano Anderson de Souza

o *Boletim IBCCRIM* n. 256, tivemos oportunidade de tecer considerações preliminares⁽¹⁾ acerca da Lei Federal 12.846/2013, que entrou em vigor ao final de janeiro do corrente ano. Sucintamente, embora enaltecendo a louvável iniciativa de busca por cerceamento da corrupção em sentido amplo por mecanismos mais modernos e efetivos, prevaleceu o tom crítico analítico diante de graves falhas técnicas da norma federal citada. Lamentavelmente, decorrido quase um semestre de vigência do diploma em foco, as dificuldades, no geral, agudizaram-se, o que enseja um repensar de caminho a seguir. Para tanto, insta observar, quanto ao temário, a realidade federal, bem como, pela importância econômica e demográfica, os contextos estadual paulista e municipal paulistano.

Em primeiro lugar, como não houve qualquer alteração da lei federal, todas as dificuldades anteriormente apontadas permanecem, como a falta de previsão de um mecanismo de delação premiada⁽²⁾ – apenas insinuado pelo diploma –; a de sobreposição de responsabilidades no caso de ação de improbidade administrativa⁽³⁾ ou de procedimentos administrativos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), do Ministério da Justiça ou do Ministério da Fazenda; de ausência de parâmetros claros e seguros de aplicação de sanções, além de um procedimento apuratório detalhado e fixo, entre outras importantes questões. Quase seis meses após a entrada em vigor da legislação de cunho nacional, todavia, absurdamente, não houve ainda a edição do decreto federal regulamentador, o que gera insegurança e verdadeira confusão, eis que, além da inaplicabilidade da Lei Anticorrupção no âmbito da União, diversos Estados e municípios têm promulgado seus decretos sem poder se espelhar naquele que deveria ser a referência para todos, fomentando-se ainda mais problemas.

No plano estadual de São Paulo, infelizmente, promulgou-se decreto (Decreto Estadual 60.106/2014) omissivo e de péssima qualidade, que parece apenas ter a preocupação de procurar demonstrar presteza na edição da regulamentação, não ocorrida em âmbito nacional. Em síntese, o decreto paulista mantém as deficiências da legislação federal, criando, ademais, diversas outras dificuldades.

Preliminarmente, como bem apontado por **Greco Filho e Rassi**,⁽⁴⁾ a norma paulista contém inconstitucionalidade fruto de vergonhoso desconhecimento técnico-jurídico, consistente na atribuição de apuração e julgamento de ilícito administrativo a entidades da administração indireta, olvidando-se que empresas públicas⁽⁵⁾ e sociedades de economia mista⁽⁶⁾ são entes de direito privado. Desse modo, estas entidades não podem punir administrativamente quem quer que seja. Ao revés, podem, isto sim, ser imputadas por irregularidades atreladas a corrupção e fraudes em licitações.

Ainda, na esteira da lei federal, o decreto paulista possibilita que a apuração se dê por número par de servidores (§ 1.º do art. 3.º), não resolvendo qual seria a solução quando de divergências entre eles. O

procedimento previsto é, ademais, de pobreza franciscana, podendo inclusive ser realizado no órgão suspeito de ter sido o corrompido. Além disso, não possui maiores parâmetros sancionatórios, o que dá lastro ao arbítrio. Como na legislação federal, não são previstas regras de *compliance* ou mecanismos de delação. O acordo de leniência, a seu turno, recebe previsão apenas genérica e repete a infantilidade federal que exige ser a pessoa jurídica a primeira a se manifestar a respeito, como se aquele fosse simples concessão do Estado.

O decreto regulamentador municipal de São Paulo (Decreto 55.107, de 13.05.2014), por sua vez, embora também com certas deficiências, é significativamente superior ao decreto estadual referido. Ainda que premido por uma lei federal omissiva e contraditória, detém inúmeros pontos positivos, a serem destacados, e que podem, quem sabe, influenciar a elaboração do decreto federal.⁽⁷⁾

Inicialmente, o regramento paulistano fixa a atribuição exclusiva da Controladoria-Geral do Município para a devida apuração dos fatos (o que a norma estadual deveria ter feito em relação à Corregedoria-Geral da Administração), fator que empresta segurança, padronização e racionalidade aos procedimentos, concentrando-os num órgão com vocação para tanto. Ainda, a norma municipal estabelece número ímpar (três, conforme o art. 4.º do Decreto) de servidores estáveis para a composição da comissão processante, o que seria o óbvio não fossem as surpreendentes legislações federal e decreto estadual anteriormente referidos. Também de modo pertinente, com escora num dos poucos pontos positivos da Lei 12.846/2013, estabelece-se o prazo máximo de 180 dias para finalização do procedimento. Embora prorrogável, desde que motivadamente, isso vincula a comissão processante, sendo extremamente positivo com vistas à efetividade e ao controle.

Ademais, também na esfera municipal, prevê-se um procedimento detalhado, de fato assegurador do contraditório e da ampla defesa, o que, por sua concretude, tende a evitar questionamentos judiciais durante seu trâmite. Há, outrossim, referência à *compliance* e seus consectários (art. 24), o que pode estimular as empresas à sua efetiva adoção e não apenas consecução de algo formal com vistas a uma eventual atenuação de pena em caso de serem surpreendidas perpetrando o ilícito. Neste aspecto, todavia, faltam detalhes sobre o teor mínimo dos programas de conformidade, o que deveria ter sido apontado já pela esfera federal, sendo isso o oposto ao que se viu, por exemplo, na experiência inglesa subsequente ao *Bribery Act*, de 2010, considerada a mais severa legislação anticorrupção do mundo.⁽⁸⁾

De maneira perspicaz em direção ao atendimento do interesse público, ao contrário da norma estadual, a municipal estabelece, ainda, a possibilidade de socorro ao Ministério Público para fins de se assegurar a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano. Por fim, nota-

se que o decreto paulistano prevê maior detalhamento na aplicação das sanções, bem como sejam oficiados os organismos competentes caso as infrações perpassem a esfera da municipalidade (art. 35), não se apequenando a interesses imediatos da cidade de São Paulo.

De todo modo, apesar da superioridade da disciplina municipal paulistana em face da estadual citada ou à omissão federal, fato é que seu alcance é limitado. Frise-se que a legislação federal é deficiente e não obsta disparidades regionais, como se vê pelo comparativo trazido. Procedimento detalhado, parâmetros para o acordo de leniência e para regras de *compliance*, fim de sobreposição de apuratórios e maior participação do Ministério Público na apuração ou celebração dos acordos são caminhos a seguir numa já infelizmente necessária reforma legislativa de algo que mal se iniciou. Esse é o preço diuturno que se paga pela falta de diálogo governamental com a sociedade na elaboração de leis.

Notas:

- (1) SOUZA, Luciano Anderson de. Lei Anticorrupção: avanços e desafios. *Boletim IBCCRIM* n. 256, p. 4-5, mar. 2014.
- (2) Já que a legislação foi editada sob influxo de compromissos internacionais, seria natural a adoção de mecanismos de *whistleblowing* previstos alhures. A respeito, cf. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: una aproximación desde el derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, *passim*.

- (3) Meio, aliás, bastante eficiente de repressão à corrupção, o qual poderia ser aperfeiçoado. Inclusive, a participação do *Parquet* no acordo de leniência, o qual, uma vez celebrado, geraria efeitos tanto no processo administrativo como na ação de improbidade, seria uma primeira ideia a ser desenvolvida.
- (4) GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Decreto Estadual Anticorrupção contém inconstitucionalidade. Disponível em: <<http://www.blogs.estadao.com.br/fausto-macedo/decreto-estadual-anticorrupcao-contem-inconstitucionalidade/>>. Consulta realizada em: 27 maio 2014.
- (5) É a hipótese, em São Paulo, *e.g.*, da Companhia Paulista de Eventos e Turismo – CPETUR.
- (6) No âmbito do Estado de São Paulo, é o caso da Prodesp, da CDHU, do Metrô e da Dersa, entre outras.
- (7) Prometido para o início do ano, mas de prazo incerto. Forçoso observar que o governo não promoveu até o presente momento qualquer debate em torno do assunto.
- (8) BRESLIN, Brigid; EZICKSON, Doron; KOCORAS. The Bribery Act 2010: raising the bar above US Foreign Corrupt Practices Act. *The company Lawyer*, issue 11, 2010, p. 362.

Luciano Anderson de Souza

Professor doutor de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).
Advogado.

Criminalizar o terrorismo no Brasil? Reflexões acerca do PLS 499/2013

Adriano Teixeira

1. Considerações iniciais

Que o legislador brasileiro tem cultivado com destacado afã o costume de produzir leis penais, não é novidade. Além de (desastrosamente) pretender reformar todo o Código Penal Brasileiro (PLS 236/2012), o Congresso Nacional não hesita em projetar leis penais esparsas, não raro para criar novos tipos penais. Dois recentes exemplos provenientes do Senado Federal merecem atenção: o PLS 508/2013, que tipifica o crime de “vandalismo” e o PLS 499/2013, que tipifica o crime de “terrorismo”.

No primeiro projeto, de iniciativa do Senador Armando Monteiro (PTB-PE), propunha-se a introdução do crime, punível com reclusão de quatro a doze anos, de “promover ou participar de atos coletivos de destruição, dano ou incêndio em imóveis públicos ou particulares, equipamentos urbanos, instalações de meios de transporte de passageiros, veículos e monumentos, mediante violência ou ameaça, por qualquer motivo ou a qualquer título”. Contudo, em parecer emitido no âmbito da Comissão de Constituição de Justiça, o Senador Pedro Taques (PDT-MT) considerou o tipo penal proposto demasiado amplo e tendente a restringir o direito de livre manifestação e de reunião. Assim, propôs um Substitutivo, em que se prevê o “aumento de pena para crimes já existentes, caso eles sejam cometidos no contexto de vandalismo, além de prever uma circunstância agravante para o caso de uso de máscaras”.

Embora as alterações legislativas propostas no Substitutivo ao PLS 508/2013 não devam ser desprezadas, posto que problemáticas,⁽¹⁾ seu potencial impacto prático é consideravelmente menor do que o decorrente da eventual aprovação do PLS 499/2013, a já conhecida “Lei Antiterrorismo”, uma vez que esta introduz no ordenamento jurídico brasileiro novas condutas puníveis, cominando-lhes penas bastante altas. Em razão disso, as reflexões que seguem serão dedicadas à análise do PLS 499/2013. Antes, todavia, de adentrar nas proposições do projeto,

faz-se necessário tecer algumas considerações acerca da necessidade e das dificuldades de criminalização de atos terroristas.

2. Criminalização e conceito de terrorismo

Sobretudo após o atentado contra as torres gêmeas de Manhattan em 11 de setembro 2001 e ao atentado de 11 de março de 2004 em Madrid, governos ao redor do globo, mas principalmente os governos das nações europeias, lançaram um olhar sobre as próprias legislações e verificaram que o aparato normativo de que dispunham não era suficiente para enfrentar a então assustadora ameaça terrorista. Em decorrência desse diagnóstico, de lá para cá muitos países, impulsionados por órgãos internacionais,⁽²⁾ empenham-se em criar leis que visem a combater o terrorismo. O Brasil, no entanto, apenas tardiamente tomou parte nesse fluxo legislativo: por meio do Projeto apresentado pelo Senador Aloysio Nunes (PLS 762/2011), seguido pelo Projeto do Deputado Walter Feldman (PSB-SP) (PL 4.674/2012). Essa reação tardia é de todo modo compreensível, posto que ataques terroristas do quilate daqueles que ocorreram nos EUA, na Europa ou no Oriente Médio até hoje não se viram por aqui. No entanto, após a avalanche de manifestações populares ocorridas em junho por todo o Brasil, que se estende até o presente momento, foi apresentado o Projeto de Lei do Senado 449/2013, oriundo de reunião de Comissão Mista criada por ato Conjunto dos Presidentes do Senado e da Câmara dos Deputados. Membros do Congresso Nacional, além de parte da mídia, temem que eventuais abusos por parte dos manifestantes resem impunes. Por outro lado, na justificativa oficial do projeto, refere-se que a Constituição faz menção ao crime de terrorismo, considerando-o inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 5.º, XLIII, da CF). Aponta-se ainda para a circunstância de que atos terroristas já estão sob ameaça de pena via Lei de Segurança Nacional (art. 20 da Lei 7.170/1983), sem contudo nela constar uma definição de o que seja ato terrorista.

Primeiramente, é preciso dizer que o temor de que eventuais danos ou lesões praticadas no bojo das manifestações não sejam puníveis devido a

uma lacuna legal de punibilidade é infundado. Se condutas criminosas vierem a ser praticadas e não forem punidas, tal não ocorrerá por falta de lei. Para caso de morte, lesão, coação ou vandalismo, já existem os tipos de homicídio e suas formas qualificadas (art. 121 do CP, *caput* e § 2.º), de lesão corporal (art. 129 e parágrafos), de constrangimento ilegal (art. 146 do CP) e de dano e suas qualificações (art. 163 do CP, *caput* e parágrafo único). Caso, em realidade, a preocupação seja com a punição dessas condutas cometidas em conjunto no mesmo ato ou em ato contínuo, as rigorosas⁽³⁾ regras do concurso material de crimes (art. 69 do CP) ou do concurso formal impróprio (art. 70, *caput*, segunda parte) permitem a aplicação de penas bem altas. Logo, a introdução *imediate* de novos tipos penais mostra-se desnecessária, de modo que a aprovação do PLS 499 não reclama nenhuma urgência ou pressa, mas, pelo contrário, muita cautela, como se mostrará adiante.

Contudo, isso não quer dizer que, *em tese*, seja descabida a introdução de um tipo penal que apreenda um injusto específico do terrorismo. O Código Penal conhece crimes que representam a reunião de condutas já puníveis individualmente. É o caso do roubo (art. 157 do CP), que nada mais é do que uma unidade composta por um furto (art. 155 do CP) e um constrangimento ilegal (art. 146 do CP). Creio que ninguém até hoje (nem mesmo um anarquista radical), pôs em questão a legitimidade da criminalização do roubo. Deve-se colocar a questão, portanto, se um ato terrorista representa um injusto específico, digno de ser tipificado como um delito autônomo. Há quem diga que os atos comumente chamados de terroristas nada mais são do que crimes “normais”, apenas praticados por motivações políticas. Por outro lado, há uma forte tendência de considerar que o terrorismo é algo especial, que encarna um injusto singular. Acredito que esta última posição seja a correta, como já expus em outro estudo.⁽⁴⁾ No entanto, essa intuição encerra outra pergunta: o que é especial, o que é mau no terrorismo? Ou: o que é terrorismo? Sobre essa tormentosa questão (ou questões) tem se debruçado recentemente a filosofia política, sem que, todavia, se tenha alcançado um consenso. Um grande penalista norte-americano chegou a classificar o conceito de terrorismo como “indefinível”.⁽⁵⁾

É bem verdade que, quando nos deparamos com eventos como o ataque às torres gêmeas em Manhattan ou os atentados a bomba ocorridos em 11 de março de 2004 em Madrid, não hesitamos em classificá-los como atos terroristas. No entanto, abundam casos cuja caracterização como terroristas permanece extremamente controversa. Discute-se, por exemplo, se o bombardeio a Hiroshima e Nigasaki ao fim da Segunda Guerra Mundial ou o ataque suicida ao quartel dos fuzileiros navais americanos no aeroporto de Beirute, em 1983, podem ser considerados atos terroristas. Debate-se, ainda, se sequer é possível falar de terrorismo estatal ou cyberterrorismo. Certo, todavia, é que, por ser uma palavra dotada de uma forte carga negativa, costuma-se fazer do termo terrorismo um uso estratégico, no mais das vezes político. A estratégia é desqualificar o adversário a ser combatido: terroristas são sempre os outros, os maus. Assim, põe-se o foco não na qualidade da ação que possa vir a distinguir o ato terrorista dos demais crimes e sim na qualidade do agente. Por isso, lê-se com frequência o bordão: “o guerreiro libertador de hoje é o terrorista de amanhã”, em franca alusão a Osama Bin Laden, que, embora (com razão!) seja considerado o grande terrorista da modernidade, quando apoiado pelos EUA na luta do Talibã contra os russos no Afeganistão não era assim qualificado.⁽⁶⁾

Em outro espaço,⁽⁷⁾ procurei demonstrar com mais detalhes que o terrorismo deve ser apreendido como uma estratégia bifocal, um *modus*

operandi, que pode ser levado a cabo por qualquer agente (estatal ou não estatal, de direita ou de esquerda, contra ou a favor do *status quo* e por qualquer motivo),⁽⁸⁾ e que consiste no ataque doloso a vítimas *diretas* como *meio* (ou seja, com a intenção) de coagir ou amedrontar vítimas *indiretas*. Logo, o terrorismo consiste estruturalmente em uma *estratégia indireta*, em que a intervenção psicológica sobre a vítima mediata ocorre *através* da agressão à vítima imediata.⁽⁹⁾ Além disso, típico da ação terrorista é seu caráter insidioso. Uma das razões que explicam por que o terrorismo é visto com tanta repugnância liga-se ao fato de que a ação concreta é, no mais das vezes, imprevisível,⁽¹⁰⁾ e de que a vítima é surpreendida quando, por exemplo, está a desempenhar suas atividades cotidianas.⁽¹¹⁾ Um outro elemento típico do ato terrorista é a *publicidade* do fato.⁽¹²⁾ É inconcebível pensar que um terrorista decida por deixar o fato por ele praticado às escuras.⁽¹³⁾ Esses elementos combinados acabam por tornar o terrorismo um fenômeno singular e toda tentativa de apreendê-lo numa definição há de levá-los em conta.

Portanto, diante dessa indefinição conceitual e do uso tendencioso, político, do termo, é preciso cuidado redobrado quando se quer criminalizar o terrorismo,⁽¹⁴⁾ o que é, aliás, reconhecido na justificativa do PLS 499/2013. No entanto, essa preocupação exposta na justificativa não se refletiu nas proposições do projeto, como se verá a seguir.

3.0 PLS 499/2013

Ao contrário do Projeto apresentado pelo Senador Aloysio Nunes (PLS 761/2011),⁽¹⁵⁾ a atual versão do PLS 449/2013, por um lado, acerta ao tentar definir o terrorismo focalizando apenas a ação, deixando de fora do conceito (e, portanto, do tipo) a motivação do ato. Se já no âmbito da filosofia é de se preferir um conceito que descreva a essência da ação terrorista, com muito mais razão deve fazê-lo uma definição que se presta a compor um tipo penal. Diz o art. 2.º do PLS 499/2013: “*Provocar ou infundir terror ou pânico generalizado mediante ofensa ou tentativa de ofensa à vida ou integridade física ou à privação da liberdade de pessoa. Pena – reclusão, de 15 (quinze) a 30 (trinta) anos*”. Por outro lado, o fato de o tipo não exigir a intenção de provocar ou infundir terror ou pânico deixa-o por demais indeterminado e, portanto, problemático do ponto de vista do princípio da legalidade. Imagine-se a seguinte situação, plenamente possível de ocorrer no Brasil: após um jogo de futebol, no meio da multidão que deixa o estádio, um torcedor agride outro torcedor do time adversário, que de pronto reage; inicia-se uma briga, que se alastra, causando pânico generalizado entre os demais torcedores, que tentam voltar para casa. Esse primeiro torcedor não realizaria o tipo do art. 2.º?

À parte dos problemas do art. 2.º, são os demais dispositivos da proposta legislativa que a tornam especialmente problemática. O legislador adota uma estratégia comum de combate ao terrorismo no plano legislativo, que é criminalizar atos preparatórios, normalmente impuníveis, ou acessórios do crime principal relativo ao ato terrorista.⁽¹⁶⁾ O PLS 499/2013 não somente segue essa tendência, mas a radicaliza.

Por exemplo, no crime intitulado “financiamento do terrorismo” (art. 3.º), comina-se a *mesma pena* do crime principal do art. 2.º para a conduta de “*oferecer, obter, guardar, manter em depósito, investir ou contribuir de qualquer modo para a obtenção de ativo, bem ou recurso financeiro com a finalidade de financiar, custear ou promover prática de terrorismo, ainda que os atos relativos a este não venham a ser executados*” (destaques meus). Além de punir um ato preparatório com a mesma pena do ato principal, esse dispositivo, que, ao prescindir da realização ou até mesmo da criação do risco do resultado, constrói um delito que se costuma denominar mera conduta, retira a possibilidade de desistência voluntária ou arrependimento eficaz (art. 15 do CP) daquele que contribui com o delito (principal) em sua fase de preparação, ao passo que ao agente que inicia a execução do crime do art. 2.º resta a possibilidade de desistir e livrar-se da punição. Além disso, com um tipo penal dessa amplitude (note-se que não se trata apenas de financiamento em sentido estrito, já que no tipo incluem-se os termos

Certo, todavia, é que, por ser uma palavra dotada de uma forte carga negativa, costuma-se fazer do termo terrorismo um uso estratégico, no mais das vezes político. A estratégia é desqualificar o adversário a ser combatido: terroristas são sempre os outros, os maus.

“bem” e “promover”), quer-se provavelmente legitimar condenações desproporcionais, como a ocorrida no Rio de Janeiro com o jovem Rafael Braga Vieira que, no âmbito das manifestações de junho de 2013, teria sido “flagrado com coquetel molotov” ao portar detergente e água sanitária e, por isso, foi condenado a cinco anos de pena privativa de liberdade em regime fechado pela prática do crime de porte de artefato explosivo (art. 16, parágrafo único, inciso III, da Lei 10.826/2013).⁽¹⁷⁾ Este caso reforça a ideia supraexposta de que lacuna de punibilidade, de fato, não há.

Outro dispositivo problemático diz respeito ao “favorecimento pessoal no terrorismo” (art. 6.º), que pune a seguinte a conduta: “Dar abrigo ou guarida a pessoa de quem se saiba tenha praticado ou esteja por praticar crime de terrorismo. Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos”. Exclui-se a punibilidade do agente que for “ascendente ou descendente em primeiro grau, cônjuge, companheiro estável da pessoa abrigada ou recebida”. A par do mau português e do problema geral de legitimidade da antecipação da punibilidade, a punição – três a oito anos – do comportamento descrito na primeira parte do dispositivo mostra-se desproporcional. Neste caso, como o tipo compreende uma conduta (alheia!) realizada após a execução do crime principal, o que se quer proteger não é mais a vítima do ato terrorista e sim a operacionalização da persecução criminal. Esse crime seria uma forma qualificada do delito de favorecimento pessoal (art. 348 do CP: “Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão”), classificado como crime contra a administração da justiça, cuja pena cominada é detenção de um a seis meses, e multa. Note-se a imensa desproporção entre as penas do delito base e do delito qualificado, embora ambos protetores do mesmo bem jurídico.

4. Conclusão

A conclusão a que se chega após a análise das intenções e do conteúdo do PLS 499/2013 é simples: sua aprovação em curto prazo é *desnecessária*, e seria, tendo em vista os dispositivos nele contidos, *perniciosa* para os direitos dos cidadãos brasileiros.

Não se quer aqui dizer que o Brasil deva dar de ombros ao problema do terrorismo. É legítimo e necessário que o país almeje equipar-se de um aparato legislativo que ofereça respostas para esse fenômeno. Contudo, o projeto de lei que o Congresso Nacional ora nos apresenta está longe de ser um instrumento idôneo para essa tarefa. De qualquer modo, a discussão tem que continuar.

Notas:

- (1) Sobre isso, ver o parecer elaborado por **Taffarello** para a organização Conectas Direitos Humanos: Disponível em: <http://conectas.org.br/arquivos/editor/files/parecer%20t%C3%A9cnico_PLS%20508%202013_com%20sugest%C3%B5es%20incorporadas.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2014.
- (2) Cf., por exemplo, as resoluções emitidas pelo Conselho de Segurança da ONU e do Conselho Europeu, respectivamente, disponível em: <[\[www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/282\]\(http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/282\)>, acesso em: 2 jun. 2014, e <<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/196.htm>>, acesso em: 31 maio 2014.

 - \(3\) Rigorosas, se comparadas ao tratamento legal do tema, por exemplo, na Alemanha, que não conhece o princípio da acumulação de penas \(§§ 52 – 55, StGB= Código Penal alemão\).
 - \(4\) TEIXEIRA. Was ist Böse am Terrorismus? *Zeitschrift für Rechtsphilosophie*, 2/2013, p. 57-56, versão em português a ser publicada brevemente.
 - \(5\) FLETCHER. *Journal of International Criminal Justice*, 2006, p. 894 e ss.,
 - \(6\) LAQUEUR. *Terrorismus: Die globale Herausforderung*, 1987, p. 14-15; MEGGLE. Was ist Terrorismus? In: KRONFELD-GOHARANI \(Org.\). *Friedensbedrohung Terrorismus – Ursache, Folgen und Gegenstrategien*, 2005, p. 18.
 - \(7\) TEIXEIRA, *op. et loc. cit.*
 - \(8\) A motivação \(não a finalidade imediata, que, esta sim, pertence ao conceito de terrorismo, como se vê no texto\) do ato terrorista pode importar para sua eventual justificação em circunstâncias especiais. Isso, também algo bastante discutido na filosofia moral e política nos últimos tempos, é, no entanto, outra questão, que não se confunde com o problema do conceito de terrorismo.
 - \(9\) Assim PRIMORATZ. *Terrorism: A Philosophical Investigation*, 2013, p. 15; STEINHOFF. *Zur Ethik des Krieges und des Terrorismus*, 2011, p. 120.
 - \(10\) Cf. HABERMAS. In: BORRADORI \(Hrsg.\). *Philosophie in Zeiten des Terrors*, S. 53: “Certamente, a indeterminabilidade do risco pertence à essência do terrorismo” \(Gewiss, die Unbestimmbarkeit des Risikos gehört zum Wesen des Terrorismus\), tradução livre.
 - \(11\) WALDRON. *Torture, Terror, and Trade-Offs – Philosophy for the White House*, 2010, p. 81.
 - \(12\) HOFFMAN. *Terrorismus: Der unerklärte Krieg: Neue Gefahren politischer Gewalt*, 2008, p. 80.
 - \(13\) BAIER. *Violent Demonstrations*. In: FREY/MORRIS \(Hrsg.\). *Violence, terrorism, and justice*, 1991, p. 33.
 - \(14\) Nesse sentido, com outras referências: YAROCHEWSKY. É preciso separar terrorismo, vandalismo e manifestação, artigo publicado no site Consultor Jurídico, acessível em <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-19/leonardo-yarochewsky-preciso-separar-terrorismo-vandalismo-manifestacao>>. Acesso em: 3 jun. 2014.
 - \(15\) O art. 2.º desse Projeto trazia a seguinte definição de terrorismo: “Provocar ou infundir terror ou pânico generalizado mediante ofensa à integridade física ou privação da liberdade de pessoa, por motivo ideológico, religioso, político ou de preconceito racial, étnico, homofóbico ou xenofóbico”.
 - \(16\) Essa estratégia foi, inclusive, objeto de uma resolução do Conselho Europeu, de 2005, acessível em <<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/196.htm>>, acesso em: 31 maio 2014. Sobre essa situação, criticamente, por exemplo, na Espanha ver CANO PAÑOS. *ZStW* 2012, p. 1123 e ss; nos países escandinavos HusabØ, *ZStW* 2012, p. 1165-1666; na Alemanha, RADTKE, *ZIS* 9/2008, p. 387.
 - \(17\) As peças processuais desse feito, incluindo a sentença e interposição de recurso, podem ser acessadas em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2013.001.185124-5&acessoIP=internet&tipoUsuario>>, acesso em: 3 jun. 2014.](http://</div><div data-bbox=)

Adriano Teixeira

LL.M, doutorando na Universidade
Ludwig Maximilian, de Munique.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

COORDENADOR-CHEFE: Rogério Fernando Taffarello

COORDENADORES ADJUNTOS: Cecília de Souza Santos, José Carlos Abissamra Filho e Matheus Silveira Pupo.

CONSELHO EDITORIAL:

Acacio Miranda da Silva Filho, Alberto Alonso Muñoz, Alexandre Pacheco Martins, Alexandre Soares Ferreira, Anderson Bezerra Lopes, André Azevedo, André Ricardo Godoy de Souza, André Pires de Andrade Kehdi, Andrea Cristina D'Angelo, Antonio Baptista Gonçalves, Átila Pimenta Coelho Machado, Bruno Salles Pereira Ribeiro, Bruno Redondo, Caroline Braun, Cecília de Souza Santos, Cecília Tripodi, Cláudia Barrilari, Christiany Pegorari, Conrado Almeida Corrêa Gontijo, Daniel Allan Burg, Daniel Del Cid, Daniel Kignel, Danilo Dias Ticami, Danyelle da Silva Galvão, Dayane Fanti, Décio Franco David, Douglas Lima Goulart, Eduardo Augusto Paglione, Edson Roberto Baptista de Oliveira, Eleonora Rangel Nacif, Fabiana Zanatta Viana, Felipe Mello de Almeida, Fernanda Carolina de Araújo, Fernanda Regina Vilares, Fernando Gardinali, Flávia Guimarães Leardini, Gabriel Huberman Tyles,

Guilherme Lobo Marchioni, Hugo Leonardo, Ilana Martins Luz, Jacqueline do Prado Valles, Jamil Chaim Alves, José Carlos Abissamra Filho, José Roberto Coelho de Almeida Akutsu, Karlis Mirra Novickis, Larissa Palermo Frade, Leopoldo Stefanino Gonçalves Leone Louveira, Marcel Figueiredo Gonçalves, Marco Aurélio Florêncio Filho, Maria Carolina de Moraes Ferreira, Maria Jamile José, Mariana Chamelette, Matheus Silveira Pupo, Milene Maurício, Octavio Augusto da Silva Orzari, Paola Martins Forzenigo, Pedro Augusto de Padua Fleury, Pedro Beretta, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Rafael Fecury Nogueira, Rafael Lira, Rafael Tiago da Silva, Renato Stanzola Vieira, Ricardo Caiado Lima, Rodrigo Nascimento Dall'Acqua, Sérgio Salomão Shecaira, Taísa Fagundes, Tatiana de Oliveira Stoco, Thais Paes, Theodoro Balducci de Oliveira e Vinícius Lapetina.

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Bruna Torres Caldeira Brant, Bruno Maurício, Cássio Rebouças de Moraes, Giancarlo Silkunas Vay, Greyce Tisaka, Guilherme Sugimori Santos, José Carlos Abissamra Filho, Leopoldo Stefanino Leone Louveira, Mariana Helena Kapor Drumond,

Matheus Silveira Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Maurício, Paula Mamede, Renato Watanabe de Moraes, Roberta Werlang Coelho Beck, Sâmia Zattar, Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva e Vivian Peres da Silva.

PROJETO GRÁFICO: Lili Lungarezi - lililungarezi@gmail.com

PRODUÇÃO GRÁFICA: Editora Planmark - Tel.: (11) 2061-2797
planmark@editoraplanmark.com.br

Impressão: Ativaonline - Tel.: (11) 3340-3344

O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas. O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não representa necessariamente a opinião deste Instituto.
Tiragem: 11.000 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar, CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave)
www.ibccrim.org.br

O direito ao silêncio e a decisão do STJ no HC 251.132

Hélio Rubens Brasil

Recentemente, a 5.^a Turma do STJ prolatou acórdão no HC 251.132, no qual se discutia se a instalação de gravador atrás de vaso sanitário situado no acesso às celas de um presídio comprometeria ou violaria direitos individuais dos presos.

O principal argumento do *Habeas Corpus* impetrado pela Defensoria Pública era de que a instalação de um gravador na caixa de descarga do vaso sanitário localizado no acesso às celas em que os acusados estavam presos preventivamente seria grave violação da intimidade e privacidade.

Argumentou-se ainda que a escuta ambiental violou o direito ao silêncio dos réus, pois eles teriam sido colocados propositadamente em celas próximas para que conversassem sobre os fatos investigados e, assim, confessassem a prática do crime.

Apontou, por fim, que *“as escutas foram plantadas na residência dos acusados, já que o domicílio civil do preso é o local em que estiver cumprindo pena”*.

A ordem foi negada por unanimidade sob argumentos que, a nosso sentir, não se coadunam com um Estado Democrático de Direito, pois maculam os direitos individuais mais básicos estabelecidos na Constituição de 1988, bem como no Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário.

Extrai-se da fundamentação do julgado que: *“inviável proteger ilimitadamente a liberdade individual em prejuízo dos interesses da sociedade”*.

Em que pese o entendimento esposado por aquele respeitável Colegiado, deve-se atentar para o fato de que o legislador constituinte, ao introduzir os direitos e garantias fundamentais como cláusulas pétreas no art. 5.^º da Constituição, fez uma opção política, elegendo o indivíduo como destinatário principal e prioritário de todo o ordenamento pátrio, transmutando um Estado Autoritário em um Estado de Direitos.

Nesse diapasão, todo e qualquer desrespeito a direito fundamental ofende os princípios norteadores da Constituição Federal.

O direito ao silêncio ou de não produzir prova contra si mesmo (*Nemo tenetur se detegere*) é um princípio fundamental e não pode ser relativizado, nem mesmo em nome da coletividade, pois isso implicaria inversão da lógica do Estado Democrático de Direito, adotado por nossa atual Carta Constitucional.

Afirmou-se também no aresto que *“o caso merece tratamento excepcional, de forma que a autoridade policial e o Poder Judiciário podem, dentro dos limites legais, flexibilizar algumas garantias individuais – sem eliminá-las –, sob pena de ter-se o crescimento incontrolável da impunidade”*.

No que toca a esta afirmação, importante lembrar que a Constituição Federal veda qualquer tipo de tratamento de exceção, sendo que nem a polícia nem o Poder Judiciário podem flexibilizar as garantias individuais.

Nossa Constituição indica expressamente os casos em que alguns direitos fundamentais podem ser reduzidos, a exemplo do sigilo das comunicações telefônicas, quando precedidas por ordem judicial e na forma da lei, apenas para fins de investigação criminal (art. 5.^º, XII, da CRFB).

Dispõe ainda o texto constitucional no que diz respeito as ocasiões extremas em que os direitos individuais podem ser parcialmente suprimidos, ou seja, em situações de Estado de Defesa ou de Sítio (arts. 136 e 137 da CRFB), não se admitindo outras exceções.

Imaginem se a polícia começar a colocar gravadores em repartições públicas (gabinetes de autoridades, prefeitos, secretários de estado, juizes, promotores, vereadores) sem a observância das exigências e formalidades legais, sob o pretexto da existência de suspeita de delitos contra a Administração Pública, seria um verdadeiro descalabro, um absurdo, típico de períodos autoritários e ditatoriais.

Isso posto, é preocupante que o STJ, autointitulado Tribunal da Cidadania,⁽¹⁾ que deveria zelar pela garantia dos direitos fundamentais do cidadão, tenha decidido de maneira contrária aos princípios que regem um Estado dito de Direitos.

Quando um direito fundamental é violado, não está se maculando somente o direito de um indivíduo, mas também todo o sistema democrático de direitos em que ele se apoia.

Ao se abrirem exceções, abrem-se também as portas para eventuais arbítrios e, não raras vezes, violências, dando-se azo à famigerada máxima de Maquiavel, de que *“os fins justificam os meios”*, atrocidades aconteceram e acontecem sob esse sofisma.

O Estado Democrático de Direito é uma evolução da sociedade civilizada e os direitos individuais, inerentes ao ser humano, foram conquistas alcançadas com o desenvolvimento dos povos, sendo que, uma vez adquiridos e incorporados ao ordenamento, não podem sofrer retrocessos.

Apenas para exemplificar, a confissão, outrora rainha das provas, era obtida principalmente mediante tortura, sob o respaldo da legislação. Hoje, contudo, com a evolução dos direitos humanos, é um tremendo absurdo defendê-la sob qualquer argumento.

O direito ao silêncio está inserido no Título II da Constituição, que tutela os direitos e garantias fundamentais, ou seja, aqueles direitos concernentes às liberdades públicas e que correspondem a uma limitação de atividade do Estado na esfera jurídica do cidadão.

Com efeito, o direito de não produzir prova contra si é um direito fundamental e a utilização de meios escusos para obtenção da confissão em nada difere da tortura, haja vista que ambas ferem preceitos basilares e colocam em xeque toda validade do sistema democrático.

Assim, a confissão deve ser ato livre e voluntário e a falta de advertência ao acusado de seu direito ao silêncio e de que esse exercício não pode gerar qualquer presunção ou consequência negativa para sua defesa, conduzirá sempre à ilicitude da prova.

Outrossim, o aumento da criminalidade, causado em grande parte pela não concretização dos direitos sociais básicos pelo Estado, não pode servir como fundamento para legitimar arbitrariedades praticadas pelo próprio Estado.

Até porque, na precisa lição do Min. Eros Grau, *“Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1.^º, III, da Constituição do Brasil)”*.

Em conclusão, os argumentos utilizados no julgamento do HC 251.132 não convencem por não se mostrarem aptos para negar a incidência de direitos fundamentais e dessa forma não estão em harmonia com um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Nota:

(1) Disponível em: <www.stj.jus.br>.

Hélio Rubens Brasil

Pós-graduado em Direito Constitucional e em Ciências Criminais.

Presidente da Associação dos Advogados Criminalistas do Estado de Santa Catarina – AACRIMESC.

Advogado.

Comentários à Lei 12.971/2014 – Crimes de Trânsito

José Geraldo da Silva

Com o advento da Lei 12.971/2014, que incorporou novas regras no tratamento dos crimes de homicídio culposo e participação em competição não autorizada; aliadas às inovações trazidas pela Lei 12.760/2012, que desenvolveu novas regras sobre a embriaguez ao volante, mormente os testes de alcoolemia e percentuais de teor alcoólico no sangue e no ar expelido pelos pulmões, convém esclarecermos algumas questões pontuais, no que concerne à contrafação com os dispositivos revogados.

No homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor, o legislador transformou o parágrafo único, da causa de aumento de pena, em § 1.º, acrescentando o § 2.º, que trata de uma qualificadora no caso de o homicídio culposo ter sido provocado por embriaguez ao volante, ou em eventual participação de corrida ou competição não autorizada.

Na verdade a qualificadora não aumentou a quantidade da pena, que continua sendo de dois a quatro anos, mas alterou sua qualidade, transformando-a de detenção em reclusão.

Sob a égide da lei ora revogada, a questão era resolvida no concurso de crimes, ou seja: o homicídio culposo absorvia todos os demais delitos de trânsito, em face do princípio da consunção, exceto com relação à direção inabilitada e omissão de socorro, que funcionam como causas de aumento de pena do homicídio culposo; e no caso da embriaguez ao volante, em que o homicídio culposo concorria material ou formalmente com esse delito.

Agora, com o novo texto legal, se o condutor do veículo causador do acidente que resultou a morte da vítima estiver com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, ou participar de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada, em vez de eventual concurso de crimes, responderá pelo delito de homicídio culposo com a qualificadora do § 2.º, vale dizer, sujeito a uma pena de reclusão de dois a quatro anos.

Dessarte, não podemos mais tratar o fato como concurso de crimes ou como homicídio com dolo eventual.

A antiga redação do dispositivo inserto no art. 306 do CTB, dizia: *“Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”*.

A atual redação do dispositivo reza: *“Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”*.

As diferenças residem nas seguintes questões:

- 1) O condutor deve dirigir o veículo automotor apresentando concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou concentração igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar, nos termos do § 1.º, inciso I.

Os sinais indicativos da alteração da capacidade psicomotora foram disciplinados pela Resolução Contran 432, de 23 de janeiro de 2013.

- 2) De acordo com o dispositivo haverá delito se o condutor dirigir veículo sob a influência de substância psicoativa que determine dependência. Neste caso específico de drogas, não exige o tipo penal nenhuma concentração sanguínea ou alveolar. O art. 7.º, inciso III, da Resolução CONTRAN 432/2013, estabelece que este crime será caracterizado por exames realizados por laboratórios especializados, indicados pelo órgão ou entidade de trânsito competente ou pela Polícia Judiciária, em caso de consumo de outras substâncias psicoativas que determinem dependência.

- 3) O perigo outrora exigido era o concreto, haja vista a expressão *“expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”*, mas tal expressão não

mais consta da atual redação dada ao tipo penal do art. 306 do CTB.

Alguns poderiam cogitar que o dispositivo não estaria mais a exigir o perigo concreto, tornando-se um delito de perigo abstrato. Outros, entretanto, que não mais advogam perigo presumido ou abstrato em matéria penal, entendem tratar-se de perigo concreto indeterminado. De qualquer forma, a norma insculpida no art. 306 do CTB, trata-se de tipo penal incriminador que não mais requer o perigo concreto, pois este está presumido na própria conduta.

- 4) Quanto ao problema da recusa do condutor em submeter-se aos testes de alcoolemia ou bafômetro, como poderia a autoridade policial decidir adequadamente no caso de prisão em flagrante por embriaguez ao volante? No caso de não se constatar os níveis de álcool no sangue, como poderia ocorrer a prisão em flagrante?

Não havendo possibilidade de aferição das condições pessoais do condutor do veículo, seja pelo etilômetro ou pela dosagem alcoólica, em virtude da recusa deste, o § 2.º do art. 306 do CTB, estabelece que a verificação da capacidade psicomotora alterada em razão da influência do álcool ou de outra substância psicoativa que determine a dependência, poderá ser obtida mediante o exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

- 5) Finalmente, se houver concurso desse delito com o homicídio culposo, a questão será resolvida pelo § 2.º do art. 302, ou seja, a embriaguez ao volante funcionará como qualificadora do homicídio culposo.

Sob a égide da Lei 11.275/2006, quando um condutor embriagado praticava homicídio culposo na direção de veículo automotor, responderia pelo homicídio culposo com a pena aumentada de um terço à metade, pois havia uma causa de aumento de pena específica, que posteriormente foi revogada.

Agora, eventual discussão acerca do concurso deste crime com o homicídio culposo foi resolvida pela qualificadora do § 2.º.

Urge-nos, ainda, questionar a respeito de a pessoa ser obrigada a produzir prova contra si mesma, como, v.g., no caso da embriaguez ao volante, se a pessoa é obrigada a soprar o bafômetro ou a retirar sangue para teste de alcoolemia.

Entendemos que não, pois é regra de direito humano fundamental o fato de ninguém ser obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Tal princípio consta do art. 8.º, II, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica – 1992), da qual o Brasil é signatário, e que fora incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelos Decretos 592/1992 e 678/1992, passando a ter, dessarte, o *status* de norma constitucional, *ex vi* do art. 5.º, § 2.º, CF/1988.

Posto isso, ninguém seria obrigado a soprar o etilômetro ou fornecer sangue para produzir provas contra si mesmo.

Entretanto, os demais meios de prova em direito admitidos poderão ser invocados em favor da sociedade, pois o direito individual do cidadão de ingerir bebida alcoólica e sair dirigindo automóvel é inferior ao direito coletivo de se viver um trânsito pacífico e seguro.

No estudo do Direito o interesse coletivo se sobrepõe ao interesse individual, objetivando salvaguardar os interesses sociais e coletivos em detrimento do particular.

Por fim, a novel redação do art. 308 do CTB, que trata da participação em competição não autorizada, não deixa margem para dúvidas: inexistindo o dolo eventual comprovado, se da prática do crime resultar lesão corporal grave, a pena será de reclusão de três a seis anos; se morte, a pena será de reclusão de cinco a dez anos. Vale dizer, serão duas qualificadoras.

Dessarte, não poderíamos cogitar em concurso de crimes dos arts. 302 ou 303, com o 308 do CTB.

Entretanto, se o resultado lesão corporal grave ou morte decorrer de comportamento eventualmente doloso do condutor, será este responsabilizado por homicídio doloso ou lesão corporal dolosa, nos termos dos arts. 121 ou 129 do CP.

Surge, no entanto, uma dúvida, pois, enquanto o art. 302, § 2.º, fala que se o homicídio culposo decorrer de competição não autorizada, a pena será de reclusão de dois a quatro anos, e neste art. 308, a pena será de reclusão de cinco a dez anos.

O legislador não efetuou um alinhamento penológico horizontalizado entre os arts. 302 e 308, deixando a nítida impressão do descompasso da edição textual, ferindo de morte uma adequada interpretação lógico-sistemática da norma.

Assim, causou maior polêmica do que já existia. Querendo corrigir distorções na lei, para torná-la mais dura e prática, criou, ao contrário,

maiores empecilhos hermenêuticos, tumultuando a já conturbada interpretação a respeito do homicídio culposo em concurso com a direção embriagada e a competição não autorizada.

Caso o legislador quisesse dar a entender alguma questão de sua vontade, deveria fazê-lo de maneira mais clara, mas, lamentavelmente, acabou por dizer outra, criando um entrave à comunidade jurídica nacional, tratando do mesmo assunto em dois momentos distintos, com penas diversas e desconexas, em dissintonia com o contexto.

Parece-nos uma antinomia legislativa não pretendida, mas que certamente movimentará os hermenêutas do Direito na solução do conflito.

José Geraldo da Silva

Especialista e Mestre em Direito Penal pela UNIMEP.

Professor de Direito Penal do UNASP e da UNIP.

Professor da Academia de Polícia Civil de São Paulo.

PROJETO DE CÓDIGO PENAL EM DEBATE

O crime de corrupção privada e o PLS 236/2012

João Florêncio de Salles Gomes Junior

A tradição brasileira de condescendência com a apropriação do Estado pelos interesses particulares remonta à fundação de nosso país.

A naturalidade com que desde a chegada da família real ao Brasil em 1808, se confundem os interesses públicos e privados nos leva a uma verdadeira (in)cultura da corrupção, na qual, por trás da pequena corrupção do dia a dia, com pequenos agrados aos funcionários públicos de terceiro escalão está presente uma verdadeira incapacidade de compreensão da separação entre os interesses públicos e privados, a tal ponto intensa que torna a população insensível até aos maiores escândalos de alta corrupção governamental.

De outro lado a globalização e o avanço tecnológico tornaram os negócios – inclusive os ilegais – mais rápidos e potencialmente mais lucrativos ou lesivos que em qualquer outra época.

Nesse tempo, o Direito também sofreu profundas alterações. Como bem destaca **Renato De Mello Jorge Silveira**, “em verdade, desde a Primeira Revolução Industrial, a realidade começou a se alterar, sendo que essas modificações incrementaram-se, principalmente, a partir da II Grande Guerra. Os anos que a seguiram foram marcados por um repensar em diversas áreas. Reformas de todas as ordens ocorreram. O pensamento jurídico, não fugindo a essa regra, passou por metamorfoses várias, sendo que a situação agudizou-se no final dos anos 90, momento no qual o Direito Penal encontra uma completa reavaliação. Modernidade, pós-modernidade, sociedade industrial e pós-industrial, tudo, enfim, coloca em xeque o fato de como poderá esse ramo do Direito vir a tratar novas situações, desconhecidas para os ideólogos iluministas e clássicos”.⁽¹⁾

Tal situação, além de constituir um desafio para o Estado pós-moderno, que se vê ameaçado por um volume de corrupção insuportável e pela reação, por vezes impensada e desproporcional, de um direito penal de matiz autoritário, nos leva a necessidade de repensar os tipos penais dos crimes contra a administração pública de forma não só a tornar o direito penal mais efetivo, como também e fundamentalmente adequar sua interpretação às novas realidades sem violar os seus princípios democráticos.

De outro lado, sente-se, em geral, a necessidade de transpor às relações privadas determinado modelo de tutela penal próprio da proteção dada à administração pública em seu sentido estrito e ao seu correto funcionamento.⁽²⁾

O Brasil torna-se, então, signatário da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Mérida, 2003), e de acordo com fortes tendências mundiais, passa-se a advogar, também em nosso país, a tipificação da denominada corrupção privada.

Nesse sentido, **Miguel Reale Júnior**, é categórico ao asseverar que “jamais a reafirmação pela via penal dos valores da honestidade e da lealdade se mostra tão essencial. Por essa razão se deve criminalizar a forma mais grave de deslealdade do administrador ou do empregado que atua com menoscabo do interesse social e atraição a entidade ao se corromper pela venda de decisão prejudicial à entidade para ganhar vantagem indevida, violando, pois, o dever de correção necessária e exigível pelo empregador, como doador constante de confiança. (...) Sem firme valorização da lealdade no exercício de emprego ou profissão aberta estará a porta para a prevalência da busca do sucesso financeiro a qualquer custo. Justifica-se, portanto, criminalizar a corrupção passiva e ativa no setor privado, como reafirmação de valores essenciais ao sadio tecido social, para se afrontar o mal do locupletamento, grandemente entranhado em nossa cultura”.⁽³⁾

No mesmo sentido, em sua explanação no 18.º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais,⁽⁴⁾ destaca o ilustre professor que as relações profissionais devem ser pautadas no dever de probidade dos envolvidos, destacando os deveres de probidade no âmbito civil, contido, por exemplo, nos arts. 1.011 do CC e 153 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/1976), o que também justificaria, em seu sentir, a tutela penal em apreço.

Ocorre que a primeira tentativa de tipificação da corrupção privada em nosso país, contida no art. 167 do PLS 236/2012, que tramita no Congresso Nacional não dispõe da melhor técnica legislativa e, com isso, em que pese a tendência internacional de tipificação desta espécie de conduta, pode trazer uma infinidade de problemas, capazes de suplantar, com folga, eventuais vantagens da criminalização em apreço.⁽⁵⁾

Vejamos.

O mencionado projeto tipifica a conduta corrupção entre particulares nos seguintes termos: “Art. 167. Exigir, solicitar, aceitar ou receber vantagem indevida, como representante de empresa ou instituição privada, para favorecer a si ou a terceiros, direta ou indiretamente,

ou aceitar promessa de vantagem indevida, a fim de realizar ou omitir ato inerente às suas atribuições: Pena – prisão, de um a quatro anos. *Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem oferece, promete, entrega ou paga, direta ou indiretamente, ao representante da empresa ou instituição privada, vantagem indevida*”.

Desde logo se verifica sério problema em relação ao sujeito ativo de delito.

De fato, não se levou em conta que a conduta em questão muito mais se relaciona, no dia a dia empresarial, ao funcionário que age em detrimento da empresa, sem ostentar a condição de representante legal do que a ação desleal do próprio representante da empresa, que, ademais, muitas vezes se confunde com o próprio proprietário e vítima da ação criminosa.⁽⁶⁾

Nesse sentido, como afirma **Reale Júnior**, “*nada tem a ver a representação legal da empresa com a prática da corrupção, pois a infidelidade para obter vantagem, em detrimento da empresa na qual se trabalha, pode ocorrer por parte do almoxarife, que faz o elenco de produtos a serem comprados ou por parte do controlador de qualidade dos insumos recebidos ou pelo próprio presidente da sociedade que compra um terreno com sobrepreço*”.⁽⁷⁾

Não por acaso, a experiência europeia é no sentido de não efetuar tal limitação legislativa relacionada à representação da empresa, sempre equívoca e problemática, e, sim, de privilegiar a condição de funcionário do sujeito ativo, cuja simplicidade e clareza, próprias da boa técnica legislativa, evitariam os problemas ora aventados. É de se ver, nesse ponto, que bastaria a consulta, por exemplo, às legislações da Alemanha,⁽⁸⁾ Espanha⁽⁹⁾ ou Portugal⁽¹⁰⁾ para que o projeto evitasse tão grave equívoco. Não realizado tal cotejo, corre-se o risco de criar letra morta na lei penal brasileira sobre o tema.

Outro sensível equívoco do projeto diz respeito à utilização do verbo “exigir” como núcleo típico da conduta, a significar, tradicionalmente em nosso direito, uma imposição do funcionário público, em todo derivada do poder inerente à sua função pública, ou seja, de parcela do poder do Estado.

Como já demonstrado em outra oportunidade,

“sem essa especial ligação entre o ato de exigir e a função pública exercida pelo agente, desaparece a razão de ser do tipo penal, consistente na tutela da administração pública. Dessa forma, só pode haver o crime de concussão se a conduta do funcionário público representa uma violação do seu dever de probidade, consistente no uso ilegítimo, visto que voltado à obtenção de vantagem indevida, daquele natural sentimento de acatamento, respeito ou temor que a função pública desperta no particular. Aliás, é preciso notar que será decisivo na compreensão da conduta típica o fato do exercício de uma função pública despertar naturalmente um sentimento de acatamento, respeito ou temor no particular. Com efeito, a existência desse especial temor torna desnecessária a presença de uma ameaça direta, consistente na promessa de um mal determinado, para a configuração do crime de concussão.

Sobre esse assunto, Carrara destaca com precisão que ‘o funcionário venal não pede, mas faz compreender que aceitaria; não ameaça, mas faz nascer o temor de seu poder. Agora, o particular (houvesse ou não motivo justo de temer) compreende e teme; e oferece dinheiro.’⁽¹¹⁾ enquanto Hungria sintetiza a questão ao explicar que ‘não se faz mister a promessa de infligir um mal determinado: basta o temor genérico que a autoridade inspira. [...]

O que se faz indispensável é que a exigência se formule em razão da função. Cumpre que o agente proceda, franca ou tacitamente, em função de sua autoridade, invocando ou insinuando a sua qualidade.’⁽¹²⁾

Em outras palavras, na concussão o funcionário público se aproveita do temor do particular ao poder público (denominado metus publicae potestatis) para lhe exigir vantagem indevida.”⁽¹³⁾

Diante de tais ponderações, e embora se verifique a utilização de tal expressão em outras legislações já citadas, é possível afirmar que, ao menos em nossa realidade, fortemente marcada pela frequente submissão do cidadão aos caprichos do Estado, ou de seus representantes, não parece adequada a transposição de tal conceito para o âmbito das relações entre particulares, na medida em que, neste se encerra um complexo de

significados, todos ligados ao poder absoluto que pode o funcionário público exercer em certas circunstâncias.

De se notar, ainda, que a utilização do núcleo exigir, criaria crime formal, com consumação desvinculada de qualquer tipo de reflexo patrimonial, em evidente excesso punitivo derivado da indevida antecipação do momento consumativo do delito, a amparar, também o patrimônio da vítima.

Por tais razões, o núcleo da conduta, caso de fato se opte pela tipificação da corrupção privada, sem sombra de dúvidas deve estar relacionado à violação dos deveres de probidade do funcionário particular de modo a gerar reflexo patrimonial, limitador do âmbito de incidência da norma penal e não à ideia de usurpação de um poder, na verdade inexistente em diversas das relações privadas que se pretende abarcar.

Conclui-se, portanto, que o tipo penal proposto por **Miguel Reale Júnior**, revela uma forma de tratamento da questão mais adequada à realidade mundial e à boa técnica legislativa ao propor a seguinte redação legal: “*Praticar ou omitir, o administrador ou empregado de pessoa jurídica de direito privado, mediante promessa ou recebimento de vantagem indevida para si ou para outrem, ato funcional que com a violação do dever de probidade cause prejuízo à entidade ou possibilite benefício a terceiro.*”⁽¹⁴⁾ razão pela qual o caminho proposto pelo PLS 236/2012 para a tipificação da corrupção privada deve ser imediatamente abandonado.

Notas:

- (1) SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. São Paulo: RT, 2003, p.17.
- (2) Como adverte **Renato de Mello Jorge Silveira**: “*Tal qual se pontuou no Código Penal brasileiro por uma multifacetada abordagem da corrupção, vista ela em muitas figuras em que se menciona o vocábulo corrupção, hoje há de se entendê-la como um fenômeno a ser combatido em muitas frentes. Os campos de combate sobre uma nova visão da corrupção, portanto, se dividem em dois módulos distintos. Uma abordagem ampla e outra restrita. Esta última, cingida, aparentemente pela tipificação tradicional da corrupção, também merece reparos. Também se defende mudanças em seu âmbito específico, notadamente percebido em uma ampliação da esfera do funcionário público, tendo-se, então, também a corrupção de atividades comerciais no setor privado, internacional e de delinquência organizada. Mas não só*” (Idem, *ibidem*, p. 417).
- (3) Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,corrupcao-privada,-924422,0.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2014.
- (4) REALE JÚNIOR, Miguel; RIZZO, Beatriz Dias. *Corrupção no setor privado*: 29 de agosto de 2012. São Paulo: IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2012. Volume único. 1666C. (Seminário internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais).
- (5) O presente artigo visa tão somente apontar os graves equívocos contidos no tratamento da matéria pelo PLS 236/2012, partindo da premissa amplamente aceita da necessidade de criminalização da corrupção privada. Há que se discutir ainda, em campo próprio, a conveniência de tal criminalização e o seu exato modelo de proteção de bens jurídicos. Excelente abordagem do problema é feita pelos Professores Alamiro Velludo Salvador Netto em seu artigo: Breves anotações sobre os crimes de corrupção passiva e corrupção privada na legislação penal espanhola. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.) *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2014, p.1-17, e Luciano Anderson de Souza em seu artigo: Corrupção: novos desafios jurídico-penais em torno de um antigo grave problema. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Livro homenagem... cit.*, p. 341-360
- (6) Não se ignora, como bem notado pelo Prof. **Luciano Anderson de Souza** em intervenção realizada no dia 05.02.2014, nas Jornadas de Direito Penal Econômico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, a possibilidade de cometimento do crime de corrupção privada pelo sócio e representante legal da empresa, em detrimento do patrimônio da sociedade. No entanto, tais fatos, certamente merecedores de tutela penal, não devem ser vistos como a configuração típica fundamental do delito em apreço, normalmente praticado por funcionário, sem qualquer representação legal ou vínculo societário com a empresa.
- (7) Disponível em: <<http://interessenacional.uol.com.br/index.php/edicoes-revista/erros-e-absurdos-do-projeto-de-codigo-penal/6/>>. Acesso em: 8 jan. 2013.
- (8) “*Quien como empleado o encargado de un establecimiento comercial exija, permita que le prometan o acepte en el tráfico comercial una ventaja para sí o para tercero como contraprestación para que prefiera a otro de manera desleal en la adquisición de mercancía o servicios comerciales, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa*”. El párrafo dos añade que “*de igual manera será castigado quien en el tráfico comercial a un empleado o encargado de una empresa comercial para sí o para tercero como contraprestación para que favorezca al que ofrece o a otro en la compra de mercancías o servicios de manera desleal*”. El § 300 contiene una agravante para los casos de particular gravedad, en

los que, por ejemplo, se dan, ofrecen, prometen, exigen “(...) ventajas de cantidad relevante” o en que el autor actúa profesionalmente o como miembro de una banda que se haya asociado para cometer continuamente hechos de esta índole. El § 301 dispone que el delito tipificado por el § 299 se persigue solamente tras la presentación de querrela según dispone la propia norma “El derecho a presenta la querrela según el inciso 1 la tienen a parte del lesionado todos los comerciantes, asociaciones y cámaras de comercio mencionados en el § 13 inciso 2 numeral 1, 2 y 4 de la Ley contra la Competencia Desleal (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb)”. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; DARIO CERINA, Giorgio. Sobre la corrupción entre particulares. Convenios internacionales y derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 89, mar.-abr. 2011, p. 159-213, especialmente p. 205.

- (9) “1. Quem por si mesmo ou por interposta pessoa prometa, ofereça ou conceda a empresários, administradores, empregados ou colaboradores de uma empresa mercantil ou de uma sociedade, associação, fundação ou organização, um benefício ou vantagem de qualquer natureza, sem justificativa, para que seja favorecido a si mesmo ou a terceiro, perante outros, faltando com suas obrigações na aquisição ou venda de mercadorias ou na contratação de serviços profissionais, será castigado com a pena de prisão de seis meses a quatro anos, inabilitação especial para o exercício da indústria ou comércio por tempo de um a seis anos e multa até o triplo do valor do benefício ou vantagem. 2. Com as mesmas penas será castigado o empresário, administrador, empregado ou colaborador de uma empresa mercantil, ou de uma sociedade, associação, fundação ou organização que, por si mesmo ou por interposta pessoa, receba, solicite ou aceite um benefício ou vantagem de qualquer natureza, sem justificativa, com a finalidade de favorecer, perante terceiros, a quem lhe outorgou ou prometeu a vantagem ou benefício, faltando com suas obrigações na aquisição ou venda de mercadorias ou na contratação de serviços profissionais. (...)” (tradução de Regina Helena Fonseca Fontes)

Furtado em O combate à corrupção no setor privado – o crime de corrupção entre particulares do art. 286 bis do Código Penal espanhol. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 18, n. 221, abr. 2011, p. 4-5).

- (10) “Art. 8.º 1 – O trabalhador do sector privado que, por si ou, mediante o seu consentimento ou ratificação, por interposta pessoa, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para um qualquer acto ou omissão que constitua uma violação dos seus deveres funcionais é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa. 2 – Se o acto ou omissão previsto no número anterior for idóneo a causar uma distorção da concorrência ou um prejuízo patrimonial para terceiros, o agente é punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias.”
- (11) CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale*. Lucca: Canovetti, 1881, p. 238.
- (12) HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, 1958, p. 359.
- (13) GOMES JUNIOR, João Florencio de Salles. *O crime de extorsão no direito penal brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 97-98.
- (14) REALE JÚNIOR, Miguel; RIZZO, Beatriz Dias. *Corrupção no setor privado*: 29 de agosto de 2012. São Paulo: IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2012. Volume único (Seminário internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais).

João Florêncio de Salles Gomes Junior

Doutor e Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Advogado.

DESCASOS

O rábula e o seu escritório

Alexandra Lebelson Szafir

Ele respondia a um processo criminal e estava preso preventivamente em um dos Centros de Detenção Provisória da Capital paulista. Gostava muito de dizer que tinha cursado alguns anos de Direito no interior de outro Estado da Federação.

Era uma época – longínqua, obviamente – em que não havia vagas suficientes para os presos que tinham direito ao regime semiaberto, quer por terem obtido a progressão de regime, quer por terem sido sentenciados a iniciar o cumprimento da pena no regime intermediário.

Entre estes, os que não tinham recursos para constituir advogados, ficavam por meses a fio aguardando ilegalmente no regime fechado a devida transferência para estabelecimento penal adequado.

Não demorou muito para que o meu cliente fizesse amizades no cárcere e me relatasse que ali havia muitos presos naquela situação. Eu disse a ele que eram concedidas inúmeras liminares determinando que os detentos naquelas circunstâncias ficassem no regime aberto enquanto aguardavam a tal vaga.

Expliquei ainda que não era necessário ser advogado para impetrar o remédio heroico.

Não me lembro se foi ele quem pediu ou se eu ofereci um modelo de *habeas corpus* para aquela ilegalidade específica. Seja como for, o fato é que lhe dei o modelo de bom grado, supondo que ele, logicamente, iria repassá-lo aos seus companheiros.

Cerca de dez dias depois, voltei a visitá-lo, para tratar de aspectos importantes da sua defesa. Mas, dessa vez, quando eu estava prestes a entrar no parlatório, fui interrompida por agentes penitenciários:

– Ah, a doutora está aqui para ver o (...)?⁽¹⁾ É por aqui, por favor – disseram eles, enquanto abriam a grade que dava acesso à ala anterior ao pavilhão dos presos. E me conduziram pelo corredor até uma sala.

Fiquei estupefata: o meu cliente tinha montado um escritório *pro bono*! Ele estava sentado a uma mesa de madeira, sobre a qual estavam um computador e uma antiga máquina de escrever (não elétrica).

Ao seu lado, ele me mostrou um gaveteiro de pastas suspensas e anunciou orgulhosamente que, com o modelo que eu havia lhe dado, ele já tinha soltado 67 (sessenta e sete) presos!⁽²⁾ Cada caso estava meticulosamente arquivado em sua pasta.

Mas não é só. Ele tinha também um “secretário”, outro preso que me tratou com imensa cortesia, servindo, inclusive, refrigerante e guloseimas. Imagino que o Diretor do CDP tenha concordado com isso (sabidamente, em minha opinião) por ter, ele também, ficado satisfeito com o alívio, ainda que ínfimo, da superlotação – outro problema “longínquo”, resultado da nossa obtusidade em ver a prisão, e não melhores oportunidades de educação, saúde e lazer, como solução para a criminalidade e a violência.

Admito que achei fantástico, até porque (mas não a razão principal) o caso dele era complexo, havia dezenas de páginas de documentos a examinar e a conversa foi longa: seria impossível tê-la no parlatório.⁽³⁾

Uma nota triste, porém: a esposa dele, que é médica, prestou, por algum tempo, serviços voluntários naquele CDP, e me disse ter ficado chocada com o estado deplorável em que a maioria dos presos era “entregue” ali pela polícia. A tortura continua muito viva entre nós.

Notas:

- (1) Nome omitido para preservar a identidade do personagem real.
- (2) Esse número, em um único CDP, evidencia a gravidade do problema da falta de vagas.
- (3) Que tal melhorarem as condições para o advogado entrevistar-se com o seu cliente preso?

Alexandra Lebelson Szafir

Advogada.

(aleszafir@uol.com.br)

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

VIII Curso de PÓS-GRADUAÇÃO em Direito Penal Econômico

IBCCRIM - COIMBRA   31 de julho a 17 de outubro de 2014

**PARTICIPE DE
ONDE ESTIVER!**

Novidade

**A DISTÂNCIA
OU PRESENCIAL**

PROFESSORES INTERNACIONAIS CONFIRMADOS

- ANABELA MIRANDA RODRIGUES
- CLÁUDIA CRUZ SANTOS
- MANUEL DA COSTA ANDRADE
- MARIA JOÃO ANTUNES
- SUSANA AIRES DE SOUSA

PROFESSORES NACIONAIS CONFIRMADOS

- ANTENOR MADRUGA
- CEZAR PELUSO
- DIOGO MALAN
- FÁBIO ROBERTO D'AVILA
- FLAVIO ANTONIO DA CRUZ
- FERNANDA REGINA VILARES
- GUSTAVO BADARÓ
- HELENA LOBO DA COSTA
- LUCIANO FELDENS
- LUDMILA LEITE GROCH
- MARCELO ALMEIDA RUIVO
- MARÍLIA DE NARDIN BUDÓ
- RENATO OPICE BLUM
- THIAGO BOTTINO DO AMARAL

INSCREVA-SE EM

WWW.IBCCRIM.ORG.BR/DPE2014

**INSCRIÇÕES
ABERTAS**

REALIZAÇÃO



APOIO



AASP
Associação dos Advogados
de São Paulo

