

Entrevista: Miguel Reale Júnior, decano da faculdade de Direito da USP, 1ª parte



De todas as atividades que **Miguel Reale Júnior** já

desempenhou na vida, a que melhor o define, e que exerceu por mais tempo, é a de professor. É livre-docente da Universidade de São Paulo desde 1973 e professor titular desde 1988. Foi lá também que concluiu seu doutoramento, em 1971. Tudo na área do Direito Penal.

Fora das salas de aula, foi ministro da Justiça de Fernando Henrique Cardoso, secretário estadual de Segurança Pública de São Paulo durante o governo de Franco Montoro (1983-1987), presidente da Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos desde sua criação até 2001 e presidente do PSDB. Mas é a versão "professor" que o jurista mais deixa aflorar nesta primeira parte da entrevista concedida à revista **Consultor Jurídico** no dia 21 de agosto.

O texto do anteprojeto de reforma do Código Penal, elaborado por uma comissão de juristas nomeada pelo Senado, recém-enviado ao Congresso, é hoje o alvo preferido do penalista. “O projeto é uma obscenidade, é gravíssimo”, diz. Para ele, os juristas chefiados pelo ministro Gilson Dipp, do Superior Tribunal de Justiça, não estudaram o suficiente. “Não têm nenhum conhecimento técnico-científico”, dispara.

Segundo o professor, faltou experiência à comissão. Tanto no manejo de termos técnicos e científicos quanto na elaboração de leis. Entre os erros citados, o mais grave, para Reale Júnior, foi a inclusão de doutrina e termos teóricos e a apropriação, segundo ele, indiscriminada, da lei esparsa no código. “Não tem conserto. Os erros são de tamanha gravidade, de tamanha profundidade, que não tem mais como consertar.”

Leia a primeira parte da entrevista:

ConJur — Qual sua avaliação do projeto de reforma do Código Penal?

Miguel Reale Júnior — É uma obscenidade, é gravíssimo. Erros da maior gravidade técnica e da maior gravidade com relação à criação dos tipos penais, de proporcionalidade. E a maior gravidade de todas está na parte geral, porque é uma utilização absolutamente atécnica, acientífica, de questões da maior



relevância, em que eles demonstram não ter o mínimo conhecimento de dogmática penal e da estrutura do crime.

ConJur — Onde isso aconteceu?

Miguel Reale — Basta ler. Para começar, no primeiro artigo. Está escrito lá: Legalidade. “Não há crime sem lei anterior”. É anterioridade da lei penal! Não existe lei anterior. E eles põem a rubrica de penal na legalidade. Nas causas de exclusão da antijuridicidade, eles colocam “exclusão do fato criminoso”, como se fossem excluir um fato naturalístico. Não é o fato criminoso que desaparece, é a ilicitude que desaparece. É ilógico. De repente, desaparece o fato. Veja o parágrafo 1º: “Também não haverá fato criminoso quando cumulativamente se verificarem as seguintes condições: mínima ofensividade, inexpressividade da lesão jurídica”. Mas uma coisa se confunde com a outra.

ConJur — Onde esses erros interferem?

Miguel Reale — Na parte do princípio da insignificância, da bagatela, colocam lá como exclusão do fato criminoso. E o que se conclui? Que é quando a conduta é de pequena ofensa *ou* que a lesão seja de pequena mora. Ofensividade e lesividade, para os autores que interpretam, são coisas diferentes. Tem de ter as duas, a ofensividade e a lesividade. E colocam no projeto também como condição, em uma linguagem coloquial, “reduzidíssimo”. Instituiu-se o direito penal coloquial. “Reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento.” “Grau de reprovabilidade reduzidíssimo”. A reprovabilidade é da culpabilidade, não tem nada a ver com a antijuridicidade. Que haja um reduzidíssimo grau de reprovação, que isso é uma matéria da culpabilidade, não tem nada a ver com exclusão da antijuridicidade, que erroneamente eles chamam de fato criminoso.

ConJur — O que quer dizer "reduzidíssimo"?

Miguel Reale — Boa pergunta. O que é reduzidíssimo? Grau de reprovabilidade? A reprovabilidade é elemento da culpabilidade, é o núcleo da culpabilidade, da reprovação. Não é antijuridicidade, não é ilicitude. Estado de necessidade. Considera-se em estado de necessidade quem pratica um fato para proteger bem jurídico. Bem jurídico é o núcleo, é o valor tutelado da lei penal. Ele não sabe o que é bem jurídico? Não é bem jurídico, é direito! Bem jurídico é um termo técnico. Qual é o bem jurídico tutelado pela norma? O juiz vai procurar saber qual é o bem jurídico. O bem jurídico é a vida, por exemplo. Bem jurídico é um conceito dogmático geral, é um valor tutelado por um direito. O que isso mostra? Falta de conhecimento técnico científico de direito jurídico.

**ConJur — Faltou conhecimento?**

Miguel Reale — Faltou estudar. Falta conhecer, manobrar, manejar os conceitos jurídicos. É isso que preocupa. E tem muitas teorias. Então, vamos em determinado autor, como a teoria do domínio do fato. É uma determinada teoria. Não pode fazer teoria no código. Mas existem coisas aqui que realmenteficam...

Por exemplo: “considera-se autor”. Vamos ver se é possível entender essa frase: “Os que dominam a vontade de pessoa que age sem dolo atipicamente”. Isso aqui é para ser doutrina. “Atipicamente.” Dominam a vontade de pessoa que age sem dolo “atipicamente”. Trata-se de alguém que está sob domínio físico, como uma pessoa com uma faca no pescoço. Ou quem é coagido. Usaram uma linguagem que você tem que decifrar. “Dominam a vontade de pessoa que age sem dolo”. Como sem dolo? “Justificada” é quem vai e atua em legítima defesa, não tem nada a ver com falta de dolo. Não é dolo. Então, é agir sem dolo de forma justificada? Isso não existe! Não se concebe isso porque são conceitos absolutamente diversos e diferentes.

ConJur — São erros banais?

Miguel Reale — Banais. Em suma, trouxeram toda a legislação especial sem se preocupar em melhorar essa legislação esparsa que estava aí, extravagante, que tinha erros manifestos já anotados pela crítica e transpõe sem mudar nada. Crimes financeiros, crimes ambientais. Eu defendo que a lei dos crimes ambientais foi a pior lei brasileira. Mas esse projeto ganha por quilômetros...

ConJur — A Lei de Crimes Ambientais é tão ruim?

Miguel Reale — Ela diz que a responsabilidade da pessoa jurídica só ocorrerá se houver uma decisão colegiada pela conduta criminosa, cometida por decisão do seu representante legal ou por ordem do colegiado, em interesse e benefício da entidade. Mas a maior parte dos crimes ambientais são culposos, os mais graves. Quando vaza petróleo na Chevron, por exemplo, não houve uma decisão: “Vamos estourar o cano aqui e destruir ecossistemas...” Pela lei, precisa haver uma decisão de prática do delito. Deixar escrito: “Vamos praticar o delito.” No projeto de Código Penal, eles reproduzem a lei ambiental, mas têm a capacidade, que eu mesmo imaginava inexistente, de aumentar ainda mais as tolices.

ConJur — Por que aconteceram erros tão graves?

Miguel Reale — Não sei. Há pessoas até muito amigas, mas que não têm experiência na área efetivamente acadêmica ou experiência legislativa. Eles não conhecem teoria do Direito. Estão trabalhando com teoria do Direito com absoluto desconhecimento técnico.

ConJur — Como foi escolhida a comissão?

Miguel Reale — Foi o Sarney. Foram pessoas conhecidas, do Sergipe, de Goiás. É o “Código do Sarney”, porque daqui a pouco acaba o mandato dele, mas o código criado por ele precisa perdurar. O que mais me impressiona é a forma como isso foi feito.

ConJur — Qual foi?

Miguel Reale — Foi picotado. Tanto que na exposição de motivos, cada artigo vem assinado por uma pessoa. Não houve trabalho conjunto sistemático, não houve meditação. Eu participei de várias comissões legislativas. O trabalho que dá é você pôr a cabeça no travesseiro, pensar, trocar ideias, fazer reuniões, brigar.



ConJur — Falhas teóricas prejudicam os méritos do texto?

Miguel Reale — Seria uma vergonha para a Ciência Jurídica Brasileira se saísse um código com erros tão profundos. Quando você acha que encontrou um absurdo, leia o artigo seguinte. O artigo 137 prevê que a pena para difamação vai de um a dois anos. Já o artigo 140 diz que se a difamação for causada por meio jornalístico, a pena é o dobro. A Lei de Imprensa, que foi declarada inconstitucional, e era considerada dura demais, previa que a pena para isso era de três meses!

ConJur — O texto recebeu elogios.

Miguel Reale — Os elaboradores é que falaram bem! Fizeram um Código Penal que jornalista gosta. Punham no jornal e se valiam dos meios de comunicação do STJ ou do Senado para agitar a imprensa. Quem é que falou bem? Qual foi o jurista que falou bem? Até porque não se conhecia o projeto, só se conhecia por notícia de jornal. Isso que eu estou dizendo sobre o fato criminoso é gravíssimo. Mas tem erros que já estavam incluídos nos dados preparatórios, como o nexos de causalidade. Eles vão mexer em termos que estavam consagrados no Direito, que ninguém.

ConJur — Não estavam em pauta?

Miguel Reale — Não estavam em pauta, já estavam consolidadas no Código Penal. Não é uma coisa para ser mexida, nós mesmos não mexemos em 1984, quando fizemos a reforma da parte geral. Mexemos na parte do sistema de penas, mas eles acabaram com o livramento condicional sem justificativa.

ConJur — Foi para diminuir as penas das condenações?

Miguel Reale — Pelo contrário, as penas são elevadíssimas! E para fatos irrelevantes. "Artigo 394: omissão de socorro para animal." A qualquer animal. Se você passa e encontra um animal em estado de perigo e não presta socorro a esse animal, sem risco pessoal, sabe qual é a pena? De um a quatro anos. Agora, omitindo socorro a criança extraviada, abandonada ou pessoa ferida, sabe qual a pena? Um mês. Ou seja, a pena por não prestar socorro a um animal é 12 vezes maior do que a pena de não prestar socorro a uma pessoa ferida. Outro exemplo: pescar ou molestar cetáceo. Sabe qual é a pena? Dois a quatro anos. Mas se você molestar um filhote de cetáceo, é três anos. Se você só pesca o cetáceo é dois, mas se o cetáceo morre, passa para quatro anos. Você vai pescar para quê? Para colocar a baleia no aquário dentro de casa?

ConJur — E sem livramento condicional.

Miguel Reale — Pois é. Acabar com o livramento condicional é uma violência. Eles criam uma barganha com a colaboração da Justiça. A barganha elimina o processo sem a presença do réu, e é feita pelo advogado ou defensor público que estabelece que não haverá processo. Então, aceita-se uma negociação na qual haverá a imposição de uma pena reduzida sem que se possa aplicar o sistema fechado.

ConJur — De onde tiraram isso?

Miguel Reale — Do sistema americano. Para qualquer crime, qualquer delito, haverá barganha para não manter o sistema fechado. E depois da colaboração, já mais vergonhosa de todas, porque quebra com todos os sistemas éticos de vida, que é denunciar os amigos para todos os delitos, vem a colaboração com a Justiça em qualquer tipo de crime. Aí o sujeito não é apenado, em qualquer tipo de delito, se ele antes da denúncia apresentar uma investigação, elementos suficientes para culpar os coautores, os cúmplices. É uma coisa importada. Esse exemplo americano é extremamente grave, porque nos Estados



Unidos já se tem a comprovação, estudos estatísticos, do número de pessoas que, na incapacidade de produzir provas a seu favor, na falta de ter um advogado competente, aceitam a barganha porque acham melhor, mais seguro aceitar uma pena menor do que enfrentar o processo.

ConJur — Mesmo sendo inocentes?

Miguel Reale — Mesmo sendo inocentes. O número de inocentes que acabam aceitando a barganha, com a ameaça de que haverá uma pena muito maior de outra forma, é muito grande. Por outro lado, a colaboração da Justiça é o sujeito ficar praticando o delito até a hora que a barca vai afundar. Na hora que a barca afunda, ele pula fora e entrega os outros. Quer dizer, é o Estado se valendo da covardia e da falta de ética do criminoso. É a ética do delator. É premiar o mal caráter, premiar o covarde. Porque há de ter pelo menos um código de ética entre aqueles que praticam o crime.

ConJur — O novo Código Penal vai acabar com isso?

Miguel Reale — Todas as leis internacionais querem introduzir normas de delação. Delação demonstra o seguinte: incapacidade de apuração. É o juiz, recebendo os fatos, considerar o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade. Se imputado como primário, ou reduzirá a pena de um terço a dois terços ou aplicará somente a pena restritiva. Quer dizer, não tem pena de prisão ao acusado que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação. Mas como voluntariamente? Ele está com um processo em cima dele.

ConJur — Como funcionaria essa delação?

Miguel Reale — Você delata, sua delação fica sigilosa, e depois que é delatado é dado conhecimento dela aos advogados das partes, ou dos réus, que foram delatados pelo beneficiário. É delação de coautor. Os coautores vão ser processados por causa da delação. Está dizendo aqui que não basta a delação para ser prova, tem que ter outros elementos. Mas ele delatou. E se não tiver nenhuma outra prova? Não está escrito aqui. Aqui diz a total ou parcial identificação dos demais coautores, e não prova.

ConJur — Ou seja, é preciso correr para delatar primeiro e não ser delatado por um comparsa.

Miguel Reale — Sim. E a delação tem de ter como resultado: "a total ou parcial identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; a localização da vítima com a sua integridade física preservada". Aqui é no caso de um sequestro. Recuperação total ou parcial do produto do crime.

ConJur — Dispositivos como esses são para ganhar manchetes?

Miguel Reale — É isso que estou dizendo, não se faz Código Penal com o jornalista à porta. A cada pérola produzida, punham na imprensa. Os notáveis não têm o menor conhecimento técnico-científico, o menor conhecimento jurídico. O que me espantou foi, na parte geral, encontrar isso. Confusões gravíssimas conceituais. Algumas coisas são mais técnicas. "A realização do fato criminoso exige ação ou omissão, dolosa ou culposa, que produza ofensa, potencial ou ofensiva." Tem vários crimes que não têm ofensa potencial ou efetiva. Por exemplo: tráfico de drogas, não tem. Qual a ofensa potencial que o tráfico de drogas oferece a um determinado bem jurídico? Não tem. São chamados crimes de perigo abstrato, em que você presume que há um perigo em decorrência dele. Porte de entorpecentes, por exemplo. Porte de arma é crime grave hoje. Não tem nenhuma ofensa potencial ou efetiva. Porque é um crime de perigo abstrato, é um crime chamado de "de mera conduta". E hoje isso se repete. Em vários tipos de delito há a figura do crime de perigo abstrato. Quando fala do fato criminoso, você já está incluindo todos os crimes de perigo abstrato. Isso tem que ser comedido. Têm de ser limitados os crimes



de perigo abstrato, mas com o novo texto, acaba-se com os crimes de perigo abstrato. Tem ainda uma frase que eu não consegui entender: “A omissão deve equivaler-se à causação”. Como ela mesma vai se equivaler? Não dá para entender. Tem outra coisa aqui: “o resultado exigido.” Exigido por quem?

ConJur — Seria o resultado obtido?

Miguel Reale — Claro! Resultado exigido? Por quem? O resultado exigido pela norma?

ConJur — O senhor havia falado da questão do dolo.

Miguel Reale — Isso. O artigo 18, inciso I, diz: “doloso, quando o agente quis realizar o tipo penal ou assumiu o risco de realizá-lo”. Eu quis o tipo penal? O tipo penal tem vários elementos constitutivos. É falta de conhecimento técnico no uso dos termos técnico-jurídicos. O tipo penal é um conceito da estrutura do crime, dogmático. Não se “quer o tipo penal”, se quer a ação. O texto diz também que há um início de execução quando o autor realiza uma das condutas constitutivas do tipo ou, segundo seu plano delitivo, pratica atos imediatamente anteriores à realização do tipo. Se você não realizou, são os atos preparatórios que exponham a perigo o bem jurídico protegido. Isso é o samba do crioulo doido! Por isso que eu disse que o problema não é ser técnico, é ser compreensível e se ter um pouco de lógica, de fundamento, de conhecimento. São coisas que realmente me deixam extremamente preocupado.

ConJur — Pode melhorar no Congresso?

Miguel Reale — Não tem conserto. Os erros são de tamanha gravidade, de tamanha profundidade, que não tem mais como consertar. Eu sei que o Executivo não põe suas fichas nesse projeto. O projeto é realmente de envergonhar a ciência.

ConJur — O desinteresse do governo é aberto?

Miguel Reale — Não. Eu tive notícias de que o Executivo não teria interesse porque sabe dos comprometimentos, das ausências técnicas que estão presentes nesse projeto.

ConJur — Já lhe consultaram?

Miguel Reale — Não. E o membro mais importante que tinha nessa comissão, que tinha experiência legislativa, era um acadêmico. Era o professor Renê Dotti, que saiu dizendo que não tinha condições de permanecer ali do jeito que os trabalhos estavam sendo conduzidos.

ConJur — No seu ponto de vista, qual é o erro principal?

Miguel Reale — É você estabelecer uma punição, uma interferência do Direito Penal em fatos que devem ser enfrentados pelo processo educacional, processo de educação na escola, processo de educação na família, e não com a repressão penal.

ConJur — Tentar resolver todos os problemas com punição pode ser visto como reflexo do momento social em que vivemos?

Miguel Reale — Também. Imaginar que trazer punição do Direito Penal para resolver as coisas, que vamos dormir tranquilos porque o Direito Penal está resolvendo tudo. É a ausência dos controles informais, a escola, a igreja, a família, o sindicato, o clube, a associação do bairro, a vizinhança etc. São todas formas naturais, sociais, de controle social. Quando os controles informais já não atuam, se reforça o Direito Penal como salvação. Passa a ser o desaguador de todas as expectativas.



ConJur — Isso mostra uma hipertrofia do Estado?

Miguel Reale — Uma grande hipertrofia e uma fragilidade política e uma fragilidade social. Políticas de sociabilidade, políticas de agonia social. É um agigantamento do Direito Penal.

ConJur — Passamos também por um afã acusatório, ou seja, é mais importante fazer uma acusação do que se chegar a uma solução?

Miguel Reale — Sim. Isso passa um pouco pela dramatização da violência, pelo Direito Penal presente nos meios de comunicação diariamente, uma exacerbação. Ao mesmo tempo em que existe uma crença no Direito Penal, há uma descrença, porque se chega a um momento de grande decepção. Ao mesmo tempo em que depositam todas as fichas no Direito Penal, as pessoas dizem: “Mas ninguém vai ser punido” ou “só vão ser punidos os pequenos, e os grandes nomes vão se safar”. A pesquisa da *Folha de S.Paulo* sobre o mensalão é um exemplo. As pessoas acham que os réus são culpados, mas 73% acham que eles não serão punidos. Ou seja, é ao mesmo tempo ter o Direito Penal como único recurso, e saber que esse recurso não vai funcionar. Aí vem um grande desânimo que acaba, talvez, levando negativamente a uma grande permissividade.

ConJur — O nosso sistema penal está preparado para isso?

Miguel Reale — Não, inclusive com esse problema de não haver o livramento condicional. O que eu vejo é o seguinte: grande parte da população carcerária está presa por crime de roubo, violência, crime contra patrimônio, ou seja, roubo comum, roubo à mão armada, latrocínio e tráfico de drogas. Esses são os crimes, os núcleos que mais levam à prisão. A maior parte é por latrocínio e tráfico de drogas, que são crimes hediondos. Ser crime hediondo não levou a uma redução da incidência criminal. E os crimes de roubo, que crescem vertiginosamente, crime de roubo comum ou roubo à mão armada, ou mesmo, infelizmente, com mais gravidade, o latrocínio, cresceram vertiginosamente, pelo menos em São Paulo, e é um crime hediondo. Por que se dissemina? Porque existe uma grande impunidade. Essa impunidade vem do quê? Da falta de apuração dos fatos delituosos.

ConJur — Então o problema é da falta de polícia e não de lei?

Miguel Reale — Nem da falta de lei, nem da falta de polícia. É da falta de investigação. O percentual dos crimes de roubo cuja a natureza é descoberta é de apenas 2%. Então, se nós temos 500 mil presos a maioria desses presos é por roubo, imagina se você descobrisse dez vezes mais, ou 20%. Qual seria a população carcerária? Eu mesmo fui assaltado duas vezes e não registrei boletim de ocorrência. O problema todo é imaginar que a lei penal em abstrato tenha efeito intimidativo. O que tem efeito intimidativo é a lei quando é efetivada ou quando se mostra possível de efetivar. Vou dar um exemplo: se você está em um estrada e passa um carro no sentido contrário e dá um sinal de luz, você diminui a velocidade porque tem guarda rodoviário pela frente. Quando você passa o guarda rodoviário, você acelera. Quando você está na estrada e tem lá o radar, você diminui. Então o que é? É a presença efetiva, ou humana ou por via de instrumentos de controle.

ConJur — Neste ano, o Código Civil, cujo anteprojeto foi elaborado pelo seu pai, Miguel Reale, faz dez anos. Foi um projeto que demorou 25 anos para ser aprovado, aparentemente sem pressa.

Miguel Reale — E foi um trabalho imensamente meditado. Depois veio a Constituição Federal, daí houve 400 emendas oferecidas, um grande trabalho do relator no Senado, e meu pai respondeu as 400 emendas sozinho, à mão. Nós temos tudo isso feito à mão por ele, anotado. Eu guardo tudo isso em um



instituto que nós temos.

ConJur — Quanta gente havia na comissão elaboradora?

Miguel Reale — Pouca gente. E o Código Civil está produzindo efeitos, tem novidades e contribuições importantes. Há erros, mas ao mesmo tempo foi reconhecido o imenso avanço que o Código Civil trouxe na consagração de valores importantes do Direito Civil, como a função social, como a sociabilidade. Um código voltado para um futuro aberto graças a normas que têm cláusulas abertas, cláusulas gerais. Foi um código muito pensado, muito meditado, meu pai discutia muito com outros professores, como o professor Moreira Alves, com quem trocava ideias, e havia troca de ideias no Congresso Nacional. Assim que se faz uma legislação de tamanha grandeza.

ConJur — O fato de o Direito mudar muito rápido não exige que se aprove uma lei antes que seja tarde demais?

Miguel Reale — Aí é que fica tarde demais, porque já nasce mal feito. Não se pode fazer uma legislação dessa maneira, de afogadilho. Aliás, tem coisas ali no projeto de reforma do Código Penal que são notáveis, como toda a questão da parte geral, que exige um profundo conhecimento da estrutura do crime, da dogmática penal. E já foi visto que não existe nem de longe o conhecimento técnico-jurídico penal na parte geral, que é a parte central.

Date Created

02/09/2012