

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

PROJETO DE LEI Nº 94, DE 2007 (Apenso o PL 1.182, de 2007)

Dá nova redação ao art. 288 do Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, Código Penal

Autor: Deputado NEILTON MULIM

Relator: Deputado CARLOS WILLIAN

I - RELATÓRIO

Trata a Proposição principal de alterar o crime de quadrilha ou bando, previsto no art. 288 do Código Penal, reduzindo o número de integrantes da quadrilha de quatro para duas pessoas, além de substituir a palavra crime para infração penal, ficando o tipo penal “reunirem-se duas ou mais pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer infração penal”.

Justifica o autor sua iniciativa sustentando que a exigência de mais de três pessoas para a configuração da quadrilha impede a prisão de marginais quando há apenas três deles na associação criminosa, além de não incidir o tipo penal de quadrilha ou bando para o cometimento de contravenção penal.

Foi apensado o Projeto de Lei nº 1.182, de 2007, do Deputado LAERTE BESSA, que, além de autorizar a instituição de recompensas para aqueles que efetivamente contribuírem para os delitos que especifica, altera e acrescenta dispositivos:- ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; - à Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995;- à Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990; - à Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999; e - ao Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.

O autor da proposição apensada argumenta que o “vertiginoso crescimento da criminalidade transmite a todos a sensação de que o Estado está perdendo a luta contra o crime, talvez pelo exacerbado protecionismo à privacidade do indivíduo ou pela ausência de meios legais que facilitem a investigação”, não restando “esta dúvida que o direito individual deve ser protegido, mas não a qualquer custo”, pois a “vida social impõe certas privações em prol da coletividade”.

Afirma que regime inicialmente fechado é condição indispensável à minimização da sensação de impunidade e ao efetivo desmantelamento do grupo criminoso organizado a que pertence o condenado.”

Que não cabe impedir “a quem investiga organizações criminosas, o acesso a dados cadastrais que poderão, até mesmo, servir de condição para elucidação dos inúmeros delitos, com a identificação e prisão de seus membros”, ao mesmo tempo em que se deve “incriminar o uso indevido das informações disponibilizadas ao investigador” e regrar a “ocultação dos dados relativos à vítima ou à testemunha coagida ou ameaçada, pois se trata de fator crucial para a preservação de sua integridade física e, até mesmo, de seus familiares”.

A Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado aprovou a proposição principal, rejeitando a apensada.

A esta Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania compete analisar as propostas sob os aspectos de constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e mérito, sendo a apreciação final do Plenário da Casa.

É o Relatório.

II - VOTO DO RELATOR

As proposições apresentam-se escoimadas de vícios de natureza constitucional, no tocante à iniciativa da lei e dos demais princípios esposados por nossa Carta Magna, salvo o que dispõe o art. 5º do PL 1.182, de 2007.

Há violação ao disposto no art. 5º, XII, quando permite ao delegado de polícia acesso imediato a dados e informações sem a devida ordem judicial.

A nosso ver também incorre em inconstitucionalidade ao dispor no art. 10 que a União, Estados, o Distrito Federal e os Municípios ficam autorizados a estabelecer recompensa para quem efetivamente contribuir para a elucidação de delitos. Trata-se, é bem fácil de verificar, de atribuições que podem ser exercidas pelos entes políticos citados sem que haja interferência ou quebra do princípio fundamental estabelecido no art. 18 da Constituição Federal.

Quanto à juridicidade, *data maxima venia*, parece-nos que há uma **contradictio in terminis** (contradição de palavras) ou **contradictio in adjecto** (incoerência), em ambos os projetos. Como se há de explicar juridicamente quadrilha ou bando como um ajuntamento de somente duas pessoas?

Ora, se duas pessoas se reúnem para a prática de delitos, não se pode falar em quadrilha ou bando, mas tão-somente de autor e co-autor.

Autor - É todo aquele que contribui para a prática do delito, realizando as elementares do tipo, na prática dos atos de execução.

Co-autor – comum – propriamente dito – auxilia o autor a praticar o delito, realizando as elementares do tipo, divide tarefas.

Co-autor funcional – todo aquele cujo comportamento seja imprescindível para a consecução do crime, ainda que não realize qualquer elementar do tipo.

Na participação delituosa, temos de observar a figura do **partícipe** que é todo aquele que contribui, de qualquer outro modo, para a prática do delito, sem realizar as elementares do tipo – ele ajuda praticando um ato acessório, uma ajuda acessória, como na divisão de tarefas.

Sendo a *quadrilha ou bando* um delito autônomo, mas cujas penas são acrescidas a outros delitos, no chamado concurso material (art. 69 do Código Penal), é de ser lamentada a exacerbada preocupação dos ilustres proponentes, para modificar a significação jurídica desses termos.

Em boa hora, nesse aspecto, veio o Voto em Separado do Deputado Marcelo Itagiba, pela Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, contrário à aprovação dos projetos:

“O núcleo indicado é associarem-se, que traz a significação de ajuntarem-se, reunirem-se, aliarem-se, agregarem-se. Exige a lei que sejam mais de três pessoas, daí resultando o número mínimo de quatro pessoas, no qual se contam, também os inimputáveis, quando estes tiverem capacidade para entender e integrar a associação. O núcleo associar-se implica a idéia de estabilidade, razão pela qual se exige que a associação seja estável ou permanente. Em quadrilha ou bando, diz a lei, usando vocábulos sinônimos, que se definem como associação estável ou permanente de delinqüentes, “com o fim de praticar reiteradamente crimes, da mesma espécie ou não, mas sempre mais ou menos determinados”

(H. Fragoso, Loções de Direito Penal – Parte Especial, 1965, v. III, p. 934, apud Celso Delmanto, Código Penal Comentado, Renovar,

Rio de Janeiro, 2002).

Vê-se, a doutrina não vacila em referir-se à conduta em questão como “associação”. Outrossim, que o nome juris quadrilha (ou bando) atualmente utilizado no Código Penal, está ligado ao fato de a lei estabelecer que referida conduta coletiva deve se referir à reunião de no mínimo, quatro pessoas. Daí o nome “quadrilha.” Não se afigurará correta, pois, a permanência da mesma expressão para uma conduta que, com a aprovação pretendida, prescindirá da reunião deste número mínimo de pessoas.

.....”

Daí consideramos injurídicas as alterações pretendidas.

No tocante ao aspecto de impedir que os crimes hediondos e outros sejam insuscetíveis de terem as suas penas comutadas de privativa de liberdade em restritiva de direitos (art. 44 do Código Penal), cremos haver equívoco na sugestão.

Ora, todos os crimes hediondos têm as suas penas mínimas *in abstracto* superiores a seis anos de reclusão. O art. 44 do CP apenas autoriza a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos, quando a pena aplicada (***in concreto***) não seja superior a quatro anos:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;.....”

Deste modo, afigura-se-nos despicienda a alteração proposta pelo PL 1.182, de 2007, pela ausência de justificação, tanto isso é verdade que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem entendendo que:

HC 84422 / RS - RIO GRANDE DO SUL

*HABEAS CORPUS Relator(a): Min. GILMAR MENDES
Relator(a) p/ Acórdão: **Min. JOAQUIM BARBOSA**
Julgamento: 14/12/2004 Órgão Julgador: Segunda Turma
Publicação*

DJ 24-03-2006 PP-00054

EMENT VOL-02226-01

PP-00199 Parte(s)

PACTE.(S): JAIRO LUÍS BREUNIG OU JAIRO BREUNIG

PACTE.(S) : PAULO ROBERTO SPRANGER

IMPTE.(S): LUIZ PEDRO SWAROVSKY

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE

ENTORPECENTES. CRIME HEDIONDO.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CONCESSÃO PELO

JUIZ DE PRIMEIRO GRAU, A DESPEITO DA VEDAÇÃO

DA LEI 8.072/1990. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.

MATÉRIA SOB EXAME DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HC 82.959 (REL. MIN. MARCO AURÉLIO), CUJO JULGAMENTO SE ENCONTRA SUSPENSO EM VIRTUDE DE PEDIDO DE VISTA. Ainda é válido o precedente do Supremo Tribunal Federal contrário à aplicação da progressão de regime prisional e da substituição da pena privativa de liberdade, mesmo quando preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal. Habeas corpus indeferido.

A juridicidade do proposto para o art. 288 do CP, pelo PL 1.182, 2007, parece-nos, também, duvidosa, uma vez que não é objetivo da lei fazer definições.

A lei, já o dizem eminentes doutrinadores, não deveria conter definições, mesmo porque ***omnia definitio periculosa est*** (toda definição é perigosa), como já diziam os romanos.

Caio Mário da Silva Pereira, *in* Instituições de Direito Civil, Ed. Forense, V. I, Parte Geral, pág. 46, doutrina-nos sobre o tema do seguinte modo:

“Em primeiro lugar, a lei é uma ordem, um comando, uma determinação do legislador aos indivíduos. ***Não é próprio dela aconselhar ou ensinar, nem é de boa técnica formular o legislador definições, que são obra de doutrina.*** Quando exige uma ação, impõe; quando quer uma abstenção, proíbe. Na feliz expressão de Bevilacqua, não se dirige o legislador à inteligência, mas à vontade, e assim exprime algo mais do que o desejo ou o preceito: manifesta o comando do Estado ao indivíduo sujeitando-o à regra.”

Como também afirmado pelo ilustrado civilista, a lei “Em acepção estrita, designa a norma geral e permanente, editada pela autoridade soberana, e dirigida coativamente à obediência dos cidadãos”. Lembraríamos, outrossim, o velho brocardo latino que estabelece: ***lex jubeat non suadeat*** (a lei ordena e não apenas concita).

Como diz Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, “Concepções puras, definições, não as estabelece normalmente o legislador. Por isso, não se presumem incluídas nos textos. Com um caráter obrigatório, em geral, só se formulam regras positivas” (François Geny).

A técnica legislativa de ambos os projetos não se encontra de acordo com a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de

1998, uma vez que o artigo 1º não traz, com concisão e objetivo os fins do projeto; não traz, outrossim, entre parênteses a expressão (NR). E o PL 1.182, de 2007, ao fazer seguidas alterações ao Código Penal, poderia fazê-las num só dispositivo.

No mérito, não acreditamos que o recrudescimento da pena ou a retirada de algum benefício ao condenado viria a diminuir ou mesmo coibir o crescendo da criminalidade.

O proposto para o § 4º art. 288 do CP, pelo PL 1.182, 2007, seria um desestímulo à chamada delação premiada, uma vez que retiraria um dos maiores benefícios do instituto, mormente o que estabelece o art. 13 da Lei 9.807/99 (no que dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.), bem como o agravamento da pena para o crime de quadrilha ou bando, não seria eficaz no combate ao crime organizado ou a qualquer outra associação criminosa. .

Não podemos deixar de lembrar, nos tempos das Ordenações Filipinas, Afonsinas e Manuelinas, e mesmo na primeira Constituição Republicana, tínhamos penas as mais cruéis. O esquartejamento do criminoso em praça pública e a pena de morte eram retaliações horrendas. Mas em nada contribuíram para a diminuição da violência ou do crime.

Até mesmo nos Estados Unidos, onde muitos Estados adotam a pena de morte, esta não tem servido para soffrear o fenômeno da criminalidade.

A adoção de penas severas tão-somente com o intuito de retaliação, não será nunca bastante para intimidar o delinqüente, nem mesmo para diminuir a violência. Lembremos, ainda, que a pena não pode e não deve ter somente este caráter, mas também o de servir para a educação e ressocialização do preso após o seu cumprimento, a fim de que ele se torne uma pessoa que preze a dignidade, a honra e o respeito ao próximo. Do contrário, pode-se afirmar categoricamente, o presidiário sairá da prisão, ao término do cumprimento da pena, muito pior do que quando entrou. É o risco que se corre, quando se adota tão somente o caráter de retaliação pelo crime cometido. O olho por olho, dente por dente, o talião, da lei mosaica, de há muito tempo foi superado pelos países que adotaram uma moderna política criminal.

Costa Andrade, escrevendo para o **Fórum da Família de Portugal**, em 3 de fevereiro de 2003, **chega a veementemente rechaçar a idéia de agravar as penas**, ao que os **políticos portugueses** estão sempre dispostos. Assim, fala-nos ele:

*“Não é assim que o entende o poder político, que se propõe a precisamente fazer o contrário: mudar a lei, forma larvada, insidiosa, de punir a própria lei. **Como se a lei representasse ela própria a transgressão.** É verdade que a insuficiência e a ineficácia preventivas da lei não estão minimamente demonstradas, pela razão simples de que ela não tem sido, pura e simplesmente, posta à prova. Mas a lei é pela sua plasticidade o mais atraente bode expiatório para as nossas frustrações coletivas.. É muito mais fácil e catártico mudar a lei do que curar a cegueira dos que não querem ver ou vencer a inércia de um sistema de controlo. Além do mais, o dedo apontado à lei leva implícita consigo a mensagem tranquilizadora de que tudo o resto está bem assim. É a legitimação mais poderosa do statu quo e dos fatos que o mostram.*

*De resto, este procedimento, longe de ser ocasional, corresponde a uma das mais marcantes "constantas antropológicas" do **modo português de fazer justiça criminal.** No verão ardem as florestas? Agravam-se as penas previstas para os incendiários. Um primeiro ministro é injuriado na **Baixa de Coimbra**? Agrava-se o regime punitivo destes crimes. **Um policial é agredido? Agravam-se as penas dos crimes contra os policiais.** Os elefantes passeiam sobre os nenúfares? Agravam-se as penas dos elefantes que espezinham as flores. Uma espiral irrefreável que, uma a uma, acabará por tocar todas as manifestações de delinqüência. **Só que, depois de mudar as leis e agravar as penas, o poder descansa. Já celebrou o rito de rasgar as vestes da indignação, já cumpriu o seu desígnio de alimentar o caudal de um direito penal simbólico, já revalidou a***

sua legitimação na fonte da law and order. Mesmo que esta delirante atividade legiferante tenha apenas e invariavelmente como reverso a subida exponencial das cifras negras e da criminalidade oculta.

Sabe-se, aliás, que esta febril e constante inovação legislativa configura a delícia dos agentes de crimes. Que se vão esgueirando nos interstícios da pletora legislativa e na complexidade inextricável dos problemas e conflitos que a sucessão de leis determina.

Uma máxima foi enunciada no século XVIII pelo Marquês de Beccaria que diz: o que determina a eficácia preventiva das leis penais é a certeza e a celeridade da aplicação delas e não da sua gravidade abstrata. Nada adiantando, por isso, o agravamento das penas se a sua aplicação efetiva é pouco provável e muito diferida no tempo. Isto é, se a certeza e prontidão das gratificações do crime tiver como reverso penas incertas e longínquas. “ (por Costa Andrade, português)

Havemos de lembrar, nesta oportunidade o ensinamento de Beccaria:

*“Beccaria foi, assim, o primeiro a perceber que o **agravamento das penas não produzia efeito considerável sobre a criminalidade.** Segundo ele, os que tomam a decisão de delinquir sempre o fazem a partir de um cálculo, de uma aposta: imaginam que não serão descobertos. Por conta disso, ao contrário do que imagina o senso comum, a vigência de penas especialmente graves não teria qualquer efeito inibitório. **Para Beccaria, a certeza da punição poderia exercer um papel muito mais efetivo na contenção da criminalidade do que a gravidade das penas.***

As prisões jamais funcionaram como instrumento ressocializador. elas jamais deixarão de ser reprodutoras da violência. E, mais

ainda, não são leis severas e muita gente na cadeia que resolvem o problema da criminalidade.

Os Estados Unidos encarceram seus cidadãos em números muito maiores e por períodos muito mais longos do que qualquer outro país do mundo desenvolvido. No entanto, os índices americanos de criminalidade violenta são os mais altos entre os países desenvolvidos. Em 1995, os Estados Unidos tiveram taxas de encarceramento seis vezes superiores às da Europa Ocidental e, em média, três vezes mais homicídios.

Não é tentando aplacar o medo na sociedade com reforço do emprego da violência pelo Estado e agravamento de penas que o problema será resolvido. A adoção de medidas desse tipo tem se mostrado inócua. **É a certeza da punição e não o tamanho da pena que inibe a ação criminosa.** Assim, é imperioso o esforço coletivo de instituições do Estado e sociedade para dar eficácia às leis já existentes, combatendo a impunidade e dando condições materiais para que as polícias, o Poder Judiciário e o Ministério Público possam atuar.

A propósito da vontade legislativa de tornar mais severa a pena ou de retirar supostos benefícios a acusados e a condenados, são contrários os saudosos Francisco de Assis Toledo¹ e Heleno Cláudio Fragoso:

Heleno Cláudio Fragoso, renomado jurista penalista pátrio, em sua obra Lições de Direito Penal, Ed. Forense, parte geral, pág. 466:

*"Reclama-se, assim, **menos direito penal.** Todavia, a essa recomendação de parcimônia, reage o legislador com perplexidade, ante o fenômeno assustador do aumento da criminalidade, praticamente em todo o mundo ocidental, principalmente os crimes violentos contra o patrimônio. **Diante do aumento da criminalidade, o legislador hesita em aceitar a recomendação dos que pedem menos direito penal. E isso porque o legislador está habituado a trabalhar com o instrumental punitivo, supondo, ingenuamente, que, aumentando a severidade das penas resolverá o problema da violência. A criminalidade aumenta, e provavelmente continuará aumentando, porque está ligada a***

¹ Princípios Básicos de direito Penal, Ed. Saraiva, 3ª ed.

uma estrutura social profundamente injusta e desigual, que marginaliza, cada vez mais extensa faixa da população, apresentando quantidade alarmante de menores abandonados ou em estado de carência. Enquanto não se atuar nesse ponto, será inútil punir, como será inútil, para os juristas, a elaboração de seus belos sistemas. Aspiramos a um direito penal mais humano. Um direito penal que efetivamente exerça função de tutela de valores de forma justa e igualitária. Isso só será possível numa sociedade mais justa e mais humana, que assegure os valores fundamentais da dignidade humana e da liberdade."

Toledo: No mesmo sentido é a lição de Francisco de Assis

*O crime é um fenômeno social complexo que não se deixa vencer totalmente por armas exclusivamente jurídico-penais. **Em grave equívoco incorrem, freqüentemente, a opinião pública, os responsáveis pela Administração e o próprio legislador, quando supõem que, com a edição de novas leis penais, mais abrangentes ou mais severas, será possível resolver-se o problema da criminalidade crescente. Essa concepção do direito penal é falsa porque o toma como uma espécie de panacéia que logo se revela inútil diante do incremento desconcertante das cifras da estatística criminal, apesar do delírio legiferante de nossos dias.***

Não percebem os que pretendem combater o crime com a só edição de leis que desconsideram o fenômeno criminal como efeito de muitas causas e penetram em um círculo vicioso invencível, no qual a própria lei penal passa freqüentemente, a operar ou como importante fator criminógeno, ou como intolerável meio de opressão."

Pelo exposto, não há como aprovar as propostas em análise.

Nosso voto é, portanto, pela constitucionalidade do PL 94, de 2007, mas por sua injuridicidade, má técnica legislativa e no mérito por

sua rejeição; e pela constitucionalidade do PL 1.182, de 2007, salvo nos artigos 5º e 10; por sua injuridicidade, má técnica legislativa e no mérito por sua rejeição.

Sala da Comissão, em de de 2008.

Deputado CARLOS WILLIAN
Relator