

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

PROJETO DE LEI Nº 2.849, DE 2011

Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para tipificar como infração penal a omissão no dever de prestar contas da aplicação dos valores recebidos com base em convênio, contrato ou instrumento congênere, bem como o retardamento ou a omissão na sua análise por parte do funcionário público responsável.

Autor: Deputado DUARTE NOGUEIRA

Relator: Deputado ANTONIO BULHÕES

VOTO EM SEPARADO DO DEPUTADO LUIZ COUTO

O Projeto de Lei 2.849, de 2011, mediante o acréscimo de artigo no Capítulo IV (Dos Crimes Contra as Finanças Públicas), do Título XI, do Código Penal brasileiro, pretende, segundo seu Autor, punir os representantes das chamadas entidade do “terceiro setor” ou, como são mais conhecidas, as Organizações Não-Governamentais – ONGs, que deixarem de prestar contas do uso de recursos transferidos pelo poder público mediante convênios ou congêneres, assim como os funcionários públicos que retardam ou deixam de analisar prestação de contas no prazo fixado em lei ou ato do Poder Executivo.

As punições serão aplicadas aos membros ou responsáveis pelas ONGs que se omitirem no dever de prestar contas de forma ilícita, ou não, e ao funcionário público que retardar ou deixar de analisar prestação de contas no prazo fixado em lei ou ato do Poder Executivo. Nos dois casos as

penas serão agravadas se as condutas forem praticadas para encobrirem outros crimes, etc. O Projeto de Lei, que tramita em regime ordinário e se sujeita a apreciação final do plenário da Câmara dos Deputados, foi distribuído à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (Mérito e Art. 54, RICD).

Nesta Comissão, o Parecer do Relator foi pela aprovação, com duas emendas de natureza formal, que mantiveram a *ratio* do Projeto de Lei.

A inconstitucionalidade material do Projeto de Lei é manifesta.

Um dos mais renomados estudiosos do Direito Penal brasileiro, o Desembargador Alberto Silva Franco, ao tratar dos princípios constitucionais do Direito Penal, ensina:

Não basta que se demonstre ser o controle social penal um mecanismo formalizado, em face do princípio da legalidade, nem que tal controle se realize a partir de fatos concretos, comissivos ou omissivos, que lesem ou ponham em perigo bens jurídicos fundamentais para a pessoa humana ou para a sociedade em que está inserida. Até aí o que se pôs em destaque foram as formas de atuação do poder punitivo, o que é pouco se não se lobrigar limites materiais ao próprio conteúdo e extensão desse poder. No fundo, com uma maioria nas Casas do Congresso Nacional e um Diário Oficial (Antonio García-Pablos, op. cit., p. 271) é sempre possível, ao Poder Executivo, tangenciar os princípios da legalidade e da exclusiva proteção de bens jurídicos e apelar ao Direito Penal para o equacionamento de todo e qualquer conflito social, transformando-o assim num expediente corriqueiro, de uso comum. Daí a importância do princípio da intervenção mínima que se traduz num freio ao conteúdo expansivo do controle social penal. (...) Como adverte Antonio García-Pablos (op. cit., p. 272), o Direito Penal não pode ser a prima, nem a única ratio para fazer face às tensões sociais: “é a última ratio, não a solução ao problema do crime, como sucede com qualquer técnica de intervenção traumática, de efeitos irreversíveis; cabe apenas a ela recorrer em casos de estrita necessidade, para defender os bens jurídicos fundamentais, dos ataques mais graves e somente quando não ofereçam garantia de êxito as demais estratégias de natureza não penal.” (Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. São Paulo: Ed. RT, 1997, v. I, p. 38).

Dessa maneira, no Projeto de Lei em foco, tem-se por violado o princípio da intervenção mínima, pois transmuda-se comportamento de nítido cariz administrativo (a ausência de prestação de contas) em ilícito penal. Com efeito, assume do Direito Penal papel de *prima ratio*, comprometendo a capacidade de rendimento do arcabouço jurídico.

Nesse contexto, merece transcrição a seguinte passagem de voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, do Superior Tribunal de Justiça, que, com redobrada preocupação com a principiologia constitucional, asseverou que, embora seja necessário haver o controle da criminalidade, não deve ele dar-se “a qualquer preço. Não ao sacrifício do devido processo legal, travestindo o procedimento legalmente previsto em suceder de atos, 'otimizadas' por aquilo que Zaffaroni denominou de autoritarismo *cool* (*El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 670). O caso em foco representa exemplo do que KARL LOEWENSTEIN ('Teoria de la Constitución', p. 222, 1983, Ariel, Barcelona), trata como o 'fenômeno da erosão da consciência constitucional, motivado pela instauração, no âmbito do Estado, de um preocupante processo de desvalorização funcional da Constituição escrita, como já ressaltado, pelo Supremo Tribunal Federal, em diversos julgamentos'. (trecho de decisão monocrática proferida, pelo Ministro Celso de Mello, no RE 488208/SC, Informativo/STF N.º 720, 16 a 20 de setembro) [HC 191.315/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 12/12/2013].

O Superior Tribunal de Justiça, aliás, tem dado belíssimas contribuições para o aprimoramento do Direito Penal, não apenas adequando-o ao Direito Constitucional, mas, também, aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, como se depreende do seguinte julgado:

(...)

4. O art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê a adoção, pelos Estados Partes, de "medidas legislativas ou de outra natureza" visando à solução de antinomias normativas que possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos e liberdades fundamentais.

5. Na sessão de 4/2/2009, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, pelo rito do art. 543-C do CPC/1973, o Recurso Especial 914.253/SP, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, adotou o

entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343/SP, no sentido de que os tratados de direitos humanos, ratificados pelo país, têm força supralegal, "o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade." 6. Decidiu-se, no precedente repetitivo, que, "no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade." 7. A adequação das normas legais aos tratados e convenções internacionais adotados pelo Direito Pátrio configura controle de constitucionalidade, o qual, no caso concreto, por não se cuidar de convenção votada sob regime de emenda constitucional, não invade a seara do controle de constitucionalidade e pode ser feito de forma difusa, até mesmo em sede de recurso especial.

8. Nesse particular, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso Almonacid Arellano y otros v. Chile, passou a exigir que o Poder Judiciário de cada Estado Parte do Pacto de São José da Costa Rica exerça o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplica aos casos concretos.

9. Por conseguinte, a ausência de lei veiculadora de abolitio criminis não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação da inconformidade do art. 331 do Código Penal, que prevê a figura típica do desacato, com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão.

10. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH já se manifestou no sentido de que as leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo establishment, bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário.

11. A adesão ao Pacto de São José significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da

universalidade dos valores insertos nos direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos. Assim, o método hermenêutico mais adequado à concretização da liberdade de expressão reside no postulado pro homine, composto de dois princípios de proteção de direitos: a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos.

12. A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo.

13. A existência de tal normativo em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito.

14. Punir o uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São Paulo abolissem suas respectivas leis de desacato.

15. O afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual utilizada perante o funcionário público.

16. Recurso especial conhecido em parte, e nessa extensão, parcialmente provido para afastar a condenação do recorrente pelo crime de desacato (art. 331 do CP).

(REsp 1640084/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017)

Passo, então, às considerações sobre o mérito.

No Projeto de Lei em análise, ainda que o Autor não tivesse revelado expressamente, observa-se o intento de combater os movimentos sociais. Logo, trata-se do uso político do sistema de justiça criminal para se contrapor a demandas de classes e inclusivas legítimas de diversos atores sociais não tratadas no contrato social da modernidade.

É extremamente de dúvidas que foram os movimentos sociais os responsáveis pela expansão e fortalecimento da ideia de direitos e sua dimensão coletiva entre as décadas 70 e 80 no Brasil e na América Latina. Destruir esses movimentos é estratégico para afirmação do chamado Estado mínimo, excludente e ordeiro.

Como bem enfatizou João Ricardo W. Dornelles, o mito do Estado Mínimo é sublinhado, debilitando o Estado Social e glorificando o 'Estado Penal'. É a constituição de um novo sentido comum penal que aponta para a criminalização da miséria como um mecanismo perverso de controle social para, através deste caminho, conseguir regular o trabalho assalariado precário em sociedades capitalistas neoliberais.

No caso dos movimentos sociais, a criminalização consiste no enquadramento, relativamente ao comportamento, por meio de determinadas fórmulas incriminatórias, de condutas próprias de movimentos coletivos que organizam iguais e reivindicam direitos, e, no que tange ao agente, da individualização e da estigmatização de sujeitos que integram tais movimentos. Observa-se que alguns tipos penais no Brasil têm sido politicamente instrumentalizados para a criminalização de movimentos sociais. Referimo-nos ao Título XI do Código Penal Brasileiro, que abarcam três tipos penais que tutelariam o bem jurídico identificado como a "questionável" paz pública: arts. 286 (incitação ao crime), 287 (apologia ao crime ou a autor de crime) e 288 (associação criminosa).

Agora, com esse Projeto de Lei e outros que tramitam nesta Casa, vê-se que o ataque está indo em outra direção, que é a tentativa de transformar gestores e líderes de movimentos sociais em corruptos e ladrões de dinheiro público. E o que se denota no excerto da Justificação a seguir transcrito:

"(...) Nada obstante, a despeito dos substanciais avanços alcançados com a edição de ambas as leis acima referidas, a corrupção e a má gestão pública ainda são problemas graves no país. Em especial, a atuação de ONG's beneficiárias de recursos públicos tem se revelado fonte de frequentes e severos desvios na aplicação de recursos públicos a si transferidos por meio de subvenções sociais e convênios (..)".

Utiliza-se o antigo discurso integralista de combate à corrupção e defesa da moralidade pública para propor-se uma nova e mais severa criminalização de condutas que já são punidas, ou seja, tipificadas, pela lei penal brasileira.

Além de enunciar comportamentos que já são disciplinados na legislação brasileira em todas as esferas (civil, penal e administrativa), as penas previstas são desproporcionais aos fatos que se deseja punir. Na esfera penal, por exemplo, tanto para o cidadão como para o servidor público, existem diversos crimes que abarcam satisfatoriamente o conteúdo do projeto.

Na esfera administrativa e cível, a Lei no 13.019, de 31 de julho de 2014, estabeleceu um novo marco regulatório para as relações entre o Estado Brasileiro (em todos os seus níveis) e o chamado terceiro setor.

Portanto, busca-se tipificar criminalmente o dever de prestar contas, estabelecendo severas punições cíveis e administrativas tanto para aqueles que administram os recursos transferidos por meio de convênios ou pactos assemelhados quanto para aqueles servidores públicos a quem cabe o dever de tomar e aprovar as contas.

Por todo o exposto, voto pela juridicidade, boa técnica legislativa, e pela inconstitucionalidade material, e, no mérito, pela rejeição do Projeto de Lei nº 2.849, de 2011.

Sala da Comissão, em 11 de abril de 2017.

Deputado **LUIZ ALBUQUERQUE COUTO**