

JORNAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

JOURNAL OF CRIMINAL SCIENCES

Vol. 2 • n. 2 • ago / 2019

EQUIPE EDITORIAL

Editora-chefe: Maria Carolina de Melo Amorim

Editoras-assistentes: Ana Cláudia Bastos de Pinho, Ana Cristina Gomes, Carolina Costa Ferreira, Érica Babini Lapa do Amaral Machado e Hugo Leonardo Rodrigues Santos

Editores-executivos: Rafael Vieira, Taynara Lira e Willians Meneses

CONSELHO EDITORIAL

Alaor Leite (Ludwig-Maximilians Universität – Alemanha), Antonio Martins (Universidade de Coimbra – Portugal)
Eduardo Viana (Universidade Estadual de Santa Cruz – Santa Cruz/BA), Fábio Roberto D'Ávila (PUCRS – Porto Alegre/RS), Frederico Horta (UFMG – Belo Horizonte/MG), Rodrigo Sánchez Rios (PUCPR – Curitiba/PR), Thiago Bottino (FGV – Rio de Janeiro/RJ).

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Adriano Teixeira (Fundação Getúlio Vargas – São Paulo/SP)

Ana Carolina Fleury (Universidade Estadual de Goiás – Goiânia/GO)

Antenor Madruga (OAB – Brasília/DF)

Antonio Baptista Gonçalves (Fundação Getúlio Vargas – São Paulo/SP)

Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes (PUC Minas – Belo Horizonte/MG)

Carlos Wehrs (OAB – Brasília/DF)

Claudio Brandão (PUC Minas – Belo Horizonte/MG)

Cristiano Zanin Martins (OAB – São Paulo/SP)

Danielle da Rocha Cruz (Universidade Federal da Paraíba – João Pessoa/PB)

Fabício Silva Soares de Magalhães (Universidade Cândido Mendes – Rio de Janeiro/RJ)

Gabriel José da Silva Neto (Universidade Estadual de Goiás – Goiânia/GO)

Pedro Garrido Rodríguez (Universidad de Salamanca – Espanha)

Sidney Cassio Alves Rocha (PUC Minas – Belo Horizonte/MG)

Teodomiro Noronha Cardozo (Faculdade Damas da Instrução Cristã e Universidade Católica de Pernambuco – Recife/PE)

Indexadores:



Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2017/2018

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTA

Eleonora Rangel Nacif

1º VICE-PRESIDENTE

Bruno Shimizu

2º VICE-PRESIDENTE

Helios Alejandro Nogués Moyano

1º SECRETÁRIA

Andrea D'Angelo

2º SECRETÁRIO

Luís Carlos Valois

1º TESOUREIRO

Gabriel Queiroz

2º TESOUREIRO

Yuri Felix

DIRETOR NACIONAL DAS

COORDENADORIAS REGIONAIS E

ESTADUAIS

Carla Silene Gomes

ASSESSORA DA PRESIDÊNCIA

Jacqueline Sinhoretto

CONSELHO CONSULTIVO

MEMBROS

Cristiano Maronna

Sérgio Salomão Shecaira

Alvino Augusto de Sá

Ela Wiecko

Geraldo Prado

OUVIDORA

Fabiana Zanatta Viana

COORDENADORES-CHEFES DOS DEPARTAMENTOS

AÇÕES ANTIDISCRIMINATÓRIAS

Thayná Yaredy

AMICUS CURIAE

Maurício Stegmann Dieter

ATUALIZAÇÃO DO VOCABULÁRIO BÁSICO

CONTROLADO

Roberto Portugal de Biazzi

BIBLIOTECA

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

BOLETIM

Luigi Barbieri Ferrarini

COMUNICAÇÃO

Roberto Tardelli

CONCESSÃO DE BOLSAS DE ESTUDOS E DESENVOLVIMENTO ACADÊMICO

Juliana Souza Pereira

CONVÊNIOS

Gustavo Brito

COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

Ilana Müller

CURSOS

Clara Masiero

CURSOS IBCCRIM - COIMBRA

Claudia Barrilari (SP)

DIREITO PENAL ECONÔMICO E COMPLIANCE

Priscila Beltrame

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS

Carolina Costa Ferreira

ESTUDOS SOBRE HABEAS CORPUS

Alberto Zacharias Toron

INFÂNCIA E JUVENTUDE

Mariana Chies Santiago Santos

INICIAÇÃO CIENTÍFICA

André Lozano

JORNAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Maria Carolina Amorim

JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA

Dina Alves

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES

Renato Watanabe

MONOGRAFIAS

Eduardo Saad Diniz

NÚCLEO DE PESQUISAS

Riccardo Cappi

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS

Luciana Boiteux

RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Silvio Luiz de Almeida

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Leandro Ayres França

REVISTA LIBERDADES

Paula Mamede

SISTEMA PRISIONAL

Patrick Lemos Cacicedo

22º CONCURSO DE MONOGRAFIAS DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – IBCCRIM

Eduardo Saad Diniz

25º SEMINÁRIO INTERNACIONAL

Yuri Felix

GRUPO DE ESTUDOS

GRUPO DE ESTUDOS SOBRE CIÊNCIAS CRIMINAIS E DIREITOS HUMANOS

Milene Cristina Santos

GRUPO DE ESTUDOS SOBRE ESCOLAS PENAIS

Alice Quintela

EQUIPE DO IBCCRIM

SUPERVISÃO GERAL

Paulo Cesar Malvezzi Filho

EQUIPE

Fernanda M. Barbosa Euflauzino

NÚCLEO ADMINISTRATIVO

SUPERVISÃO

Fernanda Barreto

EQUIPE

Alexandre Soledade de Oliveira

Eliane Yanikian

Nadir Fernandes Almeida Silva

Nathalia Aparecida Mendes Costa

NÚCLEO FINANCEIRO

SUPERVISÃO

Roberto Seracinskis

EQUIPE

Andrea Pereira dos Santos

Bruna Vargas

Vanessa dos Santos Lima

Victor de Souza Nogueira

NÚCLEO DE ATUAÇÃO POLÍTICA

SUPERVISÃO

Lorraine Carvalho Silva

EQUIPE

Jonas Santos

NÚCLEO DE BIBLIOTECA

SUPERVISÃO

Helena Curvello

EQUIPE

Anderson Fernandes Campos

Natalí de Lima Santos

Simone Camargo Nogueira

NÚCLEO DE COMUNICAÇÃO

SUPERVISÃO

Douglas Calixto

EQUIPE

Adriana Peres Almeida Santos

Harumi Visconti

Rodrigo Pastore

Vitor Munis da Silva

NÚCLEO DE EDUCAÇÃO

SUPERVISÃO

Andreza Martiniano da Silva

EQUIPE

Ana Paula da Silva

Andreia da Silva Rocha

Hegle Borges da Silva

Tânia Andrade

NÚCLEO DE PUBLICAÇÕES

SUPERVISÃO

Willians Meneses

EQUIPE

Rafael Vieira

Taynara Lira

SUMÁRIO

Editorial – Um novo olhar sobre o direito penal e processual penal brasileiros	6
Análise do Projeto de Lei Anticrime à luz da obra “Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão” de Michel Foucault	
<i>Anticrime Law Project analysis based on the book “I, Pierre Rivière, having slaughtered my mother, my sister, and my brother” by Michel Foucault</i>	
ANA CAROLINA FLEURY E GABRIEL JOSÉ DA SILVA NETO	7
O valor processual das informações de inteligência financeira obtidas por meio do Grupo Egmont	
<i>The Procedural Value of financial intelligence information obtained through the Egmont Group</i>	
ANTENOR MADRUGA, ADRIANO TEIXEIRA E CARLOS WEHRS	21
Crime organizado e política externa – o controle do PCC nas fronteiras mostra a fragilidade da política externa brasileira	
<i>Organized crime and external policy – PCC control at the borders shows the fragility of brazilian external policy</i>	
ANTONIO BAPTISTA GONÇALVES	31
A inobservância da taxatividade da lei penal nas denúncias por crime organizado	
<i>The non-observance of the taxativity of the criminal law in the denunciation for organized crime</i>	
CARLA SILENE CARDOSO LISBOA BERNARDO GOMES	47
O delito de Invasão de Dispositivo Informático e os testes de segurança (PenTests)	
<i>Information Technology Asset Intrusion offense and the penetration tests (PenTests)</i>	
CLAUDIO BRANDÃO E SIDNEY CASSIO ALVES ROCHA	61
A imparcialidade do juiz no processo penal	
<i>The judge’s impartiality in the criminal procedure</i>	
CRISTIANO ZANIN MARTINS	69

El principio de presunción de inocencia en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal*The principle of presumption of innocence in the jurisprudence of the Supreme Federal Court*

DANIELLE DA ROCHA CRUZ..... 74

Notas críticas à decisão do STF na ADI 5508/DF*Critical notes to the decision of the STF in the ADI 5508/df*

FABRÍCIO SILVA SOARES DE MAGALHÃES 82

A gestão da prova no processo penal: a atividade subsidiária do juiz*The Management of Proof in Criminal Procedure: the subsidiary activity of the judge*

TEODOMIRO NORONHA CARDOZO 98

Mecanismos contra la corrupción y para la eficiencia al efecto de la Cooperación Internacional y Ayuda Oficial al Desarrollo: el caso español*Procedures against corruption and for efficiency in International Cooperation and Official Development Assistance: the spanish case*

PEDRO GARRIDO RODRÍGUEZ..... 105

EDITORIAL

UM NOVO OLHAR SOBRE O DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL BRASILEIROS

Através de seu segundo número, ora apresentado ao leitor, o *Jornal de Ciências Criminais (JCC)* consolida-se como publicação nacional, lançando um olhar crítico sobre a jurisprudência penal brasileira e sua pretensa conformidade com a legislação e princípios do direito. A discussão dogmática, aqui comparada com a realidade verificada nas decisões judiciais, faz com que o jornal transcenda a elaboração de críticas e inventarie análises e soluções.

O delicado momento que vive o Poder Judiciário brasileiro - pressionado por todos os lados da polarização política, constantemente criticado pela imprensa e mídias sociais e agora descredibilizado pela divulgação de mensagens que desnudaram a Operação Lava Jato - expõe uma face acabrunhada, acovardada e abatida dos nossos Tribunais, cujas decisões, algumas vezes, têm se distanciado da lei para satisfazer anseios midiáticos e populares.

Faz-se urgente o fortalecimento do Poder Judiciário como garantidor da segurança jurídica, e uma das ferramentas para tal fortalecimento é discutir cientificamente os erros e acertos, de forma comprometida com o Estado de Direito e com a Constituição brasileira.

Nesta edição apresentamos dez artigos, de professores brasileiros e estrangeiros, e vinculados a diversas universidades brasileiras. Tratamos da gestão da prova no processo penal e do papel subsidiário do juiz, discutimos o Projeto Anticrime, em tramitação no Congresso Nacional, e abordamos a decisão do STF na ADI 5508/DF, que conferiu aos delegados de polícia a prerrogativa de propor e firmar acordos de colaboração premiada, dentre outros pontos polêmicos.

Como não podia deixar de ser, registra-se nessa edição a discussão sobre o direito fundamental a um julgamento imparcial, trazendo à colação precedentes de Cortes Internacionais de Direitos Humanos e dos Tribunais superiores brasileiros. O princípio da presunção de inocência também é confrontado com o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em artigo derivado de um caloroso discurso proferido na Universidade de Salamanca.

Discute-se, ainda, o crime de invasão de dispositivo de informática (*cybercrime*) e a política de segurança da informação, bem como, em outro trabalho, a legalidade da troca de informações de inteligência financeira por meio do Grupo Egmont nas investigações de crimes de lavagem de capitais e outros.

A discussão sobre crime organizado é aqui abordada sob dois aspectos: (I) da política externa e o acesso das facções às fronteiras brasileiras para escoamento das drogas; (II) e da taxatividade da lei penal nas denúncias oferecidas por crime organizado, a partir de casos concretos. Quanto ao tema corrupção, é trazido em artigo internacional, a partir da experiência de casos espanhóis.

O JCC se propõe a discutir soluções jurídicas e fomentar o debate sobre o direito aplicado no âmbito das ciências criminais, através da democratização do conhecimento científico. É uma publicação on line, de conteúdo gratuito e livre acesso pela internet, do IBCCRIM. Agradecendo a todos os nossos colaboradores e escritores, convidamos você a participar de nossas edições: leia, discuta, divulgue, escreva.

Coordenação do *Jornal de Ciências Criminais*

ANÁLISE DO PROJETO DE LEI ANTICRIME À LUZ DA OBRA “EU, PIERRE RIVIÈRE, QUE DEGOLEI MINHA MÃE, MINHA IRMÃ E MEU IRMÃO” DE MICHEL FOUCAULT

ANTICRIME LAW PROJECT ANALYSIS BASED ON THE BOOK “I, PIERRE RIVIÈRE, HAVING SLAUGHTERED MY MOTHER, MY SISTER, AND MY BROTHER” BY MICHEL FOUCAULT

ANA CAROLINA FLEURY

Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Especialista em Direito Público pela Faculdade Damásio de Jesus (SP), Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Candido Mendes (RJ), Mestranda em Educação, Linguagem e Tecnologias pela Universidade Estadual de Goiás no PPG/IELT.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7500-3909>
E-mail: anacarolinafleury@gmail.com.

GABRIEL JOSÉ DA SILVA NETO

Graduado em Direito pela UniEvangélica, Mestrando em Educação, Linguagem e Tecnologias pela Universidade Estadual de Goiás.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6139-6350>
E-mail: gabrieljsn@hotmail.com.

“Sem dúvida, muitos dos pensamentos que aí são expressos denotam uma deplorável deturpação de ideias e de juízo, mas está longe de ser obra de um alienado, e o estilo não é o que há de menos surpreendente nesta singular composição”.

Michel Foucault (Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão)

RESUMO: O presente artigo pretende analisar o Projeto de Lei Anticrime de autoria do Ministro Sérgio Moro apresentado como um instrumento de combate ao crime, mas que causa desconfiança se observadas as suas motivações. Os autores se dispõem, portanto, a abordar os principais e mais polêmicos pontos presentes no Projeto, a fim de concluir se suas inquietações possuem fundamentos, especialmente, científicos. Ademais, a análise ocorrerá sob a luz da obra de Michel Foucault, intitulada “Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão”, já que possibilita interpretações necessárias do cenário e das concepções na sociedade atual sobre o crime, o criminoso e a criminalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Crime; Justiça; Sociedade.

ABSTRACT: The present article intends to analyze the Anti-crime Law Project authored by Minister Sergio Moro presented as an instrument to combat crime, but which causes distrust if observed its motivations. The authors are therefore prepared to address the main and most controversial points in the Project, in order to conclude whether their concerns have, in particular, scientific foundations. In addition, the analysis will discuss the work of Michel Foucault, entitled “I, Pierre Rivière, having slaughtered my mother, my sister and my brother”, since it provides the necessary interpretations of the scenario and conceptions in today’s society about crime, criminal and criminality.

KEYWORDS: Crime; Justice; Society.

SUMÁRIO: Introdução – 1 O Projeto de Lei Anticrime: análise dos principais aspectos – 1.1 Execução antecipada da pena – 1.2 Legítima defesa: subjetividade e populismo – 1.3 O processo penal na forma de negócio – 1.4 Números no sistema carcerário e criminalidade – 2 A prisão espetáculo: o risco da atuação esmagadora do Estado – 3 Rivière: conflitos entre aristocracia e campesinato – 4 Conclusão – 5 Referências

Introdução

No campo das ciências sociais e humanas, a violência e/ou o crime como objeto de estudos tem se constituído como tema importante das reflexões que se desenvolvem nas universidades e demais instituições de ensino e pesquisa. Dentre os vários fatores que podem explicar o interesse dos pesquisadores, destaca-se o aumento da violência criminal que a partir dos anos 1980, avançou consideravelmente no mundo ocidental.

Esse crescimento da violência certamente não ocorre por acaso ou por motivos naturais. Os anos 1980 é o período em que os países governados por elites burocráticas, sustentadas por discursos pautados em ideologias como o neoliberalismo e a globalização, adotam um conjunto de mudanças sociais visando dar resposta à crise que marca o esgotamento do processo de acumulação capitalista. Ora, a crise desencadeada na segunda metade da década de 1960 foi agravada nos anos 1970 pela crise do petróleo, mas, por outro lado, ela foi fértil no sentido de impulsionar uma intensa mobilização social que se expressa nas lutas estudantis, operárias, movimentos contra culturais etc.

Desse modo, a partir dos anos 1980, os governos da Inglaterra e dos Estados Unidos, respectivamente Margaret Thatcher e Ronaldo Reagan lideraram o processo de desmantelamento do chamado Estado de Bem Estar Social, por meio da redução nos investimentos estatais em políticas sociais, promovendo ao mesmo tempo, a precarização do trabalho, o aumento do desemprego etc. Nesse contexto, ocorre o aumento da criminalidade, pois o crime torna-se alternativa de sobrevivência para setores socialmente marginalizados, os quais se encontram destituídos até mesmo do mínimo para viver. Além disso, o crime alcança outros setores da sociedade que imbuídos dos valores dominantes de nossa sociedade, se curvam diante do anseio de obter luxo, *status* e poder.

Evidentemente que o Brasil não se manteve livre de tal crise e do conseqüente processo de aumento da criminalidade. Todavia com as eleições de 2018, já no primeiro mês do ano de 2019, foi apresentado pelo atual ministro, cunhado pelo próprio governo de superministro da Justiça, o ex-juiz federal Sérgio Moro, o projeto de Lei Anticrime, assim, por ele denominado. O esboço dividiu opiniões e rendeu polêmicas, já que trata de demandas populares e populistas.

A proposta apresenta um pacote de medidas que aborda diversos aspectos da legislação penal e processual penal, entretanto o projeto incorre no erro do fetiche normativista, ou seja, a crença de que elaborando leis penais, todos os problemas serão resolvidos. É um pacote simbólico que não leva em consideração questões importantíssimas e sérias como, por exemplo, o sistema carcerário brasileiro.

Além da normatização, o projeto vem com algumas ilegalidades e recheado de subjetividades, ao passo que busca tratar de medidas contra a corrupção, mas também contra o crime organizado e crimes praticados com violência num mesmo dispositivo, mostrando desconhecimento acerca da complexidade de tais questões.

A análise jurídica, social e filosófica da proposta torna-se necessária e, portanto, com o artigo, pretende-se considerar os principais pontos no extenso projeto de lei e discuti-los sob a luz da Constituição Federal de 1988, da filosofia e, por óbvio, do Estado Democrático de Direito.

1. O Projeto de Lei Anticrime: análise dos principais aspectos

1.1. Execução antecipada da pena

Na primeira parte, o projeto refere-se às “Medidas para assegurar a execução provisória da condenação criminal após julgamento em segunda instância” e traz, basicamente, que o cumprimento de pena de prisão ocorreria imediatamente após a condenação em segunda instância. Apesar de ser tema envolto a grandes polêmicas e defendido por alguns, como, por exemplo, pelos membros do Ministério Público, existem alguns pontos que devem ser analisados.

No que se refere às mudanças no Código de Processo Penal, o artigo 617-A acrescentaria o seguinte conteúdo:

Art. 617-A. Ao proferir acórdão condenatório, o tribunal determinará a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou pecuniárias, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos. § 1º O tribunal poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas se houver uma questão constitucional ou legal relevante, cuja resolução por Tribunal Superior possa plausivelmente levar à revisão da condenação. § 2º Caberá ao relator comunicar o resultado ao juiz competente, sempre que possível de forma eletrônica, com cópia do voto e expressa menção à pena aplicada.

Ainda, o artigo 283 da proposta traz que:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado ou exarada por órgão colegiado.

Em primeiro lugar, está marcado para o mês de abril o julgamento de três ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs) que tratam do cumprimento imediato de pena após a confirmação de condenação em julgamento pela segunda instância. Enquanto o artigo 283 do Código de Processo Penal não for julgado pelo Supremo Tribunal Federal, não há que se falar em prisão em segunda instância. O artigo atualmente, diz o seguinte:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Decreto Lei nº 3.689/41, art. 283)

Como se não fosse suficiente, a Constituição Federal vigente, afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, nos termos do artigo 5º, LVII. Percebe-se que o assunto vai muito além do endurecimento de crimes e penas, já que atinge diretamente o texto constitucional e suas garantias ao formalizar a execução antecipada da pena.

Não é, portanto, um tema que se resolverá pelo que o Ministro Sérgio Moro pensa ou propõe. A justificativa da necessidade de prender não é cabível, já que em casos de necessidade já existem os tipos de prisão preventiva e temporária. O cerne da discussão em torno da prisão após julgamento em segunda instância é que se trata de prisão automática e direta, o que viola a presunção da inocência, além de se tratar de uma prisão sem necessidade.

O Ministro Sérgio Moro é, como todos sabem, um juiz; foi, portanto, aprovado em certame que supostamente avaliou seu conhecimento jurídico. Além disso, os anos de atuação supostamente lhe renderam o acúmulo de experiência e saber jurídico. Portanto questiona-se: será que Moro desconhece a existência de outras modalidades de prisão em caso de necessidade? Não é este o caso, obviamente, pois trata-se de uma questão tão elementar que até mesmo leigos no Direito Penal poderiam apontar outros tipos de prisão já vigentes em caso de necessidade. O caso é que a proposta do Ministro toma um rumo muito mais populista do que jurídico; é, portanto, uma proposta política que destoa das atuais demandas do Direito Penal.

Há quem use o argumento, também, da demora do julgamento dos recursos e, nesse ponto, não há que se discutir, já que é fato, entretanto, deve-se entender que não será a prisão em segunda instância que irá resolver o problema da dilação. Os recursos continuarão demorando, mas com as pessoas presas e, aí, sim, entra a questão do índice de reversibilidade das prisões pelos Tribunais Superiores. Tal questão diz respeito a mudança do entendimento que até aquela instância era adotado através da mudança de regimes de pena, de tipos de pena, de absolvição, dentre outros. Ou seja, a pessoa ficaria presa por bastante tempo, para, depois, muitas vezes, ter um processo anulado por completo, por exemplo.

O contexto deixa clara a disparidade de forças entre o indivíduo e o Estado, pesando, claramente, para aquele.

As demandas que vão sendo atendidas pela implementação do Projeto Anticrimes parecem estar relacionadas a um clamor popular que, apesar de estar completamente desestruturado para prestar opinião jurídica, segue movendo toda a estrutura do judiciário na direção do injusto e do bárbaro, buscando alcançar uma atuação pior e mais horrenda do que se tem hoje, sob a bandeira da justiça e da salvação. O encarceramento nesta hipótese se tornaria, sim, muito mais rígido, mas desde quando rigidez é sinônimo de justiça? No contexto brasileiro onde quem paga mais tem “mais justiça” do que quem paga menos, a rigidez é a serva da desgraça. Infelizmente aquele que foi investido como guardião da justiça vem se tornando seu pior algoz. Sobre isso, Foucault (2012, p. 261) comenta:

[...] seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; que é mais prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas; que, ao contrário do que acontece com as leis políticas ou civis, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma.

1.2. Legítima defesa: subjetividade e populismo

Das medidas, sem dúvidas, esta é a mais simbólica. A questão principal desse ponto é a subjetividade e a desnecessidade desse novo artigo. Ao solicitar aplicação da legítima defesa para homicídios cometidos por policiais, o projeto faz com que o que já existe figure como inovação. O artigo 25 do Código Penal

traz que: “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

De acordo com Santos e Zilio (2012), o instituto da legítima defesa possui duplo fundamento: de um lado, a proteção do indivíduo e, de outro, o prevalecimento do direito. Seus requisitos, por sua vez, são a existência de uma ação humana de agressão, penalmente relevante e contrária ao ordenamento jurídico, que seja de iminência imediata e contra a qual haja resposta idônea – que consiga de fato afastar a agressão – e proporcional – que cause o menor dano possível ao agressor. Ainda, traz em seu artigo 23, parágrafo único do Código Penal que o excesso é punível, ou seja, que o agente responderá pelo excesso doloso ou culposos.

Desta maneira, é proposta a criação de novos incisos, na parte das “Medidas relacionadas à legítima defesa”, com os seguintes dizeres: “I – o agente policial ou de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem” e “II – o agente policial ou de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes”. Percebe-se que são desnecessárias e demagógicas tais medidas, afinal, já é previsto que qualquer pessoa pode ser vítima de agressão e, por isto, defender-se legitimamente.

Outro ponto é o fato de que o Estado não pode descumprir sua própria função. Fonseca, Lima e Dimantas (2019), sobre o tema, afirmam que o problema, por outro lado, é a não observância do fato de que tais agentes devem, ao agir em legítima defesa, atuar de forma ainda mais moderada do que o faria um particular, tendo em vista o seu dever legal de proteção a qualquer pessoa. Tavares (2018) complementa ao dizer que se o Estado mantém um serviço de segurança, não pode desvirtuá-lo a ponto de violar sua própria finalidade, que é a proteção dos cidadãos.

Há, ainda, a questão da flexibilização do excesso, explicitada na proposta de parágrafo 2º ao artigo 23 do Código Penal que diz que o juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção. Tais características são subjetivas e de difícil aferição real.

Em 2017, segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, as polícias brasileiras foram responsáveis por 5.144 mortes no país, uma média de 14 pessoas por dia. Em um país com elevadas taxas policiais, utilizar o instituto da legítima defesa como método de redução de violência não faz sentido algum.

1.3. O processo penal na forma de negócio

O projeto traz como proposta, ainda, a efetivação e introdução do instituto do *Plea Bargaining*, instituto com origem norte-americana e que pode ser definido, resumidamente, como um acordo entre a acusação e o réu, através do qual o acusado se declara culpado de algumas, ou todas, as acusações, em troca de uma atenuação no número de acusações, na gravidade, no *quantum* das penas, dentre outros. Nas palavras de Marques (2017), trata-se de um verdadeiro contrato entre a acusação e o acusado, caso o réu não cumpra com sua parcela do acordo, a acusação não precisará manter aquilo que foi estabelecido entre eles; já se o descumprimento ocorrer por parte da acusação, o arguido será socorrido pelo magistrado, que irá cancelar a confissão do réu, forçar a acusação a cumprir o contrato ou, ainda, aplicará outro remédio para garantir a realização dos termos firmados.

O instrumento está referido na parte que trata das “Medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade” e no proposto artigo 28-A, no Código de Processo Penal, traria o seguinte:

Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado circunstanciadamente a prática de infração penal, sem violência ou grave ameaça, e com pena máxima inferior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; e V – cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Caso aprovado, segundo Fonseca, Lima e Dimantas (2019), uma vez estendido o instituto para crimes de maior monta, até investigados inocentes serão impelidos a aquiescer a sua culpa, como forma de evitar o peso de um processo criminal e o prejuízo irreparável de uma futura condenação.

Percebe-se que a questão é, novamente, a disparidade de forças entre indivíduo e Estado, além de tratar-se de prejuízo a legalidade e, ainda, de colocar o processo penal como um mero mercado onde direitos e garantias são negociáveis. De fato, é necessário que haja uma reflexão acerca da celeridade, mas de forma que não haja a desconsideração dos direitos fundamentais a parte mais fraca da relação com o Estado: quem é acusado.

1.4. Números no sistema carcerário e criminalidade

A questão no sistema carcerário, como, por exemplo, a falta de vagas e o desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, não será resolvida por meio de leis. Se fossem leis que resolvessem problemas, por aqui, não existiria problema algum. A questão é a efetividade.

O ponto principal é que o Estado brasileiro muito prende, porém, também, prende muito mal e é possível chegar a essa conclusão observando os dados numéricos a respeito da situação real em que o país está inserido quando se trata em encarceramento. Segundo o Conselho Nacional de Justiça¹, no ano de 2005 haviam 361,4 mil presos e uma taxa de homicídios de 26,14 para cada cem mil habitantes. Onze anos depois, em 2016, o número de pessoas em situação de cárcere mais que dobrou, chegando a totalizar 726,7 mil e a taxa de homicídios para cada cem mil habitantes saltou para 28,89, segundo o IPEA².

Além disso, o país já ocupa o terceiro lugar no *ranking* de população carcerária do mundo e o 14º país no *ranking* de homicídios por cem mil habitantes. Ainda, existem dados que comprovam que a

¹ Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php

² Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/filtros/17/Homicidios%20Brasil>

criminalidade só aumenta: houve aumento nas taxas de homicídio, furtos, roubos e latrocínios³. Fica fácil perceber que enquanto o número de presos aumenta, a criminalidade acompanha, provando que o cárcere não é benefício e, muito menos, resposta à criminalidade.

Considerando os dados acima elencados, é de se preocupar a possibilidade de implementação do projeto a longo prazo, já que os números ligados a criminalidade tendem a crescer com o projeto de lei em vigor.

Não existe nenhuma tratativa no projeto de lei a respeito de maneiras de resolver problemas dos presos, cuidando apenas da entrada, do encarceramento, prevalece, portanto, uma lacuna quanto a manutenção ao sistema carcerário.

Ao apresentar este projeto de Lei de forma como se nele estivesse presente a solução para todas as questões referentes à criminalidade, o Ministro Moro traz à tona a teoria antiga da prisão-espetáculo, ou seja, quando a população quer a punição mais terrível possível e, ainda, como se não fosse suficiente, deseja assistir sua execução, como se fosse uma peça de teatro.

2. A prisão espetáculo: o risco da atuação esmagadora do Estado

O suplício de Damiens⁴ tornou-se mundialmente conhecido após a pesquisa de Michael Foucault arquivos sobre as prisões francesas do XVIII⁵ e a publicação da obra *Vigiar e Punir*. O suplício foi por muitos anos a punição universal para o crime; por séculos (e talvez milênios) a população contemplou a morte de criminosos que era executada em horrendas e sanguinárias cenas. Os gritos ecoavam pelas praças públicas, o sangue escorria pelos ladrilhos das ruas, corpos eram expostos, cortados, perfurados e brutalmente assassinados como mecanismo para saciar a sede de vingança e o ideal de justiça social que se construiu socialmente. Aquele que, em alguma medida e por alguma razão, infringisse a lei, era severamente punido e o castigo era temido porque sempre recaía sobre a pele, sobre os músculos, sobre o sangue e sobre os ossos do acusado.

Assim, a morte e a mutilação foram por séculos a resposta direta ao crime porque era necessário que o acusado morresse ou sentisse em seu corpo o peso do crime que havia cometido. A faca do homicídio era também usada para assassinar o acusado por aquele crime; o veneno que havia conduzido a vítima ao eterno sono, era também usado como final refeição do responsável pelo envenenamento. Pagava-se na mesma monta, buscava-se fazer sentir na mesma intensidade; a sociedade clamava pelo sangue daquele que fosse responsável por um crime, por uma lesão ao bem estar da comunidade.

A beleza de todo esse discurso se contrapunha ao horror e assombro causados sobre aqueles que contemplavam o supliciado em seus últimos e agônicos suspiros; ao mesmo tempo que se encontravam satisfeitos pela punição “adequada”, os indivíduos sentiam-se incomodados pelas cenas, perturbados pelo horror, abalados pela violência. O assassino era sentenciado à morte (assassinado) pelo crime que cometeu; daí questiona-se: porque o assassinato cometido era ilegal, e a pena capital não? Porque uma morte é

³ Disponível em: <https://ces.ibge.gov.br/base-de-dados/metadados/ministerio-da-justica-mj/sistema-nacional-de-estatistica-de-seguranca-publica-e-justica-criminal-sinespjc.html>

⁴ Pièces originales et procédures du procès fait à Robert-François Damiens. 1757, t. III, p. 372-374, *apud* FOUCAULT, 2012.

⁵ Van Meenen. “Congresso penitenciário de Bruxelas”, *Annales de la Charité*, 1847, p. 529s

punida enquanto a outra é aplaudida? Quem decide qual morte deve ser punida e qual morte deve ser aplaudida? É o Estado quem tem o poder sobre a vida e, principalmente, sobre a morte dos indivíduos, pois é o Estado quem decide quem merece viver e quem deve morrer.

A figura onipotente, onisciente e onipresente do Estado torna-se então esmagadora demais, pois espalha em praça pública o sangue de condenados, expõe suas vísceras enquanto ainda vivos e os faz agonizar em sofrimento determinando que este sofrimento (e quanto deste sofrimento) seja suficiente para expiar o seu crime. Agindo assim, “[...] o rei queria demonstrar com isso que a ‘força soberana’ de que se origina o direito de punir não pode em caso algum pertencer à ‘multidão’”. (FOUCAULT, 2012, p. 37). É o Estado quem decide quando parar de punir, quanto é suficiente punir, quando se deve deixar que o condenado morra. Uma multidão assiste esse espetáculo, são pessoas consideradas honestas, justas, de boa índole, mas que reservam em seu coração o sórdido desejo de ver e de fazer com que o condenado sofra até seu último suspiro.

Entretanto, parcela significativa desta mesma multidão principia um estado de revolta e desconforto por todo sofrimento que testemunha os acusados enfrentarem; os suplícios começam a causar revoltas populares pois denotam a atuação esmagadora do Estado. Neste sentido, conforme observa Desjardin (1883, p. 13-20, *apud* Foucault, 2012, p. 71) é preciso “que as penas sejam moderadas e proporcionais aos delitos, que a morte só seja imputada contra os culpados assassinos, e sejam abolidos os suplícios que revoltam a humanidade”. É preciso fazer com que a prisão deixe de ser um espetáculo; é preciso deixar de agir diretamente no corpo do acusado, é preciso não ser tão bárbaro quanto foi o acusado para que a justiça – a maior finalidade da lei – seja atingida.

Nesse contexto a prisão e a punição como espetáculo perderam sua finalidade principal, que era a de causar o espanto e o horror que prevenisse o crime e satisfizesse o ideal da justiça social. O desconforto provocado nos indivíduos que contemplavam as cenas de horror começou a se transformar num sentimento de revolta contra o suplício e seus horrores, porque denunciava um poder esmagador do Estado que era capaz de decidir quanto fazer sofrer, quanto fazer durar a vida de criminosos condenados entre torturas e humilhações. O corpo não podia mais ser o palco dessa atuação do Estado, era necessário abrandar as penas. Conforme reflete Foucault (2012, p. 13):

Punições menos diretamente físicas, uma certa discrição na arte de fazer sofrer, um arranjo de sofrimentos mais sutis, mais velados e despojados de ostentação, merecerá tudo isso acaso um tratamento à parte, sendo apenas o efeito sem dúvida de novos arranjos com maior profundidade? No entanto, um fato é certo: em algumas dezenas de anos, desapareceu o corpo supliciado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal.

Assim, a morte lenta e sofrida dos acusados poderia ser substituída por uma penalidade de encarceramento, onde toda a estrutura carcerária cooperasse para a recuperação, para a cura do indivíduo que posteriormente seria reintegrado à sociedade com a promessa de não mais cometer crimes.

A principal questão que se aborda a respeito dessa migração do suplício para o encarceramento é que, conforme Foucault (2012) reflete, o encarceramento passou a obedecer a uma estrutura complexa que tinha como principal finalidade a atuação vertical sobre os indivíduos; isto é: o Estado agindo de forma direta sobre o indivíduo, não mais em sua pele, músculos e ossos, mas em sua mente. Por meio da limitação do espaço físico, do controle meticuloso da rotina e da solidão, pretende-se fazer com que o

criminoso reflita sobre seu crime, reflita sobre sua conduta e assim encontre arrependimento e disposição para uma nova vida. É o que Foucault (2012, p. 224) analisa:

A prisão deve ser um microcosmo de uma sociedade perfeita onde os indivíduos estão isolados em sua existência moral, mas onde sua reunião se efetua num enquadramento hierárquico estrito, sem relacionamento lateral, só se podendo fazer comunicação no sentido vertical. [...] Assim esse jogo do isolamento, da reunião sem comunicação, e da lei garantida por um controle ininterrupto, deve requalificar o criminoso como indivíduo social: ele o treina para uma 'atividade útil e resignada'; devolve-lhe 'hábitos de sociabilidade'.

O que acontece é que com o passar do tempo a prisão foi perdendo esse caráter e sua estrutura foi se deturpando até alcançar os atuais patamares de superlotação, violência e total falta de controle por parte dos órgãos de segurança responsáveis pela gestão das cadeias. Já na realidade brasileira, as organizações criminosas assumiram o controle ilegal de grande parte das prisões através da corrupção e da ameaça à vida dos agentes carcerários. Por outro lado, o tratamento desumano planejado pela burocracia e executado pelos guardas tenta desesperadamente manter a "ordem" do sistema produzindo violência sem fim, onde ambos os lados temem por suas próprias vidas na terra sem leis que se tornou o presídio brasileiro.

Evidente que realizamos um salto histórico de alguns séculos, desde o fim da prisão/punição espetáculo e a conseqüente instituição da prisão moderna e os dias atuais, entretanto, ao contrapor ambas realidades, o que nos parece ter ocorrido foi uma mutação na estrutura do sistema carcerário, mutação esta que ocorreu, sem dúvidas, de fora para dentro ao mesmo tempo que de dentro para fora, à medida que observamos que mesmo com a evolução social que trouxe uma infinidade de novas tipificações penais e também um maior nível de organização e estruturação do crime, as estruturas carcerárias permanecem como séculos atrás, sendo, portanto, ineficazes como sempre foram.

Em tempos onde o crime surge todos os dias amplamente aparelhado com maquinário bélico, tecnológico e uma ilimitada influência política, social e econômica, os presídios continuam mal equipados, com profissionais despreparados e com condições subumanas de vida. É evidente, portanto, que o encarceramento tem reforçado a ideia do crime e por isso os dados de reincidência encontram-se em medidas astronômicas. Outrossim, a grande parcela de influência que tem o crime organizado inclusive na política brasileira cria uma espécie de conforto no criminoso, porque sabe que mesmo encarcerado, poderá continuar desfrutando sua vida criminosa na terra sem leis que é o presídio. Ao mesmo tempo em que isso acontece, milhares de condenados padecem as duras penas impostas pelo sistema carcerário numa tentativa desesperada de reassumir o controle da situação e se livrar das torturas, do medo das execuções sumárias, dos assassinatos bárbaros enfim de um tratamento desumano, que constitui a realidade rotineira dentro das celas brasileiras. Resta-nos, portanto indagar sobre que futuro está sendo construído nesta realidade? Prémeneu (1819, *apud* Foucault, 2012, p. 252) já havia refletido:

O sentimento de injustiça que um prisioneiro experimenta é uma das causas que mais podem tornar indomável seu caráter. Quando se vê assim exposto a sofrimentos que a lei não ordenou nem mesmo previu, ele entra num estado habitual de cólera contra tudo o que o cerca; só vê carrascos em todos os agentes da autoridade: não pensa mais ter sido culpado; acusa a própria justiça.

É estranho que uma reflexão tão antiga (PRÉAMENEU, 1819 *apud* FOUCAULT, 2012) seja ainda hoje tão atual, e não para por aí. A cólera contra todos os que o cercam é apenas o início de uma carreira desenfreada de consequências que culminarão na perpetuação da violência sem controle que temos hoje.

Ao ser encarcerado hoje o preso já precisa se submeter imediatamente ao chefe da cela pagando subornos periódicos mesmo que sua família passe fome do lado de fora dos muros; o detendo precisa se amontoar numa cela com capacidade para 4 presos, mas que na verdade possui mais de 10; precisa fazer suas necessidades fisiológicas em uma condição de total humilhação, completamente desumana e degradante; precisa tolerar o frio da madrugada e o calor do meio dia sem que tenha roupas adequadas para tal; precisa ouvir sua esposa (ou sua mãe, dependendo do caso) narrar semanalmente as agruras e humilhações da revista íntima; precisa suportar diariamente ofensas e humilhações que escuta dos agentes. Em que lei estão previstas estas penalidades? Qual artigo combina tais penalidades à pena privativa de liberdade? À medida que o detento percebe que sua penalidade ultrapassa àquela que de fato deveria cumprir, surge em sua alma a revolta, a indignação, o ódio.

Reclamam da reincidência, reclamam também do ódio com que criminosos atacam diariamente a sociedade; reclamam por maior rigidez, por maiores penalidades, por maior sofrimento, por maior dor; mas seria essa a solução? Lamentavelmente, mais uma vez a história se repete e reflexões tão antigas soam como manchetes desta manhã, pois “A mesma ordem que manda para a prisão o chefe de família reduz cada dia a mãe à penúria, os filhos ao abandono, a família inteira à vagabundagem e à mendicância. Sob esse ponto de vista o crime ameaça se prolongar”. (LUCAS, 1838, p. 64, *apud* FOUCAULT, 2012, p. 254).

Qual ideal de justiça social pretende-se alcançar esmagando indivíduos sob penas tão pesadas? Qual finalidade pretende-se obter submetendo o detento à uma série de penúrias pelas quais a lei não determina sua submissão? Por acaso podem o sofrimento e a humilhação produzir a reabilitação? Com certeza não, pois se assim o fosse o Brasil ostentaria os menores índices de encarceramento e criminalidade do mundo.

3. Rivière: conflitos entre aristocracia e campesinato

Pierre Rivière foi um jovem que viveu no século XIX e tornou-se conhecido em toda a França como parricida e fratricida por ter degolado friamente sua mãe, sua irmã e seu irmão. À época, o caso trouxe repercussão local e nacional, sem, contudo, ter recebido a merecida atenção dos profissionais competentes à avaliação do caso e também, sem ter recebido os devidos questionamentos, entretanto Foucault (2013) retoma os arquivos do caso formulando novos questionamentos.

Rivière é considerado pela maioria como louco, alienado, muito embora em outros momentos, parece desfrutar de uma lucidez ímpar. Em sua carta ao Juiz, Rivière apresenta, com argumentação impecável, suas justificativas para tamanha barbárie. Seu relato impressiona até mesmo profissionais expoentes da França, que admirados com tamanha lucidez de argumentação, clareza e riqueza de detalhes, começam a questionar se o parricida e fratricida é mesmo louco. O crime fora planejado durante muito tempo, sua execução foi minimamente calculada e os sentimentos de Rivière parecem refletir uma solidez que não é típica de um louco.

A principal questão que se entalha nos estudos de Foucault (2013) não paira sobre a sanidade de Rivière, ou mesmo sobre seu assassinato a sangue frio; Rivière (como tantos outros) parece ter sido o

porta voz de uma classe não ouvida. Esmagados por todos os lados e a toda custa por impostos, doenças, taxas e esbulhos, os camponeses sobreviviam em toda região rural da Europa ciente de sua pequenez e insignificância perante a aristocracia que os esmagava.⁶ A revolução que extinguiu a era feudal e culminou numa aparente divisão de terras, que apesar de não ter atingido propriamente o camponês, criou uma falsa sensação de liberdade e igualdade em direitos que dava ao pequeno camponês que nada era a sensação de agora ser alguma coisa, de ter algum direito, e assim o camponês procura publicamente se afirmar possuidor dessa liberdade e dessa igualdade.

Neste momento, o camponês depara-se com a realidade de que é apenas formalmente livre e igual aos “antigos” aristocratas (que só caíram na aparência)⁷. Quais sentimentos se afloram? Ora, o domínio continua, perpetuam-se o esmagamento e a sobrepujança do rico contra o pobre. Assim, “o campo, universo silencioso da infelicidade, deixando de sofrer somente sua condição, exterioriza-a e produz, como tantos outros sintomas significativos, crimes assustadores”. (FOUCAULT, 2013, p. 263). O ódio e o rancor acumulados contra aqueles que os esmagam, por não serem tangíveis, por estarem muito acima, é deslocado para aquele que está próximo, para aquele que apesar de amado encarna o mesmo caráter do tirano. No caso de Rivière, a mãe era o tirano encarnado, já que para Rivière, sua mãe havia cometido os mesmos pecados de Napoleão⁸.

A verdade é que para o campesinato as falsas ideias de liberdade e igualdade, apesar de falsas, acabaram lhes custando um alto preço⁹: a doença e/ou a morte, isto porque o campesinato não tem a menor chance de alcançar o mesmo *status* que tem a aristocracia, isto é: pode contratar, mas não sabe ler, pode vender, mas não sabe mexer com dinheiro, pode defender seus direitos, mas não conhece a lei e se a conhece, não dispõe dos melhores mecanismos. Dispor de direitos sem, contudo, ter os meios para alcançá-los causou ao campesinato o ódio e a revolta contra o silêncio que os oprimia, isso porque “sem ter qualquer coisa a dizer, o nativo é o único em que não se acredita sob palavra. Para ser ouvido é preciso que ele mate”. (FOUCAULT, 2013, p. 270).

Não somos estúpidos de defender os crimes atrozos que percorreram o campesinato e imputá-los a justificativa óbvia da disparidade e do alto preço cobrado por falsos ideais. Contudo, conforme reflete Foucault (2013, p. 265), “a violência, Pierre Rivière e seus irmãos em assassinato, ogros e ograds de aldeia, mulheres frágeis cortando cabeças de crianças, não inventaram-na sozinhos”.

Rivière, como seus irmãos de assassino, parece ter surgido como um camponês que sempre perdedor se digna a cortar a cabeça de um tirano em prol de um bem maior, muito embora esse tirano tenha sido sua própria mãe¹⁰. Entretanto, para Foucault (2013), nem os juízes nem os médicos pareceram enxergar Rivière sob esta ótica. Para eles, Rivière não passa de um camponês louco, no dizer de Foucault (2013,

⁶ “O povo camponês nada é”. (FOUCAULT, 2013, p. 258)

⁷ “Que assunção a igualdade de direitos, apenas formal, e a liberdade de adquirir revelaram a esses seres? Na verdade nada mudou”. (FOUCAULT, 2013, p. 262).

⁸ “O mínimo que podemos fazer é, pois, ver como justifica seu assassinato, e a maneira como une, numa dissonância onde tudo oscila, os crimes de Napoleão e os de sua mãe: – eu me lembrava de Bonaparte em 1815, e também me dizia que esse homem matou milhares de pessoas para satisfazer caprichos vãos. Não é justo, pois, que eu deixe viver uma mulher que perturba a tranquilidade, a felicidade de meu pai”. (FOUCAULT, 2013, p. 274).

⁹ “Eles pagaram muito caro seus novos e falsos direitos”. (FOUCAULT, 2013, p. 295).

¹⁰ “Em minha família, esse tirano é minha mãe: ela tira todo o sentido do contrato [o contrato social de direitos; liberdade e igualdade], humilha meu pai e cobre-o de obrigações”. (FOUCAULT, 2013, p. 275).

p. 276), um “ultrarrústico, logo ultraestúpido”. Suas brincadeiras de infância e os passatempos da vida adulta – tão típicos do campesinato – parecem ter servido de fundamento para seu atestado de loucura, que serviu muito bem aos magistrados. Questiona Foucault (2013, p. 272):

Então e porque de outra forma não poderia ele [médico] suportá-lo, acreditou-se obrigado a considerar [*ao menos*] a acusada como privada da razão [...], e assim facilitar aos magistrados os meios para excluírem, *pela honra da humanidade*, a imputação de um crime tão enorme.

O assassinio cometido por Rivière, segundo sua própria afirmação, cumpria uma lei superior à lei terrena, porque esta lei terrena estava claramente a serviço da aristocracia que tanto oprimia o campesinato. O assassinio cometido por Rivière, como o de seus irmãos de crime, era, além de um crime, uma interrogação clara do sistema social, reflete Foucault (2013, p. 271) tomando a voz do campesinato em rogo à aristocracia: “fixem na verdade, e não no engodo, um limite da natureza humana no qual possamos nos reconhecer. E eu cessarei de espantá-los com essas máscaras monstruosas”.

Retomando a proposta inicial desse estudo, é de se refletir a respeito do atual e presente conflito do atual protagonista campesinato (o pobre, o negro, o favelado, o desprestigiado) contra a aristocracia ainda viva. Atual permanece o falso ideal de liberdade, o falso ideal de igualdade, ideais que na prática solidificam as fronteiras e asseveram a segregação. Se permanecem atuais os falsos ideais, também permanece atual a violência fundada neles, e o grito: “Para ser ouvido é preciso que ele mate” (FOUCAULT, 2013, p. 270). Ao bom entendedor, meia palavra basta. Diferente de Rivière, a quem foi mais conveniente¹¹ atribuir o rótulo de “louco”, atualmente pretende-se enrijecer o encarceramento, ora, mais conveniente.

Conclusão

O Projeto Anticrime proposto pelo Ministro Sérgio Moro, conforme já suspeitávamos, trata-se, de uma proposta populista ou mesmo demagógica e totalmente divorciada da realidade e do contexto jurídicos que permeiam a questão carcerária brasileira. Em primeiro plano, aumenta a severidade do encarceramento por meio de um significativo endurecimento da execução penal; num segundo ponto, pretende destacar a classe policial através de um instituto controverso que é o da legítima defesa em caso de atuação policial. Controverso por conta da subjetividade que reveste o instituto na proposta anticrimes.

A inclusão desnecessária da legítima defesa do policial age na prática colaborando com o enaltecimento de uma classe que, com as devidas ressalvas e exceções, tem sido responsável por um número de mortes que no Rio de Janeiro¹², só compete com o tráfico e com as milícias¹³, e na totalidade do território nacional já é a que mais mata.¹⁴ Com tal proposta, a polícia ganhará passe livre para matar uma vez que o instituto é controverso, é dúbio, é tão subjetivo que qualquer assassinato poderá ser considerado uma legítima defesa.

¹¹ Mais conveniente do que mover a estrutura social em prol de tornar verdadeiros os ideais de liberdade e igualdade.

¹² <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/03/12/policia-prende-suspeitos-pelos-assassinatos-da-vereadora-marielle-franco-e-anderson-gomes.ghtml>

¹³ <https://epoca.globo.com/2018-ano-em-que-policia-matou-como-nunca-menos-policiais-morreram-no-rio-23266227>

¹⁴ <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2019/02/policia-brasileira-ja-e-a-que-mais-mata-diz-oab-sobre-projeto-de-moro.shtml>

Nitidamente trata-se de uma proposta que pretende “mostrar serviço” para a grande parcela da população, cujos participantes se autointitulam como “cidadãos de bem”. O problema é que compraram o discurso do “bandido bom é bandido morto” ou encarcerado pelo resto de sua vida e da pior forma possível, mas, ao mesmo tempo, prega o desrespeito pelas leis e pelo Direito; justamente, o significado de criminoso, ou seja, aquele que infringe, por ação ou omissão o Código Penal e a Constituição Federal.

Deve haver cautela na tratativa de situações complexas como se fossem simples e, ainda, perceber que, apesar de boas intenções na efficientização dos processos para soluções sociais, há um claro desrespeito às normas constitucionais e internacionais. É necessária atenção para com promessas revolucionárias e na alienação travestida de mobilização das massas.

O resultado, portanto, é que, ao invés de analisarem com cautela a situação, simplesmente se calam frente à crescente violência e desumanidade dentro dos cárceres no Brasil – já que é um reflexo de parte da sociedade que vivemos – agindo ativamente em defesa de penalidades cada vez mais severas, cada vez mais humilhantes, cada vez mais degradantes e que, conforme já apontamos, só produzirão maior violência, maior criminalidade e maiores consequências. Essa mesma parcela de “cidadãos de bem” que alegam defender a vida e a liberdade sem distinção é comumente vista aplaudindo torturas, incentivando a morte de supostos criminosos e se regozijando com execuções em massa de indivíduos dentro e fora de presídios. Onde está a coerência destes “cidadãos de bem” e de todo o sistema?

Referências

- BRASIL. *Atlas da violência*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. 2018. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/>> Acesso em: 25 fev. 2019
- BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. *Dados das inspeções nos estabelecimentos penais*. Conselho Nacional de Justiça. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em: 18. mar. 2019
- BRASIL. *Sistema Nacional de Estatística de Segurança Pública e Justiça Criminal*. Ministério da Justiça. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <https://ces.ibge.gov.br/base-de-dados/metadados/ministerio-da-justica-mj/sistema-nacional-de-estatistica-de-seguranca-publica-e-justica-criminal-sinespjc.html>. Acesso em: 25 fev. 2019.
- FONSECA, André. DIMANTAS, Laura. LIMA, Marina. “*Projeto de Lei Anticrime*”: *uma simplificação demagoga de problemas complexos*. Justificando. 2019. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2019/02/08/projeto-lei-anticrime-simplificacao-demagoga-de-problemas-complexos/>>. Acesso em: 12 fev. 2019.
- FOUCAULT, Michel. *Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão...: um caso de parricídio do século XIX* apresentado por Michel Foucault. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Graal, 2013.
- _____. *Vigiar e Punir*. 40ª Ed., São Paulo: Editora Vozes, 2012. BRASIL. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2018*. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. 2018. Disponível em: <<http://www.>

forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/08/Apresenta%C3%A7%C3%A3o_An%C3%A1rio.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 8. Ed., Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

ZILIO, Jacson Luiz. *Las restricciones ético-sociales del derecho a la legítima defensa: una lectura a partir de los fines preventivos y garantísticos del derecho penal*. Buenos Aires: Didot, 2012.



O VALOR PROCESSUAL DAS INFORMAÇÕES DE INTELIGÊNCIA FINANCEIRA OBTIDAS POR MEIO DO GRUPO EGMONT

THE PROCEDURAL VALUE OF FINANCIAL INTELLIGENCE INFORMATION OBTAINED THROUGH THE EGMONT GROUP

ANTENOR MADRUGA

Doutor em Direito Internacional pela USP, Especialista em Direito Empresarial pela PUC-SP. Graduado pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Sócio do Escritório FeldensMadruga. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3066-3676>
E-mail: antenor@feldensmadruga.com.br

ADRIANO TEIXEIRA

Doutor e mestre (LL.M) pela Universidade Ludwig-Maximilian, de Munique. Graduado Pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor da FGV Direito SP. Associado do Escritório FeldensMadruga. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7565-2527>
E-mail: adriano@feldensmadruga.com.br

CARLOS WEHR

Mestre (LL.M) pela Universidade de Augsburg, Alemanha. Especialista em Ciências Criminais e Segurança Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogado associado do Escritório FeldensMadruga. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7532-4892>
E-mail: crw@feldensmadruga.com.br

RESUMO: O texto aborda a legalidade da troca de informações de inteligência financeira por meio do Grupo Egmont de Unidades de Inteligência Financeira (UIF) e o valor processual dessas informações na persecução de infrações de lavagem de capitais e crimes afins.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência Financeira – Grupo Egmont – Troca de informações – Valor processual

ABSTRACT: *The text addresses the legality of the exchange of financial intelligence by Financial Intelligence Units (FIU) members of the Egmont Group and the procedural value of this information in the pursuit of money laundering offenses and related crimes.*

KEYWORDS: *Financial Intelligence – Egmont Group – Information Exchange – Procedural Value*

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais – 2. Intercâmbio de informações entre as Unidades de Inteligência Financeira via Grupo Egmont – 3. Regulação da comunicação e do intercâmbio de informações entre a Unidade Financeira de Inteligência e instituições internas de persecução – Valor processual das informações – 4. Considerações finais

1. Considerações iniciais

O combate e a prevenção da lavagem de dinheiro e do financiamento do terrorismo tornaram-se, nos últimos anos, prioridade entre as nações e organismos internacionais.¹ Tal desiderato político-criminal

¹ Cf. a respeito o estudo de Alldrige, Peter. Money Laundering and Globalization, em: *Journal of Law and Society* 35 (2008), p. 437 e ss.

não pode se realizar sem que os Estados disponham de informações que lhe permitam desenvolver e executar estratégias de investigação e persecução. Com esse fim, foi criado o Grupo Egmont, fundado em 1995 e hoje formado por 155 Unidades Financeiras de Inteligência (UIF), as quais servem como um centro nacional de recebimento e de análise de “comunicações de operações suspeitas; e outras informações relevantes sobre lavagem de dinheiro, crimes antecedentes e financiamento do terrorismo, e de disseminação dos resultados de tal análise”². As UIFs integrantes do Grupo Egmont, que podem ser de natureza judicial, executiva e administrativa, trocam, espontaneamente ou sob requisição, informações e as repassam para autoridades públicas relevantes.³

Contudo, esse fluxo de informações de inteligência levanta questões jurídicas importantes, ainda não devidamente respondidas, seja pela lei, seja pela doutrina ou pela jurisprudência. Uma delas diz respeito à utilização das informações obtidas por meio do Grupo Egmont no âmbito de um processo penal. Esse tema, ainda pouquíssimo discutido, foi objeto do primeiro debate acadêmico-profissional da série “Diálogos entre os Setores Público e Privado”, promovido pelo Centro de Estudos de Direito Internacional – CEDI (Brasília) e pelo Instituto de Cooperação Jurídica Internacional – ICJI (Lisboa), em setembro de 2018, com patrocínio do Escritório FeldensMadruga.⁴

O propósito deste texto é oferecer um impulso inicial à discussão científico-profissional desse importante tema, dotado de eminente relevância prática. A questão jurídica que se põe pode ser dividida em dois planos, um “externo” e outro “interno”: o primeiro, trata da regulação da troca de informações entre UIFs membros do Grupo Egmont; o segundo diz respeito à utilização interna, no âmbito de um Estado, das informações em processos sancionatórios, especialmente aqueles de natureza penal. O artigo em tela segue essa divisão em planos de análise, levando em consideração a regulação atual e o posicionamento, ainda que escasso, da jurisprudência a respeito.

2. Intercâmbio de informações entre as Unidades de Inteligência Financeira via Grupo Egmont

A troca de dados entre Unidades de Inteligência Financeira integrantes do Grupo Egmont não é regulada por convenção ou tratado internacional, mas apenas pelas normas e princípios do próprio Grupo. Segundo essa base normativa “informal” – ou de *soft law* –, as informações recebidas, trocadas e disseminadas devem ser protegidas de forma segura e usadas *apenas para o propósito para o qual inicialmente foram requeridas ou providas*. Qualquer disseminação de informação a outras autoridades ou a terceiros, ou o uso da mesma para fins administrativos, investigativos ou judiciais, além do explicitado no requerimento originário, deve passar por autorização prévia da UIF requerida antes de ser usada. Ao mínimo, as informações intercambiadas devem ser tratadas e protegidas pelas mesmas normas de

² Recomendação 29 do GAFI (Grupo de Ação Financeira Internacional), em: FATF/GAFI, Padrões Internacionais de Combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação: As Recomendações do GAFI, fevereiro de 2012, p. 36 e s.

³ Princípio 14 do “Egmont Group of Financial Intelligence Units Principles for Information Exchange between Financial Intelligence Units”, de 28 de outubro de 2013. Ver também o Relatório sobre “Confidentiality e Data Protection in the Activity of FIUs”, da EU Financial Intelligent’s Unit Platform, de 28 de abril de 2008, à p. 8.

⁴ Mais informações em: <https://icji.pt/dialogos/i-dialogo-entre-os-setores-publico-e-privado/>

confidencialidade que se aplicam às informações similares de fontes domésticas obtidas pela UIF destinatária da requisição.^{5 6}

O Brasil participa do Grupo Egmont por meio do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), uma UIF de natureza administrativa. O Órgão não tem competência para promover medidas cautelares, *quebras de sigilo* ou requerer instauração de processo penal. Suas funções resumem-se ao planejamento estratégico, à promoção de ações de inteligência e à gestão de dados.⁷ O resultado das análises realizadas pelo COAF consolida-se em um RIF (Relatório de Inteligência Financeira), que poderá ser compartilhado com outras autoridades (como Ministério Público, Polícias, Receita Federal etc.), espontaneamente ou sob requisição.⁸

Segundo o COAF⁹, para o intercâmbio de informações com outra UIF do Grupo Egmont:

a UIF deve estar autorizada por lei a trocar informações de inteligência financeira com as congêneres estrangeiras e possuir salvaguardas adequadas — incluindo disposições de confidencialidade — para assegurar que as trocas de informações estejam de acordo com os princípios fundamentais, nacionais e internacionais, e em conformidade com as suas obrigações em matéria de proteção do sigilo do dado ou informação.

Aplicam-se ao intercâmbio com Unidades de Inteligência Financeira os mesmos requisitos exigidos para o intercâmbio com autoridades nacionais. Além desses, são também necessárias informações sobre a existência de relação entre a(s) pessoa(s), ou o caso suspeito, e o país alvo da solicitação. (grifos nossos)

A doutrina e o direito comparados apontam exatamente nesse sentido e indicam que o levantamento e a troca de dados sensíveis não podem se dar de forma livre ou casual, exigindo um motivo relevante

⁵ Princípios 28, 32 e 33 do “Egmont Group of Financial Intelligence Units Principles for Information Exchange between Financial Intelligence Units”; Relatório sobre “Confidentiality e Data Protection in the Activity of FIUs”, EU Financial Intelligent’s Unit Platform, p. 9: “At national level, conformity of AML/CFT systems with legislation on data protection implies respect for the purpose of data processing carried out within this framework i.e. fighting money laundering and terrorism financing. Data collected and processed by FIUs cannot thenceforth be used for other purposes, unless explicitly authorised by national law”.

⁶ Diretrizes mais específicas e mais recentes, sobre o intercâmbio de informações no âmbito da Rede Egmont, encontram-se na Revisão do documento mencionado nas notas anteriores, de fevereiro de 2017. Acessível em: https://egmontgroup.org/en/filedepot_download/1658/38. Veja-se também recente documento publicado pelo Grupo Egmont “Understanding FIU Operational Independence and Autonomy”, no qual, no parágrafo 29, se lê “Operational independence and autonomy are of pivotal importance in terms of international cooperation. Exchange of information between FIUs is largely based on trust, thus foreign counterparts must have confidence that the FIUs they engage with have sufficient operational independence and autonomy to allow them to carry out their tasks without undue influence and have the ability to ensure the confidentiality of the information they receive. In cases where this trust does not exist, FIUs will lose the opportunity to benefit from international information sharing and cooperation with their partners (See case outlined in Box 1). This lack, or the loss, of trust can also have a broader impact on the reputation of the country, its markets and institutions

⁷ Badaró, Gustavo Henrique/Bottini, Pierpaolo Cruz. Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais – Comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012, 3ª ed., Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017, p. 48. As funções do COAF, com suas prerrogativas e limitações, assemelham-se à UIF alemã, cf. Herzog/Achtelik, em: Herzog (Org.), Geldwäschegesetz – Kommentar, 2ª Ed., C.H Beck, Munique, 2014, § 10 Nm. 5 ss.

⁸ Suxbejer, Antonio Henrique Graciano/Pasiani, Rochelle Pastana Ribeiro. O papel da inteligência financeira na persecução dos crimes de lavagem de dinheiro e ilícitos relacionados, em: Revista Brasileira de Políticas Públicas 8 (2018), p. 304.

⁹ <http://coaf.fazenda.gov.br/menu/a-inteligencia-financeira/intercambio-de-informacoes> (publicação de 2015).

e uma finalidade específica para ocorrerem.¹⁰ Além disso, a troca só poderá ocorrer exclusivamente para as finalidades precípuaas do estabelecimento dos sistemas de inteligência e de intercâmbio de informações, quais sejam a de prevenção da lavagem de dinheiro e do terrorismo.¹¹ Nesse sentido, a Lei de Branqueamento de Capitais de Portugal – Lei n. 83/2017, de 18 de agosto – dispõe que:

Sem prejuízo do disposto no número seguinte, as autoridades setoriais:

2 — a) Utilizam a informação que recebam da autoridade transmitente, em satisfação de um pedido de cooperação internacional, exclusivamente para os fins para que tal informação foi solicitada ou fornecida; b) Adotam as salvaguardas necessárias a assegurar que a informação é apenas utilizada para os fins autorizados.

3 — Qualquer divulgação da informação recebida ao abrigo do número anterior a qualquer outra autoridade ou a quaisquer outros terceiros, bem como qualquer utilização para fins que excedam os inicialmente aprovados, ficam sujeitas a consentimento prévio por parte da autoridade transmitente

5 — As autoridades setoriais podem recusar a prestação de informação a autoridade requerente que não esteja em condições de assegurar a verificação das salvaguardas a a que se refere o número anterior.

A nova Lei de Lavagem de Dinheiro alemã (*Geldwäschegesetz*, em vigor desde 26.07.2017), tal qual a portuguesa, regula os termos da cooperação internacional em matéria de intercâmbio de informações de inteligência financeira e determina que o uso dos dados recebidos deve vincular-se estritamente à finalidade para a qual foram solicitados (§ 35 VI, *Geldwäschegesetz*). Além disso, a Lei alemã prevê que o repasse de dados pessoais para outros países pode ser obstaculizado em casos individuais, quando prevalecerem “interesses dignos de proteção” (*schutzwürdige Interessen*) do atingido. Esses “interesses dignos de proteção” serão determinados pelo nível de proteção de dados oferecidos pelo Estado receptor das informações.¹²

3. Regulação da comunicação e do intercâmbio de informações entre a Unidade Financeira de Inteligência e as instituições internas de persecução – Valor processual das informações

A questão mais sensível é, todavia, o tratamento interno das informações de inteligência obtidas via Grupo Egmont e repassadas pela Unidade de Inteligência Financeira aos órgãos de persecução (Polícia e Ministério Público, principalmente) e sua utilização no âmbito do processo penal.¹³

¹⁰ *Hamacher*, Rolfjosef. Der heimliche Kontenzugriff und das Grundgesetz – Finanzbehörden als Geheimdienst?, em: DStR 2006, p. 634, com referência da jurisprudência constitucional alemã.

¹¹ *Gehrke*, em: Bürkle (Org.), *Compliance in Versicherungsunternehmen*, 2ª Ed., C.H Beck: Munique, 2015, § 12 Nm. 182. Veja-se também o § 35 II da *Geldwäschegesetz* (Lei de Lavagem de Dinheiro).

¹² § 35 VII 3 *Geldwäschegesetz*.

¹³ Nesse sentido também *Suxbeger/Pasiani*, op. cit., p. 305: “Igualmente não está pacificado o entendimento sobre a possibilidade de utilização direta das informações do RIF em procedimentos formais, particularmente para obtenção de medidas judiciais. À parte de considerações de conveniência e oportunidade sobre do momento correto de disponibilizar informações, ainda preliminares, para o conhecimento de possíveis investigados, ainda não há consenso sobre a necessidade de se agregar às informações de inteligência financeira outras informações obtidas por técnicas tradicionais de investigação, antes da formalização da investigação, da obtenção de medidas restritivas, cautelares ou de outras medidas judiciais”.

Inicialmente é preciso analisar as normas que regulam a comunicação entre a UIF – no caso brasileiro, o COAF – e as demais autoridades. A norma de regência nessa matéria é o Art. 15 da Lei 9.613/1998, que prevê que o “COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito”. Esse intercâmbio com autoridades nacionais é realizado por meio do Sistema Eletrônico de Intercâmbio do COAF – SEI-C, disponível pelo SISCOAF, ou por meio de correspondência (ofícios). O COAF estabelece o atendimento aos seguintes requisitos para o repasse de informações¹⁴:

- a) a solicitação deve ser apresentada por autoridade responsável pelo procedimento de investigação do crime de lavagem de dinheiro ou de qualquer outro ilícito, objeto do pedido.
- b) a solicitação deve conter: o número e a natureza do procedimento de investigação instaurado; informações sobre os fundados indícios da existência do(s) ilícito(s) sob investigação, com indicação do(s) respectivo(s) tipo(s) penal(is); identificação das pessoas envolvidas na investigação, com indicação do nome e do CPF ou CNPJ, conforme o caso.

Em relação ao objeto do acesso de dados, estabelece o Art. 17-B da Lei 9.613/1998 que a “autoridade policial e o Ministério Público terão acesso, *exclusivamente*, aos *dados cadastrais do investigado* que informam qualificação pessoal, filiação e endereço, independentemente de autorização judicial, mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelos provedores de internet e pelas administradoras de cartão de crédito”. A par da discussão da constitucionalidade desse dispositivo, de sua leitura depreende-se que o acesso direto dos mencionados órgãos de persecução deve se restringir aos *dados cadastrais* da pessoa investigada ou sob suspeita (qualificação pessoal, filiação e endereço).¹⁵

A possibilidade de fornecimento de informações ao COAF por parte dos órgãos de fiscalização é, por sua vez, regulada pelo Art. 2º, § 6º, da Lei Complementar 105/2001:

O Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários e os demais órgãos de fiscalização, nas áreas de suas atribuições, fornecerão ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, de que trata o art. 14 da Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, as informações cadastrais e de movimento de valores relativos às operações previstas no inciso I do art. 11 da referida Lei.

Embora não tenha força de lei, é de se destacar também a Recomendação de Caráter Geral nº 04, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), de 07 de agosto de 2017, que estabelece diretrizes para o tratamento, o fluxo procedimental e a metodologia de utilização, no âmbito do Ministério Público brasileiro, dos dados oriundos de Relatórios de Inteligência Financeira (RIF) do COAF. O Art. 1º da Recomendação dispõe que os RIFs encaminhados pelo COAF devem ser registrados como *notícias de fato* e distribuídos aos órgão de execução com atribuições para a instauração do procedimento apuratório cabível,¹⁶ e, segundo o Art. 7º da mesma recomendação, os RIFs cujas informações sejam oriundas de

¹⁴ <http://coaf.fazenda.gov.br/menu/a-inteligencia-financeira/intercambio-de-informacoes>.

¹⁵ Badaró/Bottini. Lavagem de dinheiro...op. cit., p. 424.

¹⁶ Em Portugal, no âmbito da Comissão de Mercado de Valores Mobiliários, Sousa Mendes defende que as averiguações preliminares realizadas por esse órgão sejam remetidas ao Ministério Público como notícia de crimes, “evitando-se assim que sejam remetidos para investigação criminal elementos inconsistentes e obstando-se que o cidadão seja

cooperação internacional devem observar as salvaguardas e limitações impostas pela unidade financeira informante.

A possibilidade da troca de informações entre o COAF e demais órgãos públicos, bem como a possibilidade de os dados obtidos pelo COAF, por si só, fundamentarem quebra dos sigilos bancários e fiscal, já ocupou nossos Tribunais Superiores em casos concretos.

Em julgado recente, a 1ª Turma do STF decidiu no sentido da possibilidade da solicitação direta de informações pelo Ministério Público ao COAF. Veja-se excerto do voto do Rel. Min. Alexandre de Moraes:

Não há dúvida de que o desrespeito ao sigilo constitucionalmente protegido acarretaria violação às diversas garantias constitucionais; todavia, a inviolabilidade dos sigilos bancário e fiscal não é absoluta, podendo ser afastada quando eles estiverem sendo utilizados para ocultar a prática de atividades ilícitas. 3. A mera solicitação de providências investigativas é atividade compatível com as atribuições constitucionais do Ministério Público. Se a legislação de regência impositivamente determina que o COAF “comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito” (art. 15 da Lei 9.613/1998), seria contraditório impedir o Ministério Público de solicitar ao COAF informações por esses mesmos motivos. (RE 1058429 AGR / SP 778, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 1ª Turma, 20.02.2018)”.

No entanto, cumpre destacar existência de voto, em sentido contrário, do Min. Marco Aurélio:

Segundo o entendimento, não é mais necessário ingressar em Juízo para ter-se o afastamento do sigilo de dados fiscais, sendo suficiente o acesso direto à Receita, ou ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, como no presente caso, pelo Ministério Público. Aonde vamos parar? A previsão do inciso XII, artigo 5º, da Constituição Federal é linear ao determinar ser ‘inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.’ Tempos estranhos estes. Provejo o agravo, visando a rediscussão da matéria e quem sabe a primazia do Texto Constitucional.

No Superior Tribunal de Justiça (STJ) também há divergência com relação a essa temática.¹⁷ Em decisão de 2016, da 6ª Turma, restou vencido o Relator Min. Nélfi Cordeiro, que entendeu pela inadmissão da quebra de sigilo de fiscal com base, apenas, em informações do COAF (STJ – HABEAS CORPUS Nº 349.945 – PE (2016/0049887-3)). No Acórdão em questão prevaleceu o Voto-Vista do Min. Rogério Schietti, tendo fixado, contudo, importante baliza:

A compatibilização entre a manutenção do sigilo financeiro, somente inoponível aos órgãos administrativos de controle, e a produção de relatório baseado em dados protegidos pelo sigilo implica, inter alia, a conclusão de que o conhecimento integral dos dados que subsidiaram a produção do relatório (da comunicação feita à autoridade competente) depende de autorização judicial. Isso equivale a dizer que a comunicação feita à autoridade policial ou ao Ministério Público não pode transbordar o limite da

desnecessariamente objeto de um processo-crime à partida votado ao insucesso por razões técnicas” (Sousa Mendes, Paulo de. A regulação financeira, o direito penal e a utilização em processo penal das provas produzidas por autoridades reguladoras financeiras. Revista de Anatomia do Crime, vol. 1, 2015, p. 143).

¹⁷ Uma análise da jurisprudência anterior do STJ e dos TRFS oferecem Suxberger/Pasiani. op. cit, p. 306 e ss.

garantia fundamental ao sigilo, a implicar que a obtenção e o uso, para fins de investigação criminal, dos dados que subsidiaram o relatório fornecido pelo COAF dependem de autorização judicial (grifos nossos).

Esse entendimento foi confirmado na 5ª Turma do STJ, em 2017 (Recurso em Mandado de Segurança Nº 52.677 – SP (2016/0321560-0), Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca). Nesse sentido, é de se destacar o seguinte trecho da ementa:

[...] Situação em que o voto condutor do acórdão recorrido salientou que, no caso concreto, o Relatório de Informações Financeiras (RIF), embora revelador de movimentações atípicas de parte da impetrante, não forneceu dados sigilosos, para além do permissivo legal (grifos nossos).¹⁸

Dessa orientação, a *contrario sensu*, pode-se concluir que a comunicação de dados cobertos por sigilo, obtidos por órgão de Inteligência, não pode ser realizada de forma automática, mas deve ser precedida de autorização judicial.

Do ponto de vista jurisprudencial, a questão do compartilhamento, sem autorização judicial e para fins penais, de dados fiscais e bancários de contribuintes deve ser definida em breve no STF, pois é objeto de discussão do Recurso Extraordinário (RE) 1055941, com repercussão geral reconhecida (Tema 990). Nesse processo, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3) anulou ação penal diante do compartilhamento de dados obtidos pela Receita Federal com o Ministério Público para fins penais, sob o argumento de que a quebra de sigilo bancário para fins de investigação criminal ou instrução processual penal sujeita-se a prévia autorização judicial. O recurso paradigma interposto pelo MP contesta essa decisão. O caso foi incluído na pauta de julgamentos do Plenário do dia 21 de novembro de 2019. Embora diga respeito especificamente às informações repassadas pela Receita Federal, esse julgamento também deverá impactar o repasse de informações por parte do COAF. Evidência disso é que no dia 16 de julho deste ano, o Presidente do STF, o Min. Dias Toffoli, decidiu suspender, em todo o território nacional, inquéritos e procedimentos de investigação criminal atinentes aos Ministérios Públicos Federal e estaduais que foram instaurados sem a supervisão do Poder Judiciário e de sua prévia autorização sobre os dados compartilhados pelos órgãos de fiscalização e controle (Fisco, Coaf e Bacen).¹⁹

No direito comparado, há um importante princípio europeu, mais marcadamente no direito alemão e no holandês, que pode e deve ser aplicado ao tema em tela: “*o mandato ou imperativo de separação*” entre serviço de inteligência, polícia preventiva e persecução processual penal.²⁰ A respeito, *Luís Greco* afirma:

Dados obtidos para fins de inteligência, de prevenção de perigos ou de persecução penal, respectivamente, não podem, sem mais, ter essa finalidade alterada: os dados de inteligência não podem ser usados pela polícia preventiva, os da polícia preventiva não podem ser usados repressivamente, e vice-versa, sem expressa previsão legal. A alteração / o desvio de finalidade (Zweckänderung / Zweckentfremdung

¹⁸ Nesse mesmo sentido STJ HC 375.683 – SP, Rel. Min. Joel Ilan Parcionik, 19.10.2017.

¹⁹ <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=416656> (acesso em 16/07/2019).

²⁰ *Nehm, Kay*. Das nachrichtendienstrechtliche Trennungsgebot und die neue Sicherheitsarchitektur, em: NJW 2004, p. 3289 e ss.; *Schünemann, Bernd*. Die Liechtensteiner Steueraffäre als Menetekel des Rechtsstaats, em: NStZ 2008, p. 307; *Beck OK-Krauss, RiStBV 205 Nm. 9*; sobre o direito holandês *van Voorhout, Jill E.B Coster*. Intelligence as legal evidence Comparative criminal research into the viability of the proposed Dutch scheme of shielded intelligence

ou *Zweckverfremdung*) é, assim, uma intervenção adicional, que como tal tem de ser legalmente autorizada.²¹

Em texto dedicado às repercussões jurídicas do “Liechtenstein Tax Affair”²², ocorrido em 2008, tratando da indagação sobre se e quando órgãos de inteligência podem remeter informações aos órgãos de persecução penal, *Schünemann* afirma que as simples regras de cooperação institucional (*Amtshilfe*) não são suficientes para regular a questão. Mencionando o “mandato de separação” (*Trennungsgebot*) entre persecução processual penal, polícia preventiva e serviço de inteligência, frisa o autor que devem ser respeitados os mesmos pressupostos constitucionais e infraconstitucionais da quebra de sigilo.²³ Fora dos casos de segurança nacional, não estaria dentro das prerrogativas do Serviço de Inteligência Alemão o livre repasse de dados aos órgãos de persecução criminal.²⁴

Percebe-se que essas opiniões doutrinárias de direito comparado coincidem, ao menos em parte, e até reforçam as já mencionadas balizas estabelecidas pelo STF e pelo STJ, acerca da comunicação entre COAF e Ministério Público quando dados sigilosos do investigado estão em jogo.

A respeito do possível conflito entre a troca e a utilização processual de dados sigilosos oriundos de Relatórios de Inteligência Financeira convém, por derradeiro, mencionar a nova Lei Geral de Proteção de Dados (a Lei 13.709/2018), que entrará em vigor 18 meses após a sua publicação (ocorrida no dia 15.08.2018). À primeira vista, poder-se-ia supor que a Lei pudesse representar um óbice ao intercâmbio e uso processual de dados pessoais sensíveis contidas nos RIFs. No entanto, em seu art. 4º, dispõe que “Esta lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: III – realizado para fins exclusivos de (...) d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou IV – provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei”.²⁵ Contudo, em seu § 1º dispõe que “O tratamento de dados pessoais previsto no inciso III será regido por legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei”. Com isso, reforça-se a necessidade de uma regulamentação específica sobre as possibilidades e limites do uso de informações de inteligência financeira no Brasil.

witnesses in England and Wales, and legislative compliance with Article 6 (3) (d) ECHR, em: *Utrecht Law Review* 2 (2006), p. 119 e ss.

²¹ *Greco*, em: *Wolter*, Jürgen/*Greco*, Luís (org.). O inviolável e o intocável no direito processual penal – Reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal. Tradução: Luís Greco, Alaor Leite, Eduardo Viana. Marcial Pons: São Paulo, 2018, p. 45.

²² Um técnico de informática de um banco de Liechtenstein vendeu um CD ao Serviço de Inteligência Alemão (Bundesnachrichtendienst – BND) que continha dados bancários que incriminavam cidadãos e instituições financeiras por evasão fiscal.

²³ *Schünemann*, Bernd. op. cit., p. 305.

²⁴ *Schünemann*, Bernd. op. cit., p. 307;. No mesmo sentido *Wolter*, op. cit., p. 186, 208, que defende ainda que se restrinja o envio de dados do serviço de inteligência para os órgãos de persecução penal apenas no caso de delitos que atentem contra a ordem estatal-constitucional ou contra a segurança do Estado.

²⁵ Esse ponto deve-se a observação realizada por *Heloísa Estellita* no seminário mencionado ao início deste texto.

4. Considerações finais

A troca de informações de inteligência entre UIFs por meio do Grupo Egmont e, sobretudo, seu valor processual são questões que ainda carecem de estudo e regulação, especialmente no Brasil. Isso porque até o momento tais questões têm sido tratadas internamente pelos órgãos envolvidos, por meio de orientações e recomendações por parte do próprio COAF e do Ministério Público, de modo fragmentado e insuficiente. A legislação brasileira sobre lavagem de dinheiro, de natureza preventiva, precisa ser desenvolvida, de modo a regular positiva e detalhadamente essas questões, que também envolvem (ou devem envolver) temas conexos, como o exercício do direito de defesa do titular das informações trocadas entre as autoridades públicas.

Referências

- ALLDRIDGE, Peter. Money Laundering and Globalization. *Journal of Law and Society*, vol. 35, 2008, p. 437-463.
- BADARÓ, Gustavo Henrique/BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais – Comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012*, 3ª ed., Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017.
- BÜRKLE, Bürkle, (Org.). *Compliance in Versicherungsunternehmen*, 2ª Ed., C.H Beck: Munique, 2015.
- HAMACHER, Rolfjosef. Der heimliche Kontenzugriff und das Grundgesetz – Finanzbehörden als Geheimdienst? *DStR*, 2006, p. 633-638.
- HERZOG, Felix (Org.). *Geldwäschegesetz – Kommentar*, 2ª Ed., C.H Beck: Munique, 2014.
- Suxbeger*, Antonio Henrique Graciano/*Pasiani*, Rochelle Pastana Ribeiro. O papel da inteligência financeira na persecução dos crimes de lavagem de dinheiro e ilícitos relacionados. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 8, 2018, p. 290-318.
- NEHM, Kay. Das nachrichtendienstrechtliche Trennungsgebot und die neue Sicherheitsarchitektur. *NJW*, 2004, p. 3289-3295.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Die Liechtensteiner Steueraffäre als Menetekel des Rechtsstaats. *NStZ*, 2008, p. 305-310.
- SOUSA MENDES, Paulo de. A regulação financeira, o direito penal e a utilização em processo penal das provas produzidas por autoridades reguladoras financeiras. *Revista de Anatomia do Crime*, vol. 1, 2015, p. 129-149.
- VON VOORHOUT, Jill E.B Coster. Intelligence as legal evidence Comparative criminal research into the viability of the proposed Dutch scheme of shielded intelligence witnesses in England and Wales, and legislative compliance with Article 6 (3) (d) ECHR. *Utrecht Law Review*, vol. 2, 2006, p. 119-144.

WOLTER, Jürgen/GRECO, Luís (org.). *O inviolável e o intocável no direito processual penal – Reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. Tradução: Luís Greco, Alaor Leite, Eduardo Viana. Marcial Pons: São Paulo, 2018.



CRIME ORGANIZADO E POLÍTICA EXTERNA – O CONTROLE DO PCC NAS FRONTEIRAS MOSTRA A FRAGILIDADE DA POLÍTICA EXTERNA BRASILEIRA

ORGANIZED CRIME AND EXTERNAL POLICY – PCC CONTROL AT THE BORDERS SHOWS THE FRAGILITY OF BRAZILIAN EXTERNAL POLICY

ANTONIO BAPTISTA GONÇALVES

Advogado. Pós-Doutor em Ciência da Religião pela PUC/SP, Pós-Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade de La Matanza. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito pela PUC/SP, Discente do MBA em Relações Internacionais da Fundação Getúlio Vargas; Especialista em Direitos Fundamentais pela Universidade de Coimbra, Especialista em International Criminal Law: Terrorism's New Wars and ICL's Responses pelo Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, Especialista em Direito Penal Econômico Europeu pela Universidade de Coimbra, Pós Graduado em Teoria dos Delitos – Universidade de Salamanca, Pós-Graduado em Direito Penal Econômico e em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e em Filosofia pela PUC/SP. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1666-3461>
E-mail: antoniobgoncalves@uol.com.br

RESUMO: O crime organizado, em especial as facções criminosas, tem acesso às fronteiras brasileiras para a livre circulação de substâncias ilícitas como maconha, cocaína e demais drogas. O controle e monitoramento estatal são falhos e não conseguem coibir as atividades criminosas na velocidade necessária. O volume econômico das atividades e a transnacionalidade impressionam, a destacar as atividades do Primeiro Comando da Capital em transações entre Bolívia e Paraguai com o escoamento das drogas pelos principais portos brasileiros, o que denota que a política externa brasileira é frágil e a organização interna do Estado Democrático Brasileiro está muito aquém da disciplina do crime organizado.

PALAVRAS-CHAVE: Crime organizado. Política externa. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: Organized crime, especially criminal factions, has access to Brazilian borders for the free circulation of illicit substances such as marijuana, cocaine and other drugs. State control and monitoring are flawed and fail to curb criminal activity at the required speed. The economic volume of the activities and the transnationality impress in particular on the activities of the First Command of the Capital in transactions between Bolivia and Paraguay with the flow of drugs by the main Brazilian ports, which indicates that the Brazilian foreign policy is fragile, and the internal organization of the Brazilian Democratic State falls far short of the discipline of organized crime.

KEY Words: Organized crime; Foreign policy; Democratic state.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O primeiro Comando da Capital (PCC): do surgimento às sintonias finas e ao mercado da droga – 3. A transnacionalização do crime organizado e a cooperação internacional – 4. O PCC e o comando das fronteiras brasileiras – 5. O Estado Democrático de Direito Brasileiro – 6. A política externa brasileira e o controle de fronteiras – Conclusão.

1. Introdução

O Governo Federal relutou em reconhecer a existência das facções criminosas. Na maior cidade da Federação, São Paulo, mesmo diante das ações do Primeiro Comando da Capital, que impactaram a população em dois momentos com maior gravidade: primeiro, em 18 de fevereiro de 2001, quando da megarrebelião em 29 presídios do Estado, por ser dia de visita, e perto de 10 mil familiares tornaram-se reféns. E, segundo, em 12 de maio de 2006, quando houve um toque de recolher na cidade por parte da facção, que se seguiu por dias com conflitos e mortes tanto de criminosos como de policiais.

Atualmente não há mais como refutar nem a existência do Primeiro Comando da Capital nem muito menos a sua relevância no universo do crime organizado. Até o começo de 2018, o PCC tinha mais de 29 mil filiados no Brasil, com maior concentração nos Estados de São Paulo, Mato Grosso do Sul e Paraná. Os três não possuem maior quantidade de filiados por questão aleatória, mas sim por se tratar dos Estados estratégicos para garantir a rota da droga advinda das fronteiras com o Paraguai e a Bolívia e o seu consequente escoamento pelo porto de Santos, em São Paulo, e Paranaguá, no Paraná, para grandes centros consumidores da Europa e da Ásia.

O PCC não é a única facção criminosa brasileira e, tampouco, a primeira. O Comando Vermelho, no Rio de Janeiro, fundado no começo da década de 1970 e com claros interesses no tráfico de drogas internacional, foi o detentor principal do mercado de drogas por longo período no Brasil. Mesmo com a mão forte do Estado na repressão, com a criação de mais de 180 leis penais desde a promulgação do Código Penal de 1940 até final de 2018, o crime organizado segue em crescimento e expansão, especialmente nas fronteiras. De tal sorte que a nossa principal indagação é: Por que o crime organizado transnacional cresce nas fronteiras brasileiras?

O crime organizado se estruturou, se paramentou e formou uma estrutura empresarial de suas atividades, particularmente com o mercado da droga, sem descurar de ações também lucrativas como tráfico de armas e munições, contrabando de cigarros, roubo de carros, venda de autopeças e componentes eletrônicos de veículos, desmanches clandestinos, dentre outros. E se aproveita das lacunas estatais para explorar as falhas de controle de fronteiras tanto para entrar com drogas e mercadorias ilícitas no Brasil como para escoar a produção e exportação da droga, preferencialmente por via marítima.

Em contrapartida, caminha o Estado, despreparado, desestruturado para controlar um país continental e com uma população carcerária que somente aumenta e está entre as três maiores do mundo, com mais de setecentos mil presos. Será que o Governo Federal possui uma política externa eficiente, que consiga combater o crime organizado e estar, concomitantemente, em consonância com os ditames internacionais do combate ao crime organizado? Eis o que passaremos a analisar.

2. O primeiro Comando da Capital (PCC): do surgimento às sintonias finas e ao mercado da droga

O surgimento da facção criminosa que viria a dominar os presídios, em especial no Estado de São Paulo, se deve às falhas do Estado Democrático de Direito brasileiro, que se mostrava, já naquela época, muito despreparado para lidar com a questão prisional.

Importante destacar que, em 1992, São Paulo foi vítima da maior chacina de sua história, o que ficou conhecido como o massacre do Carandiru. O que se viu em 14 de outubro de 1992 foi um ataque brutal:

em meia hora de terror, policiais armados com escopetas, metralhadoras, revólveres e facas acaram os detentos e deixaram um rastro de 111 mortes, com abundantes sinais de execução, corroborados pelo testemunho de sobreviventes.¹

O relato abaixo, extraído de uma das mais importantes revistas em circulação na época, demonstra a truculência com que o Estado lidou com a rebelião, e também a ferocidade dos próprios detentos:

Eram 4 horas da tarde. Começam os trinta minutos decisivos, a meia hora de horror. Há pouca luz e muita fumaça no corredor de pouco mais de 2 metros de largura. A PM tem lanternas. Os presos correm entre as celas. Xingam os policiais. “Aqui é o choque”, anunciam os soldados no 2º pavimento. “Chegou a morte”, gritam, raivosos e ameaçadores. São alvejados por sacos de urina e fezes. Os presos brandem estiletes sujos de sangue. “Vocês vão morrer de Aids”, desafiam os detentos. Uma saraivada de tiros ecoa pelo prédio.²

A questão que se coloca é a brutalidade das ações, o ato de tratar o preso como um mero número que não fará falta se este morrer, a ausência de humanidade, justiça e do importar-se com o ser humano. Foi exatamente a violência da resposta contra a rebelião que transformou a ação estatal em tragédia, um verdadeiro massacre que por anos a fio o Estado tentou escamotear e culminou com o julgamento dos envolvidos e seus claros excessos.

O fato é que a violência estatal foi o combustível necessário que um pequeno grupo de detentos precisou para criar um discurso de luta por união dos presos em busca de melhores condições dentro dos presídios e da luta contra um Estado opressor. O estatuto do PCC é claro: 2) Lutar sempre pela PAZ, JUSTIÇA, LIBERDADE, IGUALDADE e UNIÃO, visando sempre o crescimento da organização, respeitando sempre a ética do crime. E, 18) Todos os integrantes têm o dever de agir com severidade em cima de opressões, assassinatos e covardias realizados por Policiais Militares e contra a máquina opressora, extermínios de vidas, extorsões que forem comprovadas, se estiver ocorrendo na rua ou nas cadeias por parte dos nossos inimigos, daremos uma resposta à altura do crime. Se alguma vida for tirada com esses mecanismos pelos nossos inimigos, os integrantes do Comando que estiverem cadastrados na quebrada do ocorrido deverão se unir e dar o mesmo tratamento que eles merecem, vida se paga com vida e sangue se paga com sangue.³

O primeiro ponto, portanto, é que o Estado contribuiu através da opressão, da violência, da relativização e supressão de direitos para a união dos próprios presos, para lutarem contra um opressor comum: o Estado. O segundo ponto é a continuidade da ineficiência estatal, porque, ao não saber lidar com os presos mais violentos e perigosos, sem conseguir com eficácia controlá-los dentro dos presídios junto dos demais, o Estado optou por juntar todos os indivíduos mais perigosos em um único presídio e, assim, mantê-los em “rédea mais curta”, isto é, sob controle mais exacerbado.

Se no plano das ideias a solução poderia ter alguma justificativa, o que se viu na prática foi a contribuição inequívoca do Estado para juntar pessoas que não se conheciam e foram apresentadas por suas credenciais comuns: lideranças e violência. Essa combinação possibilitou a fortificação e formação de grupos com

¹ Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/reveja/carandiru-1992-8220-aqui-e-o-choque-chegou-a-morte-8221/>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

² Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/reveja/carandiru-1992-8220-aqui-e-o-choque-chegou-a-morte-8221/>. Acesso em: 27 fev. 2019.

³ FELTRAN, 2018, p. 307 e 309.

interesses comuns. De tal sorte que o Estado foi o responsável direto pela criação e desenvolvimento das facções criminosas, em especial do Primeiro Comando da Capital.

Se os oito fundadores não estivessem juntos na Cadeia de Custódia de Taubaté, o famigerado Piranhão, não haveria a união de esforços e, muito menos, o interesse em dominar o presídio mais violento e se tornar o grupo mais temido e respeitado perante os demais.

Em 1993, ano da criação do PCC, a população carcerária era de 126,2 mil presos.⁴ Mas com números muito menos assustadores se comparados com os atuais. Os números são elevados; pois, segundo levantamento do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, temos pouco mais de 600 mil presos, sendo que 40% são provisórios e apenas 35% com execução definitiva; 95% são homens e quase 25% do total de presos é decorrente do crime de tráfico.⁵

Intrigante, pois esses números são diversos dos apresentados pelo Conselho Nacional do Ministério Público em relatório divulgado apenas dois meses antes do citado; este mostra uma realidade diversa: população carcerária de pouco mais de 700 mil presos, com uma ocupação em 175% da capacidade, isto é, com notada superlotação. Se analisada por região, a situação somente piora; no Norte do Brasil temos quase três vezes a quantidade de presos em relação ao espaço disponível.⁶

Assim, qual dos dois relatórios deverá ter a população carcerária mais próxima à realidade? Ou será que o Estado deseja minorar os números? Tendo em conta que existem estados brasileiros, como São Paulo, que contam como um único homicídio chacinas em que houve vários mortos, a fim de minorar os números, reputamos ser esta a possível explicação para diferença numérica tão díspar.

Assim, falha o Estado Democrático de Direito quando não há respeito à dignidade da pessoa humana; quando mantém presos em locais superlotados e em condições sanitárias indignas. Da mesma sorte, ao não respeitar os direitos dos presos, retardar a progressão de regime dos mesmos, não os retirar do sistema quando já cumpriram pena, permanecendo presos por descaso estatal.

Para finalizar esse pequeno quadro estatístico, temos o perfil da população: de 18 a 24 anos, 31% do total dos presos; de 25 a 29 anos, temos 25%; e dos 30 a 34 anos, temos 19%; ou seja, 75% da população carcerária brasileira é composta por pessoas entre 18 e 34 anos,⁷ úmero assustador. Além disso, dessa realidade prisional, faltam-nos ainda dois dados relevantes: o primeiro, de que 67% da população carcerária é negra; isso quer dizer que, a cada três presos, dois são negros. O último dado se refere à escolaridade: 6% dos detentos são analfabetos; 9% são alfabetizados; 53% têm o ensino fundamental incompleto; 12% têm o ensino fundamental completo. Isso quer dizer que oito em cada dez pessoas presas estudaram, no máximo, até o ensino fundamental, enquanto a média nacional de pessoas que não frequentaram o

⁴ Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

⁵ Dados do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

⁶ Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em 21 de março de 2019.

⁷ Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2019.

ensino fundamental ou o têm incompleto é de 50%. Ademais, na população brasileira, cerca de 32% da população completou o ensino médio; enquanto que apenas 8% da população prisional concluíram-no.⁸

Grande parte da “mão de obra” dos “irmãos” do Primeiro Comando da Capital é formada por pessoas dentro dessas características. Já os membros do comando superior e pertencentes às “sintonias” – das quais falaremos adiante – apresentam discernimento diferenciado e maior sagacidade, o que reflete em seu poder de comando.

Seu líder atual se encaixa nesta última descrição. Marcos Willians Herbas Camacho, o Marcola, sempre foi considerado um estrategista; era ladrão de bancos e foi responsável por um dos principais assaltos registrados em São Paulo. Criou e aplicou um plano para roubar uma transportadora de valores que lhe rendeu 15 milhões de reais, sem disparar ou trocar um único tiro.

Marcola sempre defendeu a discricção para que a facção pudesse crescer sem chamar a atenção do Estado e, portanto, ter liberdade de ação para exercer seu potencial de crescimento. Não era esse o pensamento dos principais líderes da facção no ano em que Marcola ascendeu ao comando, no final de 2002; naquela época, Cesinha e Geleião ainda impingiam o terror e a violência contra o Estado.

Não se pode deixar de atribuir ao Estado parte da responsabilidade pela aliança entre PCC e CV. Afinal, por pura incompetência da administração estatal juntou-se em um presídio federal, em Bangu (RJ), o líder do Comando Vermelho, Fernandinho Beira-Mar, e os então líderes do PCC, Cesinha e Geleião, em 2002, que para lá foram transferidos. É o que relata a jornalista Fátima de Souza:

Eram apenas duas facções distintas, que se respeitavam, desde que cada uma ficasse em seu próprio território. E foram os governos das duas cidades que colaboraram para que as duas facções formassem uma aliança. O de São Paulo, que querendo “esconder” e enfraquecer a facção, os espalhou pelo país, em especial, no Rio de Janeiro, para onde mandou os então dois chefões do PCC na época: Cesinha (Cesar Augusto Roriz) e Geléia (José Márcio Felício). O governo carioca deu a sua contribuição, não só porque aceitou acolhê-los, mas os colocou no Bangu, ao lado de comandantes do CV, ao lado de Fernandinho Beira-Mar. Não demorou para que eles se encontrassem, se conhecessem e se aliassem, descobrindo que unidos teriam mais força. Assim nasceu a união PCC/CV. As consequências? Passaram a traficar drogas e armas em total sintonia, aumentando seus negócios, trocando armas por drogas e vice-versa. Deixou de existir um limite de “território” com ambas as facções abrindo “espaços” uma para a outra... O PCC pôde entrar nos morros cariocas, o CV foi bem recebido nas favelas paulistas. Além disso, montaram um esquema de “proteção” entre eles... bandidos procurados em São Paulo são bem recebidos – e escondidos – no Rio de Janeiro e vice-versa... É mais do que uma ligação de simpatia. São negócios conjuntos.⁹

Com a morte de Cesinha e a expulsão de Geleião, Marcola assumiu o posto de líder do PCC e tratou de implementar novos moldes à organização, especialmente ao distribuir o comando. Assim, surgiram as “sintonias”.

As sintonias são organismos autônomos, como departamentos de uma empresa, essenciais para o funcionamento da mesma, mas com autonomia e liderança. Esse conjunto de sintonias era subordinado

⁸ Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2019.

⁹ SOUZA, Fátima de. **PCC, a facção**. Disponível em: <http://www.record.com.br/autor_entrevista.asp?id_autor=4978&id_entrevista=219>. Acesso em: 1 mar. 2019.

à sintonia fina geral, da qual Marcola seguia exercendo sua liderança. O que se processou na prática foi a descentralização do cotidiano da facção.

A sintonia final é o órgão aos quais as demais sintonias se reportam; da sintonia final, saem os “salves” (comunicados) das lideranças, com as ordens a serem seguidas pelos membros, denominados de “irmãos”, bem como pelas demais sintonias. Através das informações coletadas pelo serviço de inteligência estatal, apurou-se que existem mais de 32 sintonias dentro do Primeiro Comando da Capital.

Como se pode ver, com a era Marcola, o Primeiro Comando da Capital se profissionalizou, se especializou a fim de viabilizar a própria expansão e o intercâmbio da “sintonia fina geral” e da liderança com as lideranças estaduais; a fim de obter, por conseguinte, unidade e uma única visão empresarial estruturada e organizada para a facção.¹⁰

Quando tudo estava em prática e em pleno funcionamento, já havia estofamento para a guinada que Marcola pretendia: o faturamento real e elevado, não mais fruto das atividades criminosas e da manutenção do partido pelas mensalidades; era hora de se pensar de forma macro e transnacionalizada; assim o Primeiro Comando da Capital ingressaria no mundo das drogas, de sua comercialização, produção e exportação.

Após chegar à liderança da facção e com a instituição das sintonias, o próximo passo foi expandir os negócios da organização criminosa; os contatos de Marcola se mostraram essenciais para o ingresso efetivo do Primeiro Comando da Capital no comércio internacional de drogas. É importante esclarecer que o Primeiro Comando da Capital sempre fez negócios com drogas, desde sua origem. Era uma de suas fontes de renda, mas o mérito, se é que podemos dizer assim, de Marcola, foi pensar de maneira macro, isto é, de não se limitar aos lucros advindos das bocas de fumo e dos pequenos traficantes, mas sim de eliminar os intermediários e buscar as drogas diretamente com os produtores, como fez o Comando Vermelho, de Fernandinho Beira-Mar, na Colômbia.

Houve, portanto, uma aproximação do Cartel da droga da Bolívia com o PCC; afinal, havia uma comunhão de interesses. Para os bolivianos, era vital escoar o produto visto que a Bolívia não tem mar; ao passo que, para o PCC, eliminar os intermediários e ter contato direto com o produtor aumentaria exponencialmente os lucros. Era um casamento lucrativo, de mão dupla.

Marcio Sergio Christino e Claudio Tognolli retratam os laços de Marcola com a Bolívia:

Hugo Achá – Ele (Marcola) tem família lá. E a família dele está muito perto do Evo, politicamente falando. Então, para a organização do Evo, o PCC tem virado um parceiro incrivelmente conveniente. Inclusive eu posso te falar hoje que provavelmente uns 60% a 70% da logística que a organização do Evo utiliza pra levar a cocaína até os mercados europeus é fornecida pelo PCC. O PCC seria, numa

¹⁰ Se analisarmos os perfis dos grandes grupos terroristas internacionais ou de grandes partidos políticos de esquerda, principalmente da Europa Oriental na época da Guerra Fria, vamos ver sempre a existência de um comitê central do partido como centro do poder decisório. O PCC clonou esse modelo ao criar a Sintonia Geral Final, com um líder que devia responsabilidade aos demais. Camacho era esse líder da Sintonia Final, e de certa forma essa configuração funcionava como um anteparo, pois as ações contra o PCC, para chegar até ele, tinham que passar pelos demais membros do comitê central.

Dessa maneira o PCC se remodelou. Usando departamentos, como uma empresa, para gerir o negócio, com certa consistência e noção administrativa. Houve um planejamento e depois uma adaptação. CHRISTINO; TOGNOLLI, 2017, p. 118 e 119.

equivalência, simplesmente por ser um exemplo pedagógico, uma UPS ou o Sedex da organização do Evo. Só que a organização do Evo é uma organização corporativa, e trata organizações como o PCC como se fossem iguais.¹¹

Além da cocaína, a Bolívia produz também pasta-base de coca, utilizada no refino da cocaína e também no crack. Cabe ao PCC escoar a maior parte dessa produção, uma vez que a Bolívia não tem acesso marítimo. Através do controle da facção, os produtos entram pelo Mato Grosso do Sul e são repassados tanto para consumo interno, visto que o PCC fica com uma parte do produto como pagamento pela distribuição, quanto para exportação através do porto de Santos, em São Paulo, e do porto de Paranaguá, no Paraná. Não por acaso, portanto, no processo de expansão e profissionalização do Primeiro Comando da Capital, os Estados que mais possuem membros da facção são exatamente São Paulo, Mato Grosso do Sul e Paraná.

A nova gestão do Primeiro Comando da Capital capitaneada por Marcola propiciou à facção se tornar autossuficiente e se financiar por conta do comércio do tráfico. Entre 2008 e os conflitos de 2016, o que se notou foi um crescimento econômico que saltou de 50 milhões anuais para duzentos milhões em 2016.

3. A transnacionalização do crime organizado e a cooperação internacional

A principal função do crime organizado transnacional é obter lucro através da prática de atividades ilícitas, por meio de uma metodologia de estrutura cooperativa definida, com a função de disseminar o temor e aplicar corrupção. Também tem público alvo específico, e conta com a proteção dos membros do Estado para suas atividades, em especial nas fronteiras e no acesso/transporte de seus produtos ilegais. Sobre o tema, Misha Glenny:

O grande salto tecnológico e o avanço da informática – resultados da globalização – trouxeram grandes oportunidades e novas expectativas para a sociedade. Porém, as benesses do processo de globalização foram usufruídos pelas organizações criminosas. Tais grupos se deram conta de que o aumento dos padrões de vida nos países ricos, o crescimento do comércio e dos fluxos migratórios e a capacidade reduzida de fiscalização de muitos países combinavam-se para formar um rico nicho de mercado: o crime organizado transnacional. Além de criminosos, esses grupos são eficientes capitalistas e empreendedores, que agem de acordo com a lei da oferta e da procura. Operam de acordo com as economias de escala, tal qual empresas multinacionais o fazem, e por essa razão buscam no exterior parceiros para desenvolver empreitadas tão globais quanto o fazem Nike, Monsanto, McDonald's, etc.¹²

A hierarquia também é bem definida, com clara divisão de funções a fim de potencializar o lucro. Baseia-se na estrutura de uma empresa convencional, com planejamento de custos das atividades, recrutamento de pessoas e pagamento de despesas com pessoal e ordenados. Para tanto, pode ou não constituir empresas reais devidamente legalizadas a fim de minorar os riscos das operações.

Phil Willians destaca o impacto da globalização para as organizações criminosas:

¹¹ CHRISTINO; TOGNOLLI, 2017, p. 205.

¹² GLENNY, 2008, p. 12.

-
- 1) A globalização do comércio, da tecnologia, do transporte, das comunicações, dos sistemas financeiros e da informação, que permite que as organizações criminosas atuem além das fronteiras;
 - 2) O aumento da migração e o crescimento de redes étnicas que transcendem as fronteiras nacionais mostraram-se valiosos para as operações das organizações criminosas. Embora a maioria dos imigrantes sejam cidadãos cumpridores da lei e sejam mais propensos a serem vítimas do que os perpetradores do crime, a dispersão de colombianos nos Estados Unidos, turcos na Europa Ocidental e nigerianos em todo o sudeste da Ásia, Europa Ocidental e Estados Unidos. Os Estados facilitaram enormemente a criação de estruturas de rede para o fornecimento de bens ilícitos;
 - 3) O Sistema financeiro global é cada vez mais baseado em dinheiro digital ou “megabyte”. Tais fundos podem ser movidos rapidamente e anonimamente e podem ser negociados, trocados e limpos ou legitimados por meio de uma série de instrumentos financeiros, como derivativos e futuros;
 - 4) O crescimento em mercados ou fontes atraentes. Durante os anos 80 e nos anos 90, houve um crescimento maciço nos mercados de drogas. Tráfico de drogas e o abuso de drogas foram transformados: eles não são mais simplesmente “problema norte-americano”, mas tornaram-se problemas que afetam outros grandes países consumidores, como na Europa Ocidental, Rússia e China.
 - 5) Maior atratividade dos mercados, pois não são apenas aqueles em que há demanda do consumidor em grande escala, mas também aqueles em que os preços – e os níveis de lucro – são altos;
 - 6) Regulamentações e leis diferenciadas estimulam o crime transnacional. Nikos Passas usa o termo assimetrias criminogênicas para descrever diferenças entre estados que estimulam atividades criminosas transnacionais. Uma dessas diferenças são os regulamentos. Onde os regulamentos são relativamente frouxos ou mal implementados, em setores como finanças e bancos, este é um convite para as organizações criminosas entrarem no Estado e explorar a lacuna;
 - 7) As capacidades diferenciadas dos Estados para impor riscos encorajam o crime. A característica distintiva dos negócios ilícitos não está no lado do lucro; as empresas buscam maximizar os lucros, mas enfrentam os riscos que as organizações criminosas transnacionais enfrentam, especialmente, mas não exclusivamente, as forças da lei e do governo.¹³

Em entrevista de 2016, ano em que ainda era coordenador geral do Comitê Permanente da América Latina para Prevenção do Crime (ILANUD), o professor Edmundo Oliveira aponta que o crime organizado já movimentava anualmente US\$ 1 trilhão (4% a 5% do PIB mundial).¹⁴

Em contraposição à modernização do crime organizado que se transnacionalizou, tem-se o Estado Democrático de Direito brasileiro, que ainda segue uma visão ultrapassada no seu processo legislativo, importando-se pouco ou nada com o cerne de uma legislação, isto é, com o procedimento da mesma e sua aplicabilidade; e que segue como mote essencial, ainda que com vários remendos, um Código da década de 1940, o que mostra o descompasso das normas penais, não com a realidade, mas com o mundo moderno transnacional e globalizado.

E não são apenas as leis que estão defasadas, porque o conhecimento técnico, a infraestrutura, a segurança, o efetivo das polícias também não se mostram mais adequados à criminalidade do século XXI, que soube se adaptar e inovar de acordo com as modificações tecnológicas, incorporando-as ao universo do crime.

¹³ WILLIAMS, 2001, p. 109-111.

¹⁴ Disponível em: <<http://lexprime.com.br/coordenador-do-ilanud-diz-que-crime-organizado-ja-movimenta-acima-de-4-do-pib-mundial/>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

Devido à desatualização tanto da estrutura quanto da tecnologia e do pessoal, a corrupção se tornou mais frequente e desfruta das próprias falhas, seja dos agentes públicos seja da organização antiquada do próprio Estado, o que denota as claras diferenças entre o poder público e o crime organizado. O primeiro, atrasado, em claro descompasso com o mundo moderno, com uma máquina burocrática inchada, de gastos elevados, sem otimização, modernização e, o mais fundamental, sem integração. Já o crime organizado se mostra estruturado, dividido hierarquicamente com pessoal especializado, tecnologia de ponta, profissionais bem remunerados e interessados, o que forma o conjunto ideal para otimizar os lucros através das atividades criminosas. Há uma crise no Estado Democrático de Direito brasileiro.

A crise perpassa pelos problemas do Estado com a segurança pública e a crescente violência urbana; pela expansão das facções criminosas dentro e fora das penitenciárias, pelo aumento da exclusão social e o incremento das desigualdades.

Os crimes aumentaram, se conectaram e estão mais violentos. O Estado responde com repressão; e a população carcerária cresce. Dentro do mundo prisional, estruturado em facções especializadas e voltadas para o lucro, e que possui em seu bojo profissionais do próprio Estado em sua folha de pagamento, o que se vê é o aumento de soldados, e a batalha contra o crime organizado ficar cada dia mais desigual para o Estado Brasileiro.

Ciente de sua própria obsolescência, o Brasil firma acordos internacionais de cooperação, a fim de tentar equiparar as armas contra o crime organizado transnacional. Esse é um tema que preocupa sobremaneira a Organização das Nações Unidas, a ponto de esta criar um escritório próprio, o United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). As Convenções da ONU sobre Controle de Drogas; contra o Crime Organizado Transnacional e seus três Protocolos – contra o Tráfico de Seres Humanos, o Contrabando de Migrantes e o Tráfico de Armas; e a Convenção da ONU sobre Corrupção; além das recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional contra o combate ao terrorismo são os instrumentos internacionais base da cooperação internacional entre as nações.

A comunidade internacional está consciente da gravidade da ameaça que o crime organizado transnacional e a produção, o tráfico e consumo de drogas em particular representam. Assim, através de acordos internacionais, busca promover a atuação conjunta dos Estados, para que elaborem e apliquem eficazmente a correspondente legislação interna e para que esta reflita o texto da legislação internacional.

Claro está que o Brasil tem perdido a batalha contra as facções criminosas que se transnacionalizaram e ampliaram suas operações¹⁵ graças à colaboração ativa de agentes públicos nas fronteiras ao longo do território nacional; mas não só por isso. Há que se considerar também a falta de efetivo, de motivação, a baixa remuneração dos agentes, a falta de equipamentos e de proteção efetiva nas fronteiras, pois em muitos trechos não há sequer um anteparo para separar os países. Sobre o tema, Camila Caldeira Nunes Dias e Thalita Cordeiro Pereira:

¹⁵ Inquestionável, por outro lado, que hoje a atuação do crime organizado é praticamente universal. A interligação da economia mundial permitiu ao crime organizado a globalização de suas “atividades”, mormente após a queda do comunismo soviético e a dissolução das fronteiras da Europa por consequência da formação da comunidade econômica europeia. Com isso a Máfia, seja a siciliana ou sua coirmã norte-americana, tende a crescer ainda mais, e assim também aquelas organizações menores, algumas das quais lhe são aparentadas, como a “Camorra” de Nápoles, a “Sacra Carona Unira” de Púglia e a “N’drangheta” da Calábria. E igualmente se expandem as Triades chinesas e a Yakuza japonesa, além de bandos criminosos que, amparados pela Máfia siciliana, agem na Europa do Leste e na Rússia e, presentemente, na França, na Holanda, na Grã-Bretanha e na Alemanha. FERNANDES, 2012, p. 446.

A intensificação dos fluxos de mercadorias, pessoas e valores fez com que as áreas de fronteira adquirissem uma importância crescente no cenário econômico e político contemporâneo. Com o incremento da circulação de mercadorias ilícitas, o problema da fronteira não se restringe mais à discussão acerca da soberania e defesa nacional e, sim, se coloca em termos de reflexões sobre a segurança pública e a criminalidade violenta presente nos grandes centros urbanos brasileiros.¹⁶

O crime organizado transnacional se globalizou, se integrou, passou a ter acesso aos círculos políticos e decisórios; com isso, sua proteção também progrediu. Tal fenômeno não é exclusivo do Brasil, pois países como Colômbia, Bolívia, México, Estados Unidos e Paraguai, para citar apenas alguns, têm igualmente problemas com o tráfico de drogas e a influência do crime organizado dentro de seus territórios.

Por isso, os acordos de cooperação internacional, a troca de informações, a integração dos serviços de inteligência ocorrem com o objetivo de garantir maior efetividade e união das nações contra esse inimigo comum, que produz, ademais, um déficit na arrecadação estatal com o contrabando de produtos.

4. O PCC e o comando das fronteiras brasileiras

O Brasil é um país continental, suas fronteiras totalizam 23.102 km, sendo 15.735 km terrestres e 7.367 km marítimas. As fronteiras terrestres do Brasil estão no limite com 10 países da América do Sul: Guiana Francesa; Suriname; Guiana; Venezuela; Colômbia; Peru; Bolívia; Paraguai; Argentina e Uruguai.

Há 588 municípios na faixa de fronteira oeste brasileira. No conjunto dessas cidades, há graus diferentes de urbanização, densidade populacional e desenvolvimento regional. A diversidade também se encontra nas diferenças entre o número de cidades nas faixas de fronteiras. Enquanto no arco Norte há 71 cidades, no arco Central há 99; e no arco Sul, 418. Essas cidades estão localizadas em onze estados brasileiros, quais sejam: arco Norte – Amapá, Pará, Roraima, Amazonas e Acre; arco Central: Rondônia, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul; e arco Sul: Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.¹⁷

Em área tão grande, as possibilidades de crimes são variadas: além do tráfico de drogas, há tráfico de armas de fogo, munições e explosivos; contrabandos, especialmente de cigarros, pirataria e também descaminho (fármacos, eletrodomésticos e eletroeletrônicos); exportação de veículos, caminhões, motos e ônibus roubados, componentes eletrônicos, softwares e autopeças; no plano econômico, há evasão ilegal de divisas; tráfico de pessoas; além da extração ilegal de madeira e diversos crimes ambientais, especialmente na região da Amazônia, mas não apenas restrita a ela.

O Primeiro Comando da Capital detém o controle das fronteiras com o Paraguai e a Bolívia, usando da força, da violência, do medo e da propina; e aproveitando-se das falhas de fiscalização, da ineficiência e desorganização do Estado brasileiro. Assim é que o PCC transporta seus produtos tranquilamente desses países para distribuí-los tanto no mercado interno quanto para seguirem para exportação através dos portos brasileiros de Santos (SP) e Pontaporã (PR).

A desculpa, ou melhor, a justificativa do Estado Democrático de Direito brasileiro é sempre a mesma: a grande extensão territorial do país impede que se faça um controle físico adequado das fronteiras; mas,

¹⁶ DIAS; PEREIRA, 2017, p. 35-51.

¹⁷ ANDRADE; LIMA, 2018.

pasmem, a fronteira com o Paraguai é marcada por acesso livre; em alguns trechos, há uma nada intimidadora cerca de arame farpado; em vários outros, porém, nenhum aparato existe, praticamente um convite ao crime organizado transnacional. O controle era feito de forma mais organizada pelo próprio crime organizado, mas do lado paraguaio, por meio de seu principal líder, Jorge Rafaat; mas depois de seu assassinato, cometido pelo PCC, a liberdade na fronteira passou a ser irrestrita.

Cuidar da fronteira com o Paraguai deveria ser prioridade do Governo, uma vez que o país é porta de entrada para contrabando de cigarros, armas e munições, além de ser o segundo maior produtor de maconha no mundo, e de fornecer produtos eletroeletrônicos, eletrodomésticos, entre outros tipos de contrabando.

Da mesma forma, a Bolívia produz cocaína, pasta de coca e crack, e envia sua mercadoria para ser escoada do Brasil para os mercados da Europa e da Ásia, visto que o país não conta com portos, por não ter acesso ao mar. Possui rotas específicas no território brasileiro para as drogas, em parceria com o PCC. Marcio Sergio Christino e Claudio Tognolli relatam sobre a rota de saída dos produtos da Bolívia:

Tem quatro pontos de passagem. O mais importante é Puerto Quirrajo-Puerto Suárez-Corumbá. Esse é o maior. O segundo é San Matías, que chega lá em Cuiabá. O terceiro fica em Guayaramerín, na Bolívia, Guarajá-Mirim, no Brasil. E o quarto, finalmente, que tem se tornado muito importante hoje é Cobija, naquela ponte entre Cobija e Brasileia, esses são os pontos. Mas o principal é aquele ponto em Corumbá. O volume de cocaína que passa todo dia lá é de arrepiar.¹⁸

O Brasil perde receita por conta das atividades do crime organizado transnacional, em especial pelos crimes das facções criminosas, dentre elas o Primeiro Comando da Capital. Deixa de arrecadar impostos, taxar novos produtos e ainda fortalece as facções, que aumentam sua arrecadação por se valerem da lacunosa atuação estatal.

Então, desenvolver um plano de atuação para as fronteiras é essencial; para tanto, o Governo Federal brasileiro precisa estabelecer alguns critérios. A fim de fortalecer suas fronteiras, deve o Estado brasileiro decidir o estilo de ação direta que deseja para seu próprio território, qual a política a ser utilizada, se haverá cooperação internacional, qual o apoio dos demais governos de países vizinhos. A decisão deverá ser tomada pelo governo federal em conjunto com o Conselho de Defesa Nacional, em conformidade com os governos estaduais e com as prefeituras das cidades fronteiriças, além de contar com as forças armadas para decidir sobre a instalação de bases militares para controlar o acesso das fronteiras.

5. O Estado Democrático de Direito Brasileiro

O Brasil é a nona maior economia do mundo, com US\$2,14 trilhões de dólares. No entanto, são inúmeros os problemas internos brasileiros em questões como infraestrutura, educação, saúde, saneamento, dentre outras. A maioria da população depende dos serviços básicos que deveriam ser garantidos e efetivados pelo Estado, mas o que recebe, na prática, é um sistema deficiente, que não atende adequadamente, e um Estado que não consegue suprir as necessidades do povo com o mínimo.

Como o Estado falha, o que se vê são pessoas excluídas, apartadas da sociedade, seja por falta de educação de qualidade, seja por falta de assistência no campo da saúde: longas filas, falta de vários

¹⁸ CHRISTINO; TOGNOLLI, 2017, p. 214.

medicamentos, demora para exames, tratamentos, dentre outros. No que se refere ao salário mínimo, como a remuneração não acompanha o mesmo ritmo do custo de vida, ocorre o declínio ainda maior da qualidade de vida de parte da população, a quem não resta senão habitar locais precários, invadindo terrenos, ocupando morros, como no Rio de Janeiro, tudo para poder sobreviver.

A disposição das favelas nos morros dificultou o acesso das autoridades policiais, conferindo maior proteção geográfica aos criminosos, que se fortaleceram, equiparam-se com armamento e forneceram abrigo e proteção não apenas a seus pares como aos demais membros esquecidos pelo Estado Democrático de Direito brasileiro. Por uma questão econômica, o mundo do crime também recruta seus membros nas regiões da periferia e nos grupos menos favorecidos da população. E qual o motivo? Os recrutados são mais baratos, habitam em locais próximos aos demais criminosos e, por conseguinte, são mais bem protegidos.

Se o Estado não fornece saúde, educação, segurança e lazer de qualidade, a população carente fica desguarnecida e busca alternativas para suprir as falhas estatais. Essa lacuna, foi aos poucos sendo preenchida pelo mundo do crime; as facções protegeram e conquistaram a confiança dos moradores, seja com o tribunal do crime, para solução de controvérsias, ou com o provimento de serviços e obrigações que seriam de responsabilidade do Estado, mas que não foram fornecidos e efetivados pelo mesmo.

Atualmente, há uma crise na segurança pública, com o aumento da violência urbana. A resposta estatal é dada através do endurecimento penal: leis mais duras, como a criação dos crimes hediondos, do Regime Disciplinar Diferenciado, prisões de segurança máxima, apenas para citar algumas das soluções apresentadas. Todavia, os números não diminuem, a crise só aumenta e o Estado perde credibilidade. O fato é que enquanto não for criada uma política externa para lidar com o problema das fronteiras e o crime organizado e, no âmbito prisional, o enfoque do endurecimento não for modificado pela da humanização das penas e a instituição de uma efetiva ressocialização, a crise permanecerá.

Em verdade, o que se precisa fazer é tratar a causa do problema e não as suas consequências, como tem procedido o legislador brasileiro. O cerne da questão está em um Estado que não respeita a população carcerária, que não aplica a humanização das penas e não incentiva a ressocialização prisional, o que reflete no aumento do cometimento de crimes e no inchaço da massa de presos. Endurecer não é a solução, portanto, para melhorar o sistema. O Estado deve se preocupar em criar condições para que os presos não precisem se filiar a facções como forma de sobreviver, mas sim para terem a opção de escolha entre uma proposta ressocializatória estatal com respeito aos seus direitos e garantias ou pertencer ao mundo do crime e das facções criminosas.

6. A política externa brasileira e o controle de fronteiras

Como vimos, o Estado brasileiro não cuida adequadamente de suas fronteiras, e tem plena ciência disso, pois o Tribunal de Contas da União, órgão governamental, produziu relatório que atesta exatamente tal deficiência.

Quanto à capacidade organizacional, o tribunal verificou que os órgãos responsáveis pela segurança da região apresentam baixo grau de investimentos e carência de recursos humanos, materiais e financeiros, a exemplo de aeronaves, sistemas de comunicação interoperáveis, instalações físicas e cães farejadores. Isso realça a vulnerabilidade daquele espaço territorial, e contribui para agravar sua condição de ambiente

propício aos ilícitos relacionados ao tráfico de drogas e de armas, entre outros crimes típicos de regiões fronteiriças. O TCU identificou, no entanto, a existência do Sistema Integrado de Monitoramento de Fronteiras (Sisfron), conduzido pelo Exército Brasileiro, que tem por base uma rede de sensores colocados sobre a linha de fronteira a fim de produzir informações para a tomada de decisões. A previsão de implantação em toda a faixa fronteiriça é de dez anos, ao custo estimado de aproximadamente R\$ 12 bilhões.

Também foram avaliadas a coordenação e a coerência no âmbito do PEF, a serem exercidas pelos Ministros de Estado da Justiça, da Defesa e da Fazenda. Segundo o TCU, não há definição clara dos papéis e responsabilidades dessas instituições coordenadoras. Também não existe critério para designação de comando relativo às operações conjuntas ou para os colegiados no gerenciamento das ações. Na avaliação do tribunal, é necessária a definição de instrumentos que permitam a construção de arquitetura interorganizacional eficiente para que as áreas de responsabilidade estejam claras e sob supervisão de agências públicas situadas na própria fronteira, encarregadas de exercer a liderança.¹⁹

O Sistema Integrado de Monitoramento de Fronteiras, está operando com 90% da sua capacidade tática, ainda que restrito em sua fase de testes. O projeto-piloto possui sistema de sensores, decisores (softwares) e atuadores (pessoal), em uma extensão de 650 quilômetros na fronteira sul de Mato Grosso do Sul, entre as cidades de Mundo Novo e Caracol.

O Sisfron foi desenvolvido para obter o armazenamento, a organização, o processamento e a distribuição dos dados necessários à gestão da faixa de fronteira terrestre, a fim de propiciar um monitoramento permanente na área.

O projeto emprega tecnologia nacional de ponta, com radares fixos e móveis, antenas (infovias), além de equipamentos como sensores óticos, binóculos de visão termal e câmeras de longo alcance. A estrutura permite que as informações captadas pelos postos de vigilância cheguem em tempo real nos centros de operações, sendo interpretadas e usadas como suporte para a tomada de decisão.²⁰

Ainda é um piloto, está em testes e a previsão é que possa estar plenamente em operação apenas em 2035. Será que até lá o crime organizado transnacional terá complacência com nossas fronteiras? Obviamente que se trata de uma ironia, e empregada apenas para retratar como a morosidade do Estado Democrático de Direito brasileiro capacita as facções criminosas e suas atividades.

O Estado deposita esperanças no Sisfron como solução para o entrave das fronteiras brasileiras. Todavia, só a implementação do projeto não assegurará sua efetividade, e muito menos seu sucesso, pois também se faz necessário o fornecimento de bases de policiamento pelo Exército, em cada um dos Estados fronteiriços, além de apoio logístico e de integração com a Polícia Federal, Polícia Rodoviária Estadual e Federal.

Para que o Estado brasileiro diminua a influência do Primeiro Comando da Capital nas fronteiras brasileiras, é necessário o desenvolvimento de um plano de ação em conjunto com os estados e municípios a fim de criar políticas conjuntas para as áreas fronteiriças e otimização dos gastos. Ademais, também é importante a criação de uma cooperação internacional com os onze países que fazem fronteira com o

¹⁹ Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-avalia-governanca-em-acoes-de-faixa-de-fronteira.htm>>. Acesso em: 16 mar. 2019.

²⁰ Disponível em: <<https://www.defesa.gov.br/noticias/50004-sisfron-opera-com-90-da-sua-capacidade-tatica>>. Acesso em: 8 mar. 2019.

Brasil, para troca de experiências, inteligência, dados, capacitação de agentes com o escopo de fortificar a proteção das fronteiras e reafirmar a soberania dos países em seus limites territoriais.

Em relatório sobre o controle de fronteiras, encomendado pelo Congresso norte-americano, além das medidas acima elencadas, destaca-se que também é importante para que se proteja as fronteiras a criação de leis para o combate à lavagem de dinheiro, aos traficantes e ao tráfico:

Border investments also complement and interact with law enforcement activities beyond the border, such as —in the case of illegal drugs— programs to combat traffickers’ money laundering schemes and to detect and prevent southbound flows of money and guns. Some of the most important work with respect to counterterrorism and counternarcotics efforts may involve bilateral and multilateral partnerships with allies abroad. And the U.S. government has vital competing interests in facilitating effective commercial flows and the efficient movement of legal travelers. Inevitably, decisions about “border security” must grapple with the full universe of threats and policies that intersect at U.S. borders.²¹

Destarte, cabe igualmente ao Estado brasileiro lidar com outra realidade: a da falta de efetividade das leis penais, visto que é frequente os contrabandistas serem presos e processados no Brasil por atividades ilícitas, tendo como consequência a perda da mercadoria, mas não um cumprimento efetivo de pena, porque o Judiciário flexibiliza a aplicação da lei penal nas fronteiras; o resultado é o regresso imediato às atividades ilícitas em um movimento de *looping* – um Estado repressor e que investe em novas leis, porém, com magistrados que as flexibilizam e relativizam.

Conclusão

O Estado Democrático de Direito brasileiro está em crise e se vê obrigado a conviver com as facções criminosas, como o Primeiro Comando da Capital, porque não cumpre com o seu papel de efetivar o conjunto de direitos tidos como fundamentais. Ademais, não consegue equilibrar as desigualdades sociais e econômicas. A violência urbana e a insegurança aumentam. A resposta do Estado é criar uma nova lei penal e/ou endurecer o sistema vigente. Nesse movimento, as facções aparecem como símbolo de resistência para combater um Estado opressor: população carcerária elevada e crescente, que se une em torno das facções por melhores condições de sobrevivência para si e sua família, bem como da garantia de um emprego quando do cumprimento da pena, tudo ao contrário do que o Estado lhes fornece. Para a facção, isso significa lucro, mão de obra barata e estruturação em moldes empresariais, aproveitando-se das lacunas estatais para o desenvolvimento de suas atividades em âmbito interno e internacional.

Com a globalização, os mercados se abriram, e houve incremento da livre circulação de pessoas, bens e serviços. A integração e o desenvolvimento de novas tecnologias expandiram o capitalismo e também o crime organizado. A preocupação se transnacionalizou, especialmente com a relativização das fronteiras; assim, a cooperação internacional e uma melhoria nos controles de fronteira foram algumas das soluções criadas pelos Estados.

O Brasil ainda peca na questão da cooperação internacional, tanto quanto do controle das fronteiras e da falta de serviço de inteligência efetivo. Ainda tem a mentalidade repressora como mola motriz, sendo

²¹ Disponível em: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R42969>. Acesso em: 19 mar. 2019.

que não investe na melhora do desenvolvimento socioeconômico das regiões fronteiriças, o que inviabiliza uma modificação da realidade da região.

Além disso, o Brasil ainda falha ao não promover uma integração entre seus próprios órgãos, estados, Distrito Federal e municípios, com um banco de dados unificado, tecnologia, serviço de inteligência e um plano de ação harmônico para todos. Da forma como está, sem unidade, o efeito prático é reduzido e a amplitude de ação restrita, porque as ações são desarticuladas e pontuais. É necessário criar elementos de comunicação, com política de longo prazo entre Governo Federal, estados e municípios, além de investir em tecnologia de qualidade.

Pari passu, cabe ao Estado brasileiro criar e desenvolver uma política externa conjunta com os onze países com que faz fronteira, sem prejuízo do acréscimo de demais interessados, como os Estados Unidos da América, por exemplo, a fim de investir em uma solução transnacional de obrigatoriedade e cooperação internacional. A política externa brasileira é frágil no tocante ao controle das fronteiras; e às deficiências internas do Estado são patentes; o PCC se aproveita dessas lacunas e se expande, enriquece e se desenvolve.

O Estado Democrático de Direito brasileiro precisa investir, como já o faz; todavia, precisa fazê-lo de forma integrada, conjunta com os estados e municípios; investir em tecnologia, em capacitação, em previsão orçamentária para a Lei de combate ao Crime Organizado, em recursos a fim de investigar e exercer a inteligência. Precisa também capacitar suas polícias, melhorar o efetivo, cuidar de investimentos sociais nas áreas de fronteiras; enfim, o caminho é árduo para o Estado reverter a fragilidade de sua política externa e a falta de controle de suas fronteiras.

O endurecimento não é a solução. O caminho é aprender com os vizinhos, atuar com eles e desenvolver políticas de proteção das fronteiras, com legislação adequada. Necessário também otimizar as leis existentes em busca de maior controle sobre a lavagem de dinheiro. As organizações criminosas, quando têm seu dinheiro e lucro ameaçados modificam seus planos, recuam, procuram outras rotas e restituem força aos Estados nesse embate entre o crime transnacional e as nações.

Referências

- ANDRADE, Israel de Oliveira; LIMA, Raphael Camargo. Segurança e defesa nacional nas fronteiras brasileiras. In: PÊGO, Bolívar (org.); MOURA, Rosa. *Fronteiras do Brasil: uma avaliação de política pública*. v. 1. Rio de Janeiro: IPEA, MI, 2018.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Banco nacional de monitoramento de prisões. *Cadastro Nacional de Presos*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2019.
- CHRISTINO, Marcio Sergio; TOGNOLLI, Claudio. *Laços de sangue: a história secreta do PCC*. 3. ed. São Paulo: Matrix, 2017.
- CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE. *Border Security: understanding threats at U.S. Borders*. February 21, 2013. Disponível em: <<https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R42969>>. Acesso em: 17 mar. 2019.
- CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Sistema prisional em números*. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

-
- DIAS, Camila Caldeira Nunes; PEREIRA, Thalita Cordeiro. Dinâmicas das redes criminais e as políticas públicas na fronteira Brasil/Paraguai: o caso de Ponta Porã e Pedro Juan Caballero. *Revista Brasileira de Iniciação Científica*, Itapetininga, v. 4, n. 4, p. 35-51, 2017.
- FELTRAN, Gabriel. *Irmãos: uma história do PCC*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- GLENNY, Misha. *Mc Máfia, crime sem fronteiras*. Trad. Lúcia Boldrine. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- GONÇALVES, Antonio Baptista. Bitcoins, criptomoedas e as questões tributárias. *Revista de Estudos Tributários*, São Paulo, Sage, ano XXI, n. 124, p.9-42, nov.-dez. 2018.
- INFOPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2019.
- JORNAL LEXPRIME. *Coordenador do ILANUD diz que crime organizado já movimenta acima de 4% do PIB mundial*. 22 de março de 2016. Disponível em: <<http://lexprime.com.br/coordenador-do-ilanud-diz-que-crime-organizado-ja-movimenta-acima-de-4-do-pib-mundial/>>. Acesso em: 16 mar. 2019.
- MANSO, Bruno Paes; DIAS, Camila Nunes. *A Guerra: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil*. São Paulo: Todavia, 2018.
- MINISTÉRIO DA DEFESA. SISFRON opera com 90% da sua capacidade tática. Disponível em: <<https://www.defesa.gov.br/noticias/50004-sisfron-opera-com-90-da-sua-capacidade-tatica>>. Acesso em: 8 mar. 2019.
- PELLEGRINI, Carlos Eduardo. *Direito penal transnacional*. São Paulo: Baraúna, 2017.
- REVISTA VEJA. *Aqui é o choque e chegou a morte*. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/reveja/carandiru-1992-8220-aqui-e-o-choque-chegou-a-morte-8221/>>. Acesso em: 27 mar. 2019.
- SOUZA, Fátima de. *PCC, a facção*. Disponível em: <http://www.record.com.br/autor_entrevista.asp?id_autor=4978&id_entrevista=219>. Acesso em: 1 mar. 2019.
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *TCU avalia governança em ações de faixa de fronteira*. 10 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-avalia-governanca-em-acoes-de-faixa-de-fronteira.htm>>. Acesso em: 16 mar. 2019.
- WILLIAMS, Phil. Crime, illicit markets, and money laundering. In: SIMMONS, P. J.; JONGE OUDRAAT, C. *Managing global issues: lessons learned*. Washington, D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, 2001.



A INOBSERVÂNCIA DA TAXATIVIDADE DA LEI PENAL NAS DENÚNCIAS POR CRIME ORGANIZADO

THE NON-OBSERVANCE OF THE TAXATIVITY OF THE CRIMINAL LAW IN THE DENUNCIATION FOR ORGANIZED CRIME

CARLA SILENE CARDOSO LISBOA BERNARDO GOMES

Doutora em Direito Penal pela PucMinas. Mestre em Direito Constitucional pela PucRio. Advogada e Professora.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0687-0042>

E-mail: carlasilene2510@gmail.com

RESUMO: Com a Lei nº 12.850/2013, verificou-se uma multiplicação de processos criminais inaugurados com a imputação do crime de organização criminosa. Referida Lei, no entanto, ainda não se desincumbiu do dever de revelar o conteúdo da proibição. Apesar disso, utilizando-se de expressões vazias de conteúdo e ausentes da descrição legal, o Ministério Público tem ensejado o início de vários processos criminais. O presente artigo se propõe a analisar duas denúncias e, através delas, suscitar o debate sobre como a inobservância ao princípio da Legalidade na Lei nº 12.850/2013 tem ensejado denúncias arbitrárias e abusivas, por não deixar explícito o conteúdo da proibição.

PALAVRAS-CHAVES: Organização criminosa. Taxatividade. Legalidade. Denúncia. Arbitrariedade.

ABSTRACT: With the Law nº 12.850/2013, there was a multiplication of criminal proceedings inaugurated with the imputation of the crime of criminal organization. That law, however, has not yet been discharged from the duty to disclose the content of the prohibition. Despite this, using empty expressions of content and absent from the legal description, the public prosecutor's Office has had the beginning of several criminal proceedings. This article proposes to analyze two denunciations and, through them, to raise the debate on how the failure to comply with the principle of legality in Law nº. 12.850/2013 has an arbitrary and abusive denunciations, for not leaving explicit the content of the prohibition.

KEYWORDS: Criminal organization. Taxativity. Legality. Denunciation. Arbitrariness

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O devido respeito à taxatividade penal na denúncia. 3. A ausência da matéria da proibição no tipo de organização criminosa. 4. Análise de Casos; 4.1 Denúncia nos autos nº 15592-19.2016.8.11.0042; 4.2 Denúncia nos autos nº 5016870-42.2017.4.04.7000. 5. Conclusão; 6. Referências.

1 Introdução

O início de um processo criminal, sob a perspectiva do indivíduo que é denunciado, é um momento tormentoso, pois lança-o no caminho complexo, oneroso e controverso do processo penal, que geralmente perdura por um longo tempo, a altos custos. Por essa razão, o papel do Ministério Público no oferecimento da denúncia deve ser tido como de extrema relevância, para não se permitir o abuso de poder e a arbitrariedade.

Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade indicam que o Ministério Público, exatamente pelo poder de efetivar seletivamente quando se iniciará uma ação penal, é mais permeável a uma atuação política.¹ Assim é que a denúncia se reveste de excepcional importância por indicar não somente a política criminal que concretamente será implementada, mas também por se revelar como o momento mais significativo de atuação dos membros do Ministério Público, pois é quando se materializará formalmente a acusação contra o indivíduo, através da descrição detalhada dos fatos e indicação do enquadramento deles em um ou mais tipos penais – capitulação.

O denunciado, por sua vez, se defenderá da acusação contida na inicial, em que não somente os fatos devem estar delimitados, mas o enquadramento legal deve ser coerente com a antinormatividade encontrada no tipo penal. A partir da exata narrativa dos fatos e da indicação de que eles caracterizam um tipo penal é que surge para o denunciado o exercício da ampla defesa e do contraditório em toda a sua plenitude. Daí já se pode compreender a importância de que o denunciado e seus defensores consigam perceber o alcance da denúncia, pois, do contrário, o contraditório e a ampla defesa serão meramente formais.

2 O devido respeito à taxatividade penal na denúncia.

A descrição da conduta imputada ao denunciado nos estritos termos do tipo penal é que servirá para afastar o uso de elementos estranhos como argumento de força ou mesmo de reforço – o que infelizmente se tornou lugar comum –, em que, por exemplo, se utiliza em demorado a adjetivação aos moldes do sensacionalismo, com o fim de já criar uma compreensão prévia e indevida no julgador.

Leonardo Augusto Marinho Marques delimita a função pública constitucionalmente atribuída ao Ministério Público destacando que a formulação da hipótese acusatória deverá se dar em observância à dignidade do agente:

No ponto, cumpre questionar: em que consistiria exatamente a função acusatória? Com certeza, trata-se de uma função pública, constitucionalmente atribuída ao Ministério Público, por ser a instituição adequada para atingir da maneira mais eficaz os objetivos traçados no processo penal para o exercício da acusação pública. No exercício dessa função pública, compete-lhe privativamente: (1) formular a hipótese acusatória, delimitando a responsabilidade penal, em homenagem à dignidade do acusado; (2) assumir o ônus da prova, como consequência desfavorável proveniente da ausência de prova sobre a responsabilidade penal; (3) realizar todos os atos inerentes à acusação, como o aditamento da denúncia, a modificação da hipótese acusatória (*mutatio libelli*), a proposição e a complementação da prova, a requisição de diligências finais, a sustentação do pedido de condenação, ao final do processo, quando a prova permitir, a impugnação das decisões desfavoráveis, etc.²

A taxatividade, como decorrência do Princípio da Legalidade, enquanto garantia individual, impõe ao Ministério Público o dever de buscar a adequação dos fatos narrados aos contornos exatos do tipo penal; ou seja, ele não poderá denunciar ninguém por fatos que estejam fora da matéria da proibição informada no tipo penal. Assim é que o limite exato da narrativa de uma exordial acusatória é dado pela

¹ DIAS, 1997, p. 482.

² MARQUES, 2009, p. 148.

antinormatividade que se extrai do tipo penal, nem mais, nem menos, sendo que a inobservância de referida regra enseja a ruptura com garantias conferidas ao cidadão brasileiro pela Constituição.

A vinculação dos fatos à matéria da proibição trazida no tipo penal, se devidamente observada, servirá como um filtro a impedir que se faça uma interpretação fática eivada de preconceitos e com manipulação jurídica, visando um interesse condenatório previamente estabelecido e vedado em nosso ordenamento. E por essa razão, quando a narrativa fática destoar da taxatividade contida no tipo penal, deveria ser rejeitada a denúncia por inépcia.

Ocorre, no entanto, que pelo fato de o tipo penal não ser claro, preciso, e sem ambiguidades, verifica-se a instauração de processos criminais que não preenchem os requisitos mínimos. E um dos motivos para tal ocorrência é o que aqui se analisa, ou seja, o fato do tipo penal de organização criminosa não ter sido capaz de, em consonância com o Princípio da Legalidade, cumprir com a determinação da *lex certa* e, por conseguinte, explicitar a matéria da proibição.

Assim, embora vigore a máxima de que o denunciado não se defende da classificação penal, mas dos fatos a ele imputados, é certo que quando a denúncia se apresenta excessiva, ou seja, extrapolando os limites da matéria da proibição, implicará o fato de o denunciado ter de se defender de fatos que não são proibidos pela lei penal, mas que são utilizados como argumento de força para se atingir o pleito condenatório. Ou ainda, quando a denúncia de forma insuficiente indicar os fatos que se amoldariam ao tipo penal, o denunciado ver-se-á impossibilitado de realizar a defesa e o contraditório por desconhecer, em absoluto, o inteiro teor da acusação.

3 A ausência da matéria da proibição no tipo de organização criminosa.

A expressão crime organizado vem sendo aplicada indistintamente para se denominar a prática, por várias pessoas normalmente interligadas entre si, dos mais variados delitos – corrupção, jogos de azar, exploração ilegal de recursos naturais, tráfico de animais silvestres, tráfico de drogas, exploração de pessoas, contrabando, lavagem de dinheiro, roubo de carga, estelionato, tráfico de armas, etc. –; isto é, não tem a sociedade uma concepção clara e unívoca do que seria de fato o crime organizado, o que, por si só, já rompe com qualquer segurança jurídica que se possa pretender.

Assim é que assistimos à produção acadêmico-científica, em várias áreas – sociologia, direito, política, filosofia, história –, inclinar-se a basear-se, além de, é óbvio, na pluralidade de agentes, em outros dois pressupostos para caracterização do crime organizado: a estrutura empresarial e a exploração econômica da atividade ilícita.

No entanto, até o momento, o que se percebe é que muito pouco se produziu no sentido de se construir um contorno jurídico penal bem delineado do que se deve entender por criminalidade organizada; e a consequência tem sido, por vezes, uma violação direta do princípio da legalidade em seu sentido mais amplo.

E fazendo um recorte sobre a insegurança que a imprecisão jurídica no trato da questão produz, Winfried Hassemer é preciso quando afirma que isso resulta na impossibilidade de uma política criminal racional.

Quando atualmente se alude a violência e criminalidade, torna-se necessário distinguir dois campos que, se bem provoquem repercussões públicas semelhantes, distinguem-se radicalmente no tocante à origem, potencial de ameaça e possibilidades de combate: criminalidade de massas e criminalidade organizada. “Criminalidade organizada” apresenta-se hoje como o abre-te-sésamo para desencadear a utilização do arsenal de instrumentos de intervenção da autoridade em nome da prevenção de perigos e da elucidação dos crimes. As profundas incursões nas garantias tradicionais frente ao poder de polícia e no processo penal estão sendo operadas ou estão por acontecer sempre e invariavelmente em nome desta forma de criminalidade. Isto deforma a situação completamente. Na verdade, a população encontra-se realmente sobressaltada e agredida por uma forma de criminalidade que nada tem a ver com a criminalidade organizada: é a criminalidade de massas. Quem mistura ambas dificulta uma Política criminal racional.³

Percebe-se que, mesmo não sendo possível até o momento uma definição completa do que constituiria o denominado fenômeno do crime organizado, ganhou ele personalidade própria, induzindo vários países a tipificá-lo e, sobretudo, a implementar e efetivar medidas no sentido de combatê-lo.

No Brasil, a Lei nº 12.850/2013 revogou a Lei nº 9.034/1995 e as alterações trazidas pela Lei nº 10.217/2001; mas ainda persiste certa confusão na hora de se distinguir a organização criminosa do tipo penal de associação criminosa ou mesmo do concurso de agentes para a prática criminosa.

A partir da entrada em vigor da Lei nº 12.850/2013, o Brasil passou a assistir à realização de inúmeras operações policiais com o intuito de “combater e eliminar” organizações criminosas. Consequentemente, verificou-se muitas denúncias pela prática do crime de organização criminosa sempre que a ação envolvesse um número maior de pessoas, muitas das vezes independentemente de outros requisitos.

E é exatamente o debate que se pretende suscitar: teria a Lei nº 12.850/2013 cumprido o seu papel de delimitar o que deve ser entendido como prática de ação criminosa, de modo a impedir que o Ministério Público pratique abusos e arbitrariedades no oferecimento das denúncias por organização criminosa?

As denúncias apresentadas a seguir ilustram a dificuldade que se tem para determinar a matéria da proibição no âmbito do tipo penal de organização criminosa e o quanto isso pode ensejar o cometimento de arbitrariedade pelo órgão estatal encarregado da acusação.

A amplitude de interpretação que se verifica nas denúncias revela a inobservância de bases de sustentação de um Direito Penal legítimo em um Estado Democrático de Direito, especialmente pela violação ao Princípio da Legalidade no aspecto da taxatividade, e, a partir da instauração do processo criminal, pela dificuldade no exercício da ampla defesa e/ou do contraditório.

Ante o fato de se tratar de lei recente em nosso ordenamento e, especialmente, em razão dos últimos acontecimentos políticos do país, não é possível ainda delinear a jurisprudência sobre o assunto. Mas já é possível averiguar, pelo teor de denúncias oferecidas, as consequências graves do tipo penal de crime organizado previsto na Lei nº 12.850/2013, que não esclarece o conteúdo da proibição.

O emprego de expressões vazias de conteúdo jurídico, a utilização de linguagem sensacionalista, a descrição da prática criminal carregada de expressões que visam a despertar o pânico, e a indicação de elementos estranhos ao tipo penal como argumento de força pelo Ministério Público têm sido constatados

³ HASSEMER, 2008, p. 266.

reiteradamente. E a consequência que já se vislumbra é que isso repercutirá na consolidação de uma jurisprudência criminal fomentadora da seletividade e violadora dos direitos fundamentais.

4 Análise de Casos:

4.1 Denúncia nos autos n. 15592-19.2016.8.11.0042⁴

Refere-se à denúncia realizada pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso, através da GAECO (Grupo de Atuação Especial contra o Crime Organizado), contra um suposto líder de uma facção criminosa denominada *Comando Vermelho de Mato Grosso* e mais outras três pessoas, que também integrariam referida organização, pelos crimes de incêndio e integração de organização criminosa.

Os Promotores de Justiça da GAECO ofertaram denúncia contra R.A.M. pelo crime de causar incêndio em transporte coletivo (art. 250, § 1º, inc. II, alínea “c”, por duas vezes) e E.L.S., A.M.S.S. e B.L.S. pelo crime de integrar organização criminosa com emprego de arma de fogo (art. 2º, § 2º, da Lei nº 12.850/13).

Segundo a exordial, R.A.M., que seria um dos líderes da organização criminosa denominada *Comando Vermelho do Mato Grosso*, determinou que os demais denunciados, enquanto membros de mencionada organização, provocassem incêndio em ônibus utilizados para o transporte público coletivo na região metropolitana de Cuiabá, expondo a perigo de vida, a integridade física e o patrimônio de outrem.

Disse, ainda, que dois foram os coletivos incendiados e que a motivação dos incêndios seria a suspensão das visitas dos familiares aos presos recolhidos na Penitenciária Central do Estado, em razão da greve dos servidores. Ao descrever a prática do crime de organização criminosa na denúncia (fls. 13/19), narrou o Ministério Público estadual do Mato Grosso:

FATO 02 – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (Artigo 2º, § 2º, da Lei nº 12.850/2013.

Consta do incluso inquérito policial que, em data não precisa, mas neste ano de 2016, até a data hodierna, os denunciados E. L. S., B. L. S. e A. M. S. S., passaram a integrar a organização criminosa denominada “CV-MT” (COMANDO VERMELHO DE MATO GROSSO), engendrada para a prática de crimes patrimoniais, tráfico de drogas, homicídios, dentre outros.⁵

De início já se pode observar a imprecisão temporal da denúncia, quando diz: *em data não precisa, mas neste ano de 2016, até a data hodierna...*

De fato, o legislador não cuidou de estabelecer no tipo penal de organização criminosa um tempo mínimo de existência dela, de modo a caracterizar um crime distinto da associação criminosa ou de um eventual concurso de pessoas. No entanto, a preexistência e a estabilidade ao longo do tempo são imprescindíveis para que se possa conceber uma organização.

O fato de a lei não precisar ao menos um tempo mínimo para se considerar estável a organização já rompe com o pressuposto da duração, da estabilidade, da permanência e dificulta uma diferenciação do tipo penal de associação criminosa (art. 288, do CP) e do concurso de agentes (art. 29, do CP).

⁴ Disponível em: <<https://www.rdnews.com.br/download.php?id=37341>>. Acesso em: 7 jan. 2019.

⁵ Disponível em: <<https://www.rdnews.com.br/download.php?id=37341>>. Acesso em: 7 jan. 2019.

E, ainda, como se observa na denúncia em análise, enseja a imputação de um fato criminoso sobre o qual não se tem a precisão de quando teria iniciado e, conseqüentemente, por quanto tempo teria se prolongado. Destaque especial merece a data inicial, ao menos da prática do delito; quer seja pela caracterização da estabilidade como imprescindível para se falar em uma organização, quer seja pela fixação mesma da lei a ser aplicada, ante a máxima *tempus regit actum*.

Outrossim, no caso em análise, a omissão legislativa fez com que o órgão da acusação sequer se preocupasse em individualizar as condutas no tempo, pois é pouco provável que todos tenham, ainda que em tese, passado a integrar a organização criminosa no mesmo dia. Basta pensar, por exemplo, que referida circunstância poderia ser sopesada, em caso de eventual condenação, para se diferir a quantidade de pena de cada um dos integrantes da organização.

Em seguida, na inicial em apreço, o Ministério Público discorre longamente sobre a história do surgimento do denominado *Comando Vermelho*, em Ilha Grande, no Rio de Janeiro – sem se precaver do cuidado de citar a fonte ou de não usar uma linguagem especulativa –, e trata de estabelecer em tese um liame entre o grupo identificado no estado do Mato Grosso com o Rio de Janeiro. Em seguida, opera a desvinculação do *Comando Vermelho do Mato Grosso* com o do Rio de Janeiro, para integrá-lo ao denominado *Primeiro Comando da Capital*, que teria se originado em São Paulo.

Cabe aqui em breve esboço histórico sobre a origem e atuação do COMANDO VERMELHO no Brasil e em Mato Grosso. A organização criminosa conhecida nacionalmente como COMANDO VERMELHO SURTIU NO ANO DE 1979, NO PRESÍDIO Cândido Mendes em Ilha Grande, no Estado do Rio de Janeiro. O presídio de Ilha Grande no ano de 1979 contava com aproximadamente 1.284 (mil duzentos e oitenta e quatro) presos, acusados dos mais variados crimes. Os presidiários se dividiam por subgrupos autodenominados “falanges”, os quais, na maioria das vezes, representavam determinada região do Estado ou favelas do Rio de Janeiro. Para a ilha eram levados aqueles a quem realmente se queria aplicar duros castigos e por isso muitos presos políticos foram conduzidos até o local. Nos anos anteriores ao “nascimento” do Comando Vermelho desembarcaram navios lotados de pessoas presas por crimes de cunho político. Não tardou a chegada dos grandes grupos de presos políticos e já surgiram as reivindicações para que fossem mantidos isolados dos presos “comuns”. Era notório o modo de vida diferenciado daqueles presos, pois eram extremamente organizados, tinham secretários, dirigentes, tarefas internas e obrigações políticas, vez que tinham como objetivo reproduzir dentro do presídio um modo de vida igual aos dos revolucionários e chamar a atenção de outros países. Sem saber a real intenção desses presos, foi então atendido o pedido dos mesmos, sendo levantado um muro de alvenaria com grades de ferro na galeria “b” do presídio de Ilha Grande. De um lado os presos comuns, de outro os presos políticos. Montou-se então um contexto que certamente resultaria em uma guerra interna entre os dois lados, não fossem tão astutos e ardilosos os “revolucionários”, que conseguiram apaziguar toda a situação e conquistar o carisma dos presos “comuns”. Pronto! O cenário estava armado. Era a capacidade ímpar de se organizar aliada ao profissionalismo da “bandagem”, culminando com o óbvio, uma organização criminosa extremamente estruturada, que ganhou não só o domínio do presídio de Ilha Grande, mas também todo o rio de Janeiro, se estendendo para todo o país. Décadas se passaram e o Comando Vermelho enraizou suas atividades por todo o Estado do Rio de Janeiro e ainda expandiu suas raízes por diversos Estados da Federação, tendo como fruto a prática deliberada de crimes das mais diversas modalidades. Atualmente os membros mais conhecidos e temidos do Comando Vermelho são F B M, M V P e E M. Impedidos pela vontade deliberada de arregimentar grande número de criminosos para a prática contínua e ininterrupta de crimes de diversas modalidades, o Comando Vermelho em Mato Grosso foi idealizado pelos líderes S. S. R., vulgo “S L ou B”, R. S. vulgo “V”, M. A. G. J. vulgo “M L ou G”

e R. S. R., vulgo “N” ou “N” ou “L”, todos já denunciados na data de 06.06.2014 por Promotores de Justiça deste GAECO, e atualmente recolhidos em presídios federais. Não se sabe ao certo o marco inicial dessa organização em Mato Grosso, o que se sabe é que nasceu na Penitenciária Central do Estado Presídio Pascoal Ramos. Com a instalação do Comando Vermelho em Mato Grosso, sua primeira ação foi estabelecer a criação de um “Conselho”, o qual recebeu o nome de “Final do Estado” ou “Conselho Final”. O segundo passo foi se organizar de forma independente do Comando Vermelho sediado no Rio de Janeiro, de maneira que, embora possua uma aliança com eles, não necessita prestar contas de suas atividades ou realizar arrecadações mensais a serem encaminhadas para a sede. Dando seguimento a sua fixação em solo matogrossense, o terceiro passo do bando foi firmar um acordo com a facção criminosa que se autodenomina Primeiro Comando da Capital – PCC, para que a partir da data de 01.07.2013 somente houvesse batismo do Comando Vermelho em Mato Grosso, para se evitar, assim, desentendimentos entre facções que não podem “guerrear” entre si, mas somente contra o Estado. Não se pode afirmar com certeza se o referido “acordo” foi respeitado e nem tampouco se ainda está em vigor. O Estatuto do Comando Vermelho foi pensado e criado pelos membros do Rio de Janeiro, mentores e idealizadores iniciais da facção, o qual é base para os Estados que integram o bando. Sua formação é composta por 16 itens e, em síntese, prevê o respeito à palavra dos integrantes, que, contudo, será controlada e decidida pelo Conselho Final; as punições, vão desde “advertência verbal” até “pena de morte” e a proibições de entrada de pessoas que sejam de Estados onde haja Comando Vermelho instalado.⁶

Na sequência, há menção a regras que regeriam a organização, em que pese o tipo penal previsto na Lei nº 12.850/13 não especificar nada nesse sentido, mas que parece ser utilizada para o fim de reforçar o temor a quem lê (e possivelmente irá julgar); além da utilização de um “argumento de força” que seria o destaque para o fato de outras mais de cem pessoas terem sido denunciadas como integrantes do *Comando Vermelho do Mato Grosso*.

Das regras estatuídas merecem destaque as punições, que podem ser as seguintes: afastamento de um ano, sem poder opinar nas ações da facção; exclusão do membro, não podendo voltar a compor a facção; afastamento provisório do membro e exclusão por tempo “definitivo”, obrigação de seguir o seu destino e viver longe do “CV”, e óbito. Além dos líderes e daqueles que exercem papéis de comando no bando, há outros que participam apenas como “membros”, estando estes obrigados ao pagamento de mensalidades à facção, bem como estão sempre à disposição para prática de crimes, como é o caso dos ora denunciados. Como já é sabido, já foram oferecidas por este GAECO quatro denúncias em face de integrantes do Comando Vermelho em Mato Grosso, totalizando até o momento 103 (cento e três) pessoas denunciadas perante a Vara Especializada Contra Crime Organizado da Capital.⁷

Em relação à descrição do lugar, o tipo penal não traz nenhuma especificação salvo a questão da transnacionalidade, mas deve ser observado que na denúncia se busca, num primeiro momento, atrelar a possível organização criminosa a outra do Rio de Janeiro, posteriormente a uma que teria origem em São Paulo para, ao final, dizer que ela está enraizada no Mato Grosso e, provavelmente, a partir daí, se estabelecer a competência.

⁶ Disponível em: <<https://www.rdnews.com.br/download.php?id=37341>>. Acesso em: 7 jan. 2019.

⁷ Disponível em: <<https://www.rdnews.com.br/download.php?id=37341>>. Acesso em 7 jan. 2019.

Ocorre que a organização criminosa é enraizada no Estado do Mato Grosso e vem, cada vez mais, arregimentando membros que possam executar os delitos planejados pelo alto escalão da facção. Neste contexto, com os últimos ataques em vias públicas praticados pelo Comando Vermelho nas cidades de Cuiabá e Várzea Grande, em diligências realizadas no interior da Penitenciária Central do Estado, foi possível identificar as pessoas de E. L. S. e B. L. S., foi encontrado um aparelho celular utilizado por eles (SAMSUNG SM G7102T, de cor branca, IMEI 351668/05/218090/5). Conforme sobressai o termo de depoimento do Agente Penitenciário R. R., da análise do referido aparelho eletrônico constatou-se que ele pertencia aos denunciados E. L. S. e B. L. S. e que deste celular emanaram ordens a integrantes do Comando Vermelho no dia 13.06.2016 para realizar novos ataques, demonstrando sem sobra de dúvidas a participação deles na facção criminosa. Das informações colhidas no referido aparelho celular destacou-se um “salve” repassado pelo denunciado E. L. S. ordenando a execução de policiais. Em continuidade às diligências empreendidas pelas forças policiais para desvendar os envolvidos nos ataques ocorridos na região metropolitana de Cuiabá/MT, na data de 14.06.2016, foi apreendido outro aparelho celular no Centro de Ressocialização de Várzea Grande/MT (SAMSUNG modelo POCKET, IMEI 357524051372702/01) pertencente ao denunciado A. M. S. S., utilizado por ele no interior do ergástulo para instigar as execuções de policiais na grande Cuiabá, demonstrando de maneira inequívoca ser ele integrante da facção criminosa. Além do mais, vislumbra-se do Relatório Técnico n. 05/ARI/1º CR/2016 – 15.06.2016 que o denunciado A. M. S. S. no aplicativo *WhatsApp* se auto intitulava “A. CV” fazendo referência à facção criminosa a qual integra, ou seja, ao Comando Vermelho.⁸

Em relação ao local da prática do crime, é ele determinante, inclusive, para fixação do juízo competente. Na descrição do crime de incêndio, a denúncia foi precisa; isso não ocorreu, porém, no tocante à organização criminosa. Aliás, a se tomar por concreto o que está na denúncia, dúvida surgirá se o comando veio do Rio de Janeiro ou de São Paulo para o Mato Grosso; ou se partiu do Mato Grosso mesmo e aí a dúvida é se veio da Penitenciária Central do Estado ou do Centro de Ressocialização de Várzea Grande.

Também chama a atenção nessa denúncia, o fato de se justificar o não pedido de condenação por integrar organização criminosa daquele que é apontado como um dos líderes dela – R.A.M. –, ao argumento de que já foi denunciado em outro processo. Ao que parece, têm-se aqui o que podemos chamar vulgarmente de uma “armadilha” processual, vejamos:

- 1) Utiliza-se do agente R.A.M. para compor o número mínimo exigido pelo tipo penal para se falar em organização criminosa; no entanto, como não se pede a condenação dele por esse crime nos autos da denúncia que ora se analisa, desincumbem-se os procuradores dele de realizarem a defesa quanto a esse ponto;
- 2) Assim agindo, parte-se do pressuposto de que, pelo simples fato de ele estar denunciado em outro processo por organização criminosa, a existência desta já estaria comprovada;
- 3) A situação acima dificulta amplamente a defesa dos outros três denunciados – E.L.S., B.L.S. e A.M.S.S. –, que terão dificuldade, por exemplo, de trabalhar a tese de inexistência de referida organização – especialmente porque eles não foram todos denunciados nos mesmos autos por prática do art. 2º, da Lei nº 12.850/13 –; uma vez que presume-se a existência dela.

⁸ Idem

Frisa-se que no que tange ao indiciado R. A. M. deixamos de oferecer denúncia em seu desfavor pelo crime de integrar a organização criminosa, tendo em vista que ele já foi denunciado por integrar o Comando Vermelho recentemente, na data de 04.04.2016. Deste modo, concluímos que os denunciados E. L. S., B. L. S. e A. M. S. S são integrantes da facção criminosa Comando Vermelho em Mato Grosso, incorrendo assim na prática do crime previsto no artigo 2º, § 2º. da Lei 12.850/2013.⁹

Com relação à prática dos crimes de incêndio a transporte público coletivo, a conduta, embora delimitada no tempo e no espaço, é imputada apenas ao suposto líder da organização criminosa – R.A.M.; enquanto aos demais denunciados, não há sequer a descrição do que lhes incumbia fazer na suposta organização criminosa.

Novamente o que se observa é o atrelamento de crimes autônomos (os incêndios), a pessoas que cumprem pena no mesmo estado da federação, sem sequer descrever a conduta efetivamente praticada por eles individualmente.

Outro ponto a ser destacado é que o tipo penal fala em obtenção de vantagem de qualquer natureza, ou seja, a finalidade da organização criminosa não seria a prática de crimes; mas a prática deles como meio para se obter algo.

A questão é que a legislação não determinou se há uma distinção clara quando a vantagem é legítima, como, por exemplo, na situação em que os presos buscam garantir o cumprimento do direito das pessoas reclusas de serem visitadas por seus familiares (art. 5º, inc. LXIII, da CF/88).

4.2 Denúncia nos autos n 5016870-42.2017.4.04.7000¹⁰

O Ministério Público Federal do estado do Paraná, perante o Juiz Federal da 14ª Vara da Subseção Judiciária de Curitiba, ofereceu denúncia contra C.C., C.D.C., D.G.F., E.C.S., F.Z.S., F.E.C., I.A.P., J.E.N.G., J.N.S.R., J.M.P., L.C.Z.J., M.Z.S., M.R.N., N.K.P., N.A.R., N.U.S.R., N.P.F., P.R.S., R.M., S.A.B.P. e T.A.F. pela prática de crimes diversos:

A denúncia originou-se da operação denominada “Carne Fraca”, desencadeada pela Polícia Federal, e noticia a existência de uma organização criminosa envolvendo fiscais do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Mapa) e empresários do setor de alimentos em prática de atos ilícitos para liberação de licenças, fiscalização irregular de frigoríficos e adulteração de carne vencida, entre outros. Narrou-se a comercialização de carne imprópria para consumo, cuja data de validade era alterada ou a condição física “maquiada” com produtos químicos e posteriormente comercializada.

Ao iniciar a narrativa sobre os fatos que denotariam a existência de uma organização criminosa, o Ministério Público já revela significativa falha no estabelecimento do fato no tempo. Diz ele: “Em período ainda não perfeitamente delimitado, mas certamente entre 2007 e março de 2017...”. Novamente se depara com ausência de precisão do início da prática de organização criminosa pelos denunciados – o que é pouco provável que tenha ocorrido no mesmo dia.

⁹ Disponível em: <<https://www.rdnews.com.br/download.php?id=37341>>. Acesso em: 7 jan. 2019.

¹⁰ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/docs/501687042.2017.4.04.7000denncial.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2019.

Ademais, observa-se que, para fins de assegurar a pretendida estabilidade temporal caracterizadora de organização criminosa, diz-se que ela teve início em 2007, ou seja, quando organização criminosa não era tipificada no ordenamento brasileiro, o que se deu somente em 2013, mais precisamente no dia 2 de agosto. Ante a irretroatividade da lei penal, pergunta-se, como é possível considerar como organização criminosa o lapso temporal de 2007 a meados de 2013 se, nesse período, não existia o tipo penal de organização criminosa?

Poder-se-ia argumentar que, no primeiro momento, tratava-se de uma quadrilha e que, posteriormente, com a edição da Lei nº 12.850/2013, é que se passou a ter a organização criminosa. Ocorre que, para caracterização do tipo de organização criminosa alguns outros requisitos, distintos do que se tinha no tipo de quadrilha ou bando, são necessários, não sendo considerado apenas o aspecto temporal.

E paira a dúvida: os fatos narrados, se comprovados, caracterizam o crime hoje denominado associação criminosa, previsto no art. 288 do Código Penal e que se prolongou no tempo até a intervenção da Polícia Federal, ou o que se tem é uma organização criminosa a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.850/2013?

Organização Criminosa – D.G.F, M.R.N., C.C., E.C.S., R.M., L.C.Z.J., T.A.F, S.A.B.P, C.D.C. e F.E.C. Em período ainda não perfeitamente delimitado, mas certamente entre 2007 e março de 2017, em Curitiba-PR, os servidores públicos federais, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, D.G.F, M.R.N., C.C., E.C.S., R.M., L.C.Z.J., T.A.F, S.A.B.P e C.D.C., e, ainda, o médico veterinário F.E.C., (...).¹¹

Na sequência, o Ministério Público, sem especificar os fatos que o levaram a essa leitura, utiliza-se de uma série de expressões técnico-jurídicas para dizer que houve a prática de organização criminosa. Destaca ele os seguintes elementos: unidade de desígnios (pressuposto do concurso de agentes), consciência e vontade para a prática delituosa (elementos do dolo), sob o comando do primeiro (ideia de mando que é possível no concurso de agentes, na associação criminosa e na organização criminosa), associaram-se em quadrilha (inaugura dizendo que o crime é de organização criminosa mas, posteriormente, fala que o crime é de quadrilha), para cometer crimes (também não é elemento que diferencia o concurso de agentes, da associação criminosa ou da organização criminosa), faz menção a serem funcionários públicos que violaram deveres funcionais (também não é elemento que diferencia o concurso de agentes, da associação criminosa ou da organização criminosa), descreve que as empresas e os empresários foram beneficiados (sem especificar qual o benefício) e que os agentes teriam auferido proveitos ilícitos (sem especificar quais proveitos).

E prossegue:

(...) todos em unidade de desígnios, consciência e vontade para a prática delituosa, sob o comando do primeiro, associaram-se em quadrilha, para cometer crimes, e, ainda, constituíram e integraram, pessoalmente, organização criminosa, com o objetivo de obter vantagens indevidas, mediante a prática de crimes contra a Administração Pública, notadamente corrupção passiva, concussão, prevaricação e advocacia administrativa, valendo-se de sua condição de funcionários públicos para,

¹¹ Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/docs/501687042.2017.4.04.7000denncial.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2019.

violando deveres funcionais, favorecer, indevidamente, empresas e empresários, especialmente do ramo de produtos de origem animal, e deles recebendo proveitos ilícitos, direta e indiretamente.¹²

A prefacial acusatória narra que o Superintendente Federal do Ministério da Agricultura do Paraná e uma Fiscal Federal que exerceu o cargo de chefe do Serviço de Inspeção de Produtos de Origem Animal desde 2014 eram os que estruturavam a prática dos crimes, dando a entender que exerciam posição de comando na suposta organização criminosa.

No entanto, não descreve qual era a relação dele com os demais denunciados de modo a se inferir que havia uma hierarquia operacional. E apresenta um fato que não constitui o tipo como elemento a formar a convicção do julgador, quando diz que o Superintendente tinha receio de ser investigado e, portanto, optava por se encontrar pessoalmente com interlocutores, bem como utilizava telefone de terceiros.

O fiscal federal agropecuário D.G.F., chefe da organização criminosa, e exercente, entre 25/07/2007 e 19/02/2014 e entre 19/06/2015 e 11/04/2016, do cargo de Superintendente Federal do Ministério da Agricultura no Paraná, e a fiscal federal agropecuária M.R.N., exercente, por várias ocasiões, do cargo de chefe do Serviço de Inspeção de Produtos de Origem Animal – SIPOA/PR, inclusive desde 2014, organizavam toda a prática delituosa.

D.G.F. recebia, atendia e intermediava pleitos, dentre os vários indevidos, de empresas e empresários, especialmente do ramo de produtos de origem animal, fiscalizados pelo Ministério da Agricultura, voltando-se essencialmente a atender os interesses privados que lhe eram apresentados, seja para atribuir, determinar e postular o trâmite privilegiado e prioritário de requerimentos administrativos, apresentados à Superintendência do Ministério da Agricultura no Paraná, como para, de forma dissimulada, emitir e determinar a emissão de atos administrativos que atendessem indevidamente aqueles que lhe procuravam. Receoso de ser investigado, D. priorizava encontros pessoais e o uso de telefones de terceiros, como familiares e empresários próximos.¹³

Quando da narrativa do fato praticado pelo chefe do Serviço de Inspeção de Produtos de Origem Animal, o Ministério Público aponta que ele teria relevante papel na organização criminosa pelo fato de praticar condutas outras que caracterizam os demais crimes que lhe foram imputados, mas não os que se referem propriamente à organização criminosa.

M.R.N., no exercício de seu cargo de chefe do Serviço de Inspeção de Produtos de Origem Animal – SIPOA/PR, da Superintendência Federal da Agricultura no Paraná, tinha papel relevante na organização criminosa, ocupando-se da defesa de interesses de empresários, em grande parte ilegítimos, pois, além de privilegiar e priorizar pleitos variados, em processos administrativos de sua atribuição, adotava medidas para remover de ofício e lotar fiscais em unidades do Serviço de Inspeção Federal – SIF, sem fundamentação ou motivos razoáveis, apenas para favorecer indevidamente os interesses de empresários que dela se valiam.¹⁴

¹² Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/docs/501687042.2017.4.04.7000denncial.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2019.

¹³ Idem.

¹⁴ Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/docs/501687042.2017.4.04.7000denncial.pdf>>. Acesso em: 11 jan.2019.

Novamente um elemento não constituidor do tipo penal de organização criminosa é utilizado como caracterizador da prática de tal crime, qual seja, quando a denúncia diz que dois dos denunciados cuidavam da proteção dos demais denunciados e perseguiram os que não integravam a organização.

Ainda, D.G.F. e M.R.N., pelo menos nos períodos em que exerceram os cargos de chefia já mencionados, adotaram providências de proteção aos demais membros da organização criminosa, e, por outro lado, de perseguição aos servidores públicos que não a integravam e que, mantendo-se no cumprimento de seus deveres funcionais, descontentavam empresas e empresários habituados com práticas ilegais em seus negócios. Neste sentido, M.R.N., atendendo a solicitações de empresários, providenciava a remoção de ofício de fiscais federais que cumpriam regularmente suas atribuições junto ao Serviço de Inspeção Federal – SIF. Refira-se, ainda, que, D., no período em que afastado de suas atribuições, até quando suspenso disciplinarmente (04-05/16), permaneceu na cúpula da organização criminosa, mantendo os contatos com empresários e políticos e articulando, junto dos demais integrantes do grupo e até com outros servidores públicos, a manutenção do poder na Superintendência do Ministério da Agricultura no Paraná.¹⁵

Em relação ao denunciado que exercia a medicina veterinária, esboça-se uma delimitação temporal dizendo que ele teria integrado a organização criminosa pelo “menos desde quando prestava serviços ao Ministério da Agricultura”; narra-se brevemente a prática dos outros delitos que lhe foram imputados e, utiliza-se mais uma vez de elemento não constituidor do tipo penal para afirmar a prática de organização criminosa, qual seja, a participação em encontros sigilosos.

O médico veterinário F.E.C. integrava a organização criminosa ao menos desde quando prestava serviços ao Ministério da Agricultura através de convênio com o estado do Paraná (2009;2014), sendo que, em 02/15, foi contratado pela empresa S.A. LTDA., em sua planta industrial na Lapa-PR. Embora empregado de empresa privada, em favor da qual intermediava pleitos e vantagens indevidas junto a servidores do Ministério da Agricultura, mantinha íntimos contatos com D. e M.R., participando de encontros sigilosos onde discutiam questões de interesse da organização.

Neste sentido, na Lapa-PR e Curitiba-PR, F.E.C., ao menos de fevereiro a março de 2016, agindo com consciência e vontade, valendo-se de senha recebida quando da prestação de serviços ao Ministério da Agricultura, utilizava-se, continuada e indevidamente, do acesso restrito ao Sistema Informatizado de Informações (SEI) do referido órgão federal, certamente com propósitos ilícitos.¹⁶

Prossegue a exordial narrando a prática de condutas por outros denunciados, condutas essas que ora caracterizam os outros crimes que lhe foram imputados, ora não constituem crime. Certo é, porém, que o conteúdo da proibição que se pretendia ver narrado para se admitir a busca da prática do crime de organização criminosa não se apresenta. E assim, sem cuidar de distinguir os elementos que permitiriam se concluir que não se tratava de concurso de pessoas ou associação criminosa, diz ser o fato incontroverso ao indicar provas supostamente irrefutáveis.

O agente de inspeção federal C.C. atuava como auxiliar direto de M.R., conduzindo seu veículo oficial e ocupando-se de recolher vantagens indevidas exigidas, solicitadas e recebidas pela denunciada.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/docs/501687042.2017.4.04.7000denncia1.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2019.

Ademais, envolvia-se nas reuniões do grupo criminoso, participando das deliberações destinadas à perpetuação do poder junto ao Ministério da Agricultura.

Embora lotado na Unidade Técnica Regional de Agricultura de Londrina-PR-ULTRA/Londrina, L.C.Z.J, integrava a organização criminosa estabelecida nesta capital, rivalizando, tal denunciado, com o grupo criminoso capitaneado por J.J.S. e estabelecida naquele município. L.C.Z.J. se ocupava de exigir, solicitar e receber vantagens indevidas naquela região, protegido, indevidamente, por D.G.F. e M.R.N., como descrito em outra denúncia ora formulada com base no inquérito policial nº 5002816-42.2015.4.04.7000.

Os fiscais federais agropecuários E.C.S. e R.M. se ocupavam de beneficiar empresas, subscrevendo certificados sanitários, sem se preocupar em fiscalizar a regularidade dos produtos transportados com base em tais documentos, os quais assinavam em locais variados, como outras empresas e até em suas residências. Especial atenção dava aos certificados de SEARA ALIMENTOS LTDA., objeto de intermediações de F.E.C. e relacionados a vantagens indevidas.

R.M., ainda, acompanhado do agente de inspeção federal C.D.C., exigia vantagens indevidas de M.C.P. LTDA., empresa que também foi alvo de investidas ilícitas de M.R.N. e C.C.

T.A.F. e S.A.B.P. são agentes de inspeção federal, e, embora tenham sido responsáveis pela inspeção de P.A. LTDA., não tomavam quaisquer providências em relação às graves irregularidades ocorridas na empresa, para o que recebiam vantagens ilícitas. Anote-se, por oportuno, que referida empresa se valeu de favores ilícitos de M.R.N., para manter ativa sua operação irregular, como descrito a seguir nesta denúncia. Depois, referidos agentes de inspeção, com o apoio de F., buscaram remover para o Serviço de Inspeção Federal vinculado à S.A. LTDA., com o objetivo de obter maiores vantagens indevidas.

Conforme tratado nesta denúncia e nas outras ora formuladas com base no inquérito policial nº 50028116-42.2015.4.04.7000 (IPL 136/2015-SR/DPF/PR), apurou-se que a organização criminosa em questão, além de obter inúmeras vantagens ilícitas, com a prática de corrupção e concussão, beneficiou indevidamente várias empresas, dentre as quais, em especial, a BRF S/A (denúncia apartada), S.A. LTDA. (denúncia apartada), P.A. LTDA., FL. LTDA., F.O. S/A, F.F.C.A. LTDA. e F.S.R. LTDA. (denúncia apartada).

Comprovam a materialidade e autoria delituosas as conversas telefônicas regularmente monitoradas com autorização desse Juízo nos autos 5062179-57.2015.4.04.7000, identificadas como 80442764.WAV – AC/2A, (...), e84024210.WAV AC/11F. Citem-se, ainda, os depoimentos de D.G.T. (evento1 PORT_INST_IPL1, p. 11/16 e evento 36, DEPOIM_TESTEMUNHA3, p. 1/4, do IPL). (...) Assim agindo, os denunciados se fizeram incursos nos seguintes tipos penais: C.C.: art. 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/13; Arts. 288, 316, e 317, *caput* (modalidade tentada), todos do Código Penal; C.D.C.: Art. 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/13; Arts. 288 e 316, ambos do Código Penal; D.G.F.: Art. 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/13, Arts. 288, 321, 317, *caput*, e § 1º, todos do Código Penal; E.C.S.: Art. 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/13, Arts. 288 e 319, ambos do Código Penal; F.E.C.: Art. 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/13, Arts. 288, do Código Penal; L.C.Z.J.: Art. 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/13; e Arts. 288, do Código Penal; M.R.N.: Art. 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/13, Arts. 288, 317, §2º, 316, 317, *caput* (modalidade tentada e consumada), e § 1º, todos do Código Penal; R.M.: Art. 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/13, Arts. 288, e 316, ambos do Código Penal; S.A.B.P.: Art. 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/13, Arts. 288 e 317, § 1º, ambos do Código Penal; T.A.F.: Art. 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/13, Arts. 288, e 317, § 1º, ambos do Código Penal.¹⁷

¹⁷ Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/docs/501687042.2017.4.04.7000denncial.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2019.

Novamente, portanto, observa-se que a ausência de uma definição da matéria da proibição do tipo de organização criminosa, propicia o abuso estatal de se iniciar processos criminais em que a narrativa fática ou não caracteriza crime ou não é suficiente para se distinguir de outros tipos já previstos no ordenamento.

5 Conclusão

A ausência de uma delimitação nítida do que se proíbe, como ocorre com o tipo de organização criminosa no Brasil, não condiz com a dogmática penal e, portanto, pode ensejar o cometimento de abusos e arbitrariedades pela máquina estatal em detrimento do indivíduo.

O fato de a lei não conseguir apresentar claramente a conduta proibida abre ensejo a imputações fluidas e inconsistentes, que violam o pilar do direito penal, qual seja, a Legalidade em seu sentido amplo e, ao mesmo tempo, impede a concretização das garantias processuais penais, quando dificulta, ou mesmo impede, o exercício da defesa.

Ponha-se em relevo – o que não é vinculado exclusivamente à atuação do Ministério Público – que é cada dia mais frequente a invocação no Brasil, por exemplo, de expressões como “defesa dos interesses sociais”, “preponderância do coletivo sobre o individual”, “proteção ao cidadão de bem”, etc., como justificativa para a ampliação, por todas as agências do Estado, do uso da força e da punição em detrimento da maioria de seus cidadãos.

Muito já se tem discutido sobre a criminalização primária – no momento de tipificação da conduta pelo legislador – e sobre a criminalização secundária – quando o judiciário atua –, mas, considerando a dinâmica atual do processo criminal no Brasil, o espaço entre um e outro, e sobretudo a inauguração do processo criminal contra alguém não tem sido explorado; enquanto que as denúncias pelo tipo – ainda por se terminar de construir – de organização criminosa têm se multiplicado.

6 Referências

- DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Organizado e revisado por Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 183, jul./set. 2009.
- Denúncia nos autos nº 15592-19.2016.8.11.0042. Disponível em: <<https://www.rdnnews.com.br/download.php?id=37341>>. Acesso em: 7 jan. 2019.
- Denúncia nos autos nº 5016870-42.2017.4.04.7000. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/docs/501687042.2017.4.04.7000denunciaI.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2019.



O DELITO DE INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO E OS TESTES DE SEGURANÇA (PENTESTS)

INFORMATION TECHNOLOGY ASSET INTRUSION OFFENSE AND THE PENETRATION TESTS (PENTESTS)

CLAUDIO BRANDÃO

Professor titular de Direito Penal. Professor dos Programas de Pós-graduação em Direito da Faculdade Damas e da PUC Minas. Professor Visitante das Universidades de Lisboa e Roma – Tor Vergata. Professor da UFPE.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3139-4148>
E-mail: brandaoclaudio@hotmail.com

SIDNEY CASSIO ALVES ROCHA

Mestrando em Direito pela PUC Minas.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6755-7343>
E-mail: contato@sidneyrocha.com.br

RESUMO: A informática mudou radicalmente as relações sociais; e bens jurídicos são expostos cotidianamente como consequência dessa transformação digital. Simulando o delito de Invasão de Dispositivo Informático, testes de segurança (*PenTests*) são empregados com o objetivo de identificar vulnerabilidades e reforçar a proteção das organizações. Referido delito possui um elemento normativo constitutivo do tipo penal, que é a autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo informático, que produz a atipicidade do delito naqueles casos.

PALAVRAS-CHAVE: Invasão de Dispositivo Informático. Segurança da informação. Testes de segurança. Testes de intrusão. *PenTests*.

ABSTRACT: Information Technology radically transformed social relations and juridical goods are exposed as a consequence of this digital transformation. Simulating the information technology asset intrusion offense, penetration tests (*PenTests*) are performed with the aim of vulnerabilities detection and to enforce business protection. Referred offense has a normative element constitutive of its legal type, the express or tacit authorization from the asset owner, that result the non-incrimination of the *PenTests*.

KEYWORDS: Information technology asset intrusion. Information security. Penetration tests. *PenTests*.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Tipicidade e invasão de dispositivo informático. 3. O teste de invasão de sistemas informáticos. 4. Conclusão. Referências.

1. Introdução

Um dos fortes aspectos da crise do Direito Penal decorre da rápida e profunda mudança das características sociais, que se verificaram a partir dos anos noventa do século XX – portanto, do seu final – até o período hodierno. Essas mudanças reconfiguram as fronteiras do espaço tempo, eliminando antigos limites às interações sociais e trazendo novos frutos, de um lado, e novos perigos, de outro lado.

Como dizem D'Ávila e Santos, não se pode negar que a informática mudou, de forma radical, as relações de espaço e de tempo. Com efeito, “a informática permitiu o tempo instantâneo e, simultaneamente, a compressão do espaço. (...) Nada parece escapar à informática e à rede mundial de computadores. A essa nova e tão intensa dimensão relacional corresponde, por decorrência lógica, novos conflitos, a que é chamado também o direito penal. Parte deles, é verdade, já conhecidos e regulados pela legislação penal. Delitos que encontram na informática apenas um novo espaço e novas formas de realização. Outros, porém, dotados de novas características, colocam dificuldades não só na delimitação da matéria de incriminação, como, até mesmo, na identificação dos valores tutelados pela norma. Dificuldades essas das quais advêm importantes problemas de dogmática penal”. (D'ÁVILA; SANTOS, 2016, p. 92)

A tomada do mundo real pelo virtual é “realidade”. As inovações tecnológicas são desenvolvidas em períodos de tempo cada vez menores para uma sociedade que se moldou a uma adoção tecnológica tão veloz quanto a sua própria produção. Os *millennials*¹ (ou Geração Y, os nascidos aproximadamente entre 1977 e 1995) tornaram-se a maior geração viva nos EUA²; e a tecnologia está embutida em tudo o que esta geração faz³.

A internet foi criada no âmbito do Departamento de Defesa dos Estados Unidos da América em 1969, como resultado de um projeto chamado de ARPANET, com a função de integrar os diversos laboratórios de pesquisa e garantir que a comunicação entre militares e cientistas permaneceria, mesmo em caso de ataques militares.⁴ Mas o impacto que a internet provocou nas interações sociais foi resultado da criação, no começo da década de noventa do século XX, por Tim Berners-Lee, de uma rede de alcance mundial (1992), o WWW (World Wide Web), que possibilitava a conexão de computadores em todo o mundo, seguida da criação dos primeiros navegadores (Mosaic – Netscape/1993). Nesse contexto, a Internet, concebida nessa geração *millennials*, tornou-se a plataforma sobre a qual a sociedade moderna tem erigido seu legado.

Por conseguinte, as relações humanas nunca foram tão exploradas quanto são no mundo virtual, ao mesmo tempo que irrompem novos conceitos dignos de estudo, que moldam a maneira com que o homem moderno interage com as pessoas e com o mundo a sua volta.⁵

¹ THE CENTER FOR GENERATIONAL KINETICS. *Generational breakdown*: info about all of the generations. Disponível em: <<http://genhq.com/faq-info-about-generations>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

² PEW RESEARCH CENTER. *Millennials overtake baby boomers as America's largest generation*. Disponível em: <<http://www.pewresearch.org/fact-tank/2016/04/25/millennials-overtake-baby-boomers>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

³ SPEND MATTERS. *How millennials are driving technology adoption*. Disponível em: <<http://spendmatters.com/2016/06/27/how-millennials-are-driving-technology-adoption>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

⁴ Sobre o tema: “Além de ter sido uma resposta às disputas tecnológicas entre o Estado norte-americano e a extinta União Soviética, a ARPANET foi projetada para ser uma rede militar de comunicação independente, com um único servidor, isto é, sem um comando central, objetivando preservar a operabilidade do sistema mediante ataques nucleares. Posteriormente, sua utilização foi disponibilizada às universidades, sendo difundida paulatinamente nos meios acadêmicos” (CAZELATTO; SEGATTO, 2014, p. 390).

⁵ Ressalte-se que, sobre a internet, “ao mesmo tempo em que este grande repositório de informações e conhecimentos se expande, olhares temerosos veem o desenvolvimento de uma ‘outra’ internet, onde os delitos virtuais são comuns, profissionalizados, difíceis de se alcançar, além de estarem conectados, por vezes, a interesses políticos, econômicos e ideológicos das transnacionais” (SILVA, 2018, p. 261).

Tal feição da sociedade moderna tem sofrido ataques cada vez maiores e mais profundos através dos crimes cibernéticos. Nações do mundo inteiro encontram-se em meio a uma discussão inevitável sobre a regulamentação do “virtual” frente a desafios importados do mundo “real”, contrapesando direitos fundamentais como liberdade e privacidade e os limites e controles impostos pela atividade estatal.

Quanto mais o mundo virtual torna-se parte do cotidiano social, mais bens jurídicos são expostos ao *cybercriminoso*. A produção legislativa tem se ocupado – de maneira não muito eficiente – com a criação de tipos penais para conter o avanço exponencial do cometimento de ilícitos nos ambientes virtuais.

Para avaliar as medidas de segurança que estão implementadas nos ambientes corporativos, profissionais de segurança da informação realizam testes de invasão (*Penetration Tests* ou *PenTests*) quando contratados. Seus relatórios servem como guia para adequação dos seus ambientes de Tecnologia da Informação com novos investimentos, criação de procedimentos, correções de software e tudo aquilo que representar uma vulnerabilidade que possa ser explorada por uma ameaça; no caso, o *cybercriminoso*.

2. TIPICIDADE E INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO

O Código Penal brasileiro tipifica o crime de invasão de dispositivo informático em seu art. 154-A:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

O legislador pátrio tipificou uma conduta que a ciência penal construiu e a denominou de *cybercrime*. Esse termo designa o conjunto de condutas relativas ao acesso, apropriação, intercâmbio e disposição de informação e dados em redes telemáticas, que as constituem, cometidas sem o consentimento e autorização do titular do dispositivo (HERNANDEZ DÍEZ, 2009, p. 236). A segurança informática, que é o bem jurídico tutelado nesse tipo, é um valor que se refere ao sistema informático enquanto dado ontológico, cuja proteção evita a lesão de uma série de bens jurídicos individuais (patrimônio, dignidade sexual, honra, dentre outros), que são postos em perigo com as condutas atentatórias à segurança das redes e sistemas informáticos (CARRASCO ANDRINO, 2009, p. 344).⁶ A moldura típica apresenta duas condutas nucleares, cujos núcleos tratam da *invasão* e da *instalação*. A invasão é realizada com a penetração no sistema informático, através da superação dos obstáculos oferecidos pelos mecanismos de segurança

⁶ No Brasil, já se defendeu que o bem jurídico protegido é a liberdade individual, sobretudo em face da topografia do art. 154-A no Código, vez que está situado na parte da lei penal que faz referência aos crimes contra a liberdade individual. Veja-se, por exemplo: “O bem jurídico tutelado é a liberdade individual, tendo em vista estar o dispositivo inserido no Código Penal Brasileiro, no capítulo que trata dos ‘crimes contra a liberdade individual’ (artigos 146 a 154, CP), mais precisamente, na Seção IV, intitulada ‘dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos’ (artigos 153 a 154-B, CP)”. (ELIEZER; GARCIA, 2015, p. 71). Entretanto, tenha-se em conta que o tipo, acrescentado ao Código Penal pela Lei 12.737, de 2012, é dos crimes que atingem o sistema informático enquanto valor, não se tratando da utilização daquele sistema para a prática de delitos contra bens jurídicos individuais, conforme construção da Ciência Penal, sobretudo após a Convenção de Budapeste, de 2002, que traçou as linhas mestras desse delito no âmbito da dogmática penal.

daquele sistema. A quebra dos mecanismos de segurança é o evento decorrente da ação do sujeito ativo do crime; tal quebra é o meio para a conquista do acesso aos dados do sistema informático. A invasão, que conferirá o acesso não autorizado, poderá se dar através da quebra de um ou de múltiplos obstáculos, tais como senhas, programas de segurança operacional, programas de bloqueios de IP, antivírus, dentre outros. O crime é material, porquanto apresenta um resultado, produto do sucesso da conduta do sujeito ativo e distinto, no plano lógico, da sua ação. No plano subjetivo, essa modalidade típica para além do *dolo de invadir*, exige um elemento subjetivo especial, que é a finalidade de obtenção, adulteração ou destruição de dados ou informações em decorrência da invasão do dispositivo informático. Isso, posto, a pura vontade de invadir o dispositivo informático dissociado do especial fim estabelecido na moldura típica, à luz do Princípio da Legalidade, será um fato atípico, por ausência de tipicidade subjetiva. A estrutura do art. 154-A, em comento, traz, por fim, um elemento normativo, que é a ausência de consentimento para a invasão, traduzido na expressão: *sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo*. O consentimento para a violação será, portanto, causa de atipicidade e o erro do sujeito ativo sobre o referido consentimento será consubstanciado em *erro de tipo* (art. 20 do Código Penal), excluindo o dolo.

A segunda modalidade típica é a instalação de vulnerabilidades para a obtenção de vantagens ilícitas. Instalar significa inserir algo no equipamento eletrônico, acarretando no sistema um acréscimo que fragiliza a segurança do dispositivo. Nesse contexto: “Instalar vulnerabilidade tem o sentido de estabelecer brecha que permita a invasão indevida ao dispositivo informático, necessitando-se, no entanto, que o agente vise a obter vantagem ilícita, o que não implica, necessariamente, vantagem econômica” (Scarmanhã; FURLAN NETO; SANTOS, 2014, p. 242). O tipo subjetivo é doloso, consistente na vontade livre e consciente de inserir a vulnerabilidade no sistema informático, acompanhada do especial fim de obtenção de vantagem não autorizada pelo direito.

No art. 154-A, como o objeto material é único e há a proibição do *bis in idem*, há um tipo misto alternativo, porquanto a concorrência dos dois núcleos no mesmo curso causal será tratada como crime único.

3 O TESTE DE INVASÃO DE SISTEMAS INFORMÁTICOS

Diante da crescente ameaça dos ataques cibernéticos⁷, cuja incidência tem sido ampliada diante da sua “comoditização”⁸, empresas e indivíduos de todo o mundo têm discutido estratégias para impedir que haja novas vítimas de ilícitos cibernéticos dos mais diversos gêneros.

O tradicional relatório anual de investigações de vazamento de dados,⁹ realizado pela conceituada sociedade empresária norte-americana *Verizon*, apresenta, em sua edição de 2018, índices alarmantes

⁷ Upside TDWI. *Growth of cyberattacks explored in new report*. Disponível em: <<https://upside.tdwi.org/articles/2017/01/13/growth-of-cyberattacks-report.aspx>>. Acesso em: 28 jun. 19.

⁸ IBM SECURITY INTELLIGENCE. *Cybercrime has become a commodity*. Disponível em: <<https://securityintelligence.com/cybercrime-has-become-a-commodity>>. Acesso em: 28 jun. 19.

⁹ Verizon. 2018. *Data breach investigations report*. Disponível em: <https://www.verizonenterprise.com/resources/reports/rp_DBIR_2018_Report_en_xg.pdf>. Acesso em: 04 ago. 18.

relativos a incidentes de vazamentos de dados em todo o mundo. Com índice de mais de 53.000 incidentes e 2.216 vazamentos de dados confirmados (2018, p. 4), algumas das estatísticas encontradas revelam que em 28% dos incidentes houve envolvimento de “atores internos” das corporações, 50% dos vazamentos foram organizados e realizados por organizações criminosas, 12% dos vazamentos envolveram agentes identificados como afiliados à atuação estatal (estrangeira ou não) e 68% dos vazamentos levaram meses para serem descobertos (2018, p. 5).

Tal crescimento exponencial de ameaças fez com que a União Europeia discutisse um marco legal para prevenção a vazamento de dados pessoais, a chamada GDPR (*General Data Protection Regulation*), aprovada em 14 de abril de 2016 após 4 anos de preparação e debate.¹⁰ A vigência da GDPR europeia a partir de 25 de maio de 2018 fez com que o projeto de lei geral de proteção de dados pessoais brasileiro fosse sancionado¹¹ através da publicação da Lei 13.709/2018, alterada pela Lei 13.853/2019, de maneira que os legisladores brasileiros também se mostram preocupados com o problema que já existe em escala global.

Um vazamento de dados, que é um dos vários incidentes possíveis relacionados à segurança da informação, se dá através de várias possibilidades técnicas. *Hacking*, *malware*, ataques sociais ou engenharia social, má utilização de privilégios e até mesmo erros e eventos casuais são algumas das táticas utilizadas para se obter informações privilegiadas (VERIZON, 2018, p. 5). Nítida é a necessidade de investimento em prevenção através de ferramentas (software, *appliances*, etc), analistas de segurança da informação, consultoria especializada, treinamento e educação para os usuários dos recursos informáticos.

Porém, tais investimentos não são a garantia de uma operação livre de riscos, vulnerabilidades e, em última instância, incidentes de segurança da informação. Faz-se necessário realizar testes programados e não programados, com o objetivo de validar se a operação corporativa se encontra realmente protegida pelos mecanismos, software e procedimentos adotados com essa intenção.

Invariavelmente os procedimentos de testes envolvem a simulação do problema que se quer evitar. No mercado automotivo, como exemplo, para se testar a segurança de um automóvel quanto à proteção de seus ocupantes em caso de colisão, submete-se um automóvel padrão da montadora a rigorosos testes que simulam tais colisões, às quais estão sujeitos esses veículos quando estão em operação. De tal maneira, a indústria da tecnologia da informação possui testes para encontrar vulnerabilidades em dispositivos, procedimentos e software. Tais testes são comumente conhecidos como testes de vulnerabilidade ou testes de invasão (*Penetration Tests* ou *PenTests*).

Matt Walker define o termo *hacking* como:

¹⁰ EUGDPR Portal. **GDPR Portal: Site Overview**. Disponível em: <<https://www.eugdpr.org/>>. Acesso em: 28 jun. 19. [VER COMENTÁRIO SOBRE ESTA REFERÊNCIA NA LISTA DE REFERÊNCIAS]

¹¹ Senado Notícias. *Sancionada com vetos lei geral de proteção de dados pessoais*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/08/15/sancionada-com-vetos-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

“Seja para nobres ou maus propósitos, a arte de hacking permanece a mesma. Usar um conjunto especializado de ferramentas, técnicas, conhecimento e habilidades para ultrapassar medidas de segurança computacional permite que alguém “hackeie” um computador ou rede. O propósito por trás do uso dessas ferramentas e técnicas é realmente a única coisa em questão. Enquanto alguns usam essas ferramentas e técnicas para ganho pessoal ou lucro, os caras bons as praticam para melhor defenderem seus sistemas e, no processo, fornecerem uma visão de como capturar os caras maus.” (WALKER, 2014, p.18, tradução livre).¹²

É importante notar, portanto, que tais testes utilizam as mesmas ferramentas, técnicas e habilidades que são utilizadas pelos *cybercriminosos* para a obtenção de vantagens de maneira ilícita. Seus fins, porém, são de obter informações sobre a segurança de seu ambiente computacional e, se possível, identificar os agentes criminosos que iniciam ou facilitam os ataques cibernéticos.

Uma sociedade empresária que possui seus segredos industriais expostos provavelmente amargará enormes prejuízos, uma vez que seus investimentos em pesquisa e desenvolvimento foram obtidos sem custos significativos pelo *cybercriminoso*. Uma prefeitura que tiver os registros de pagamentos de IPTU adulterados em seu sistema encontrará sérios problemas perante seus contribuintes. Um escritório de advocacia que tiver as informações de seus clientes (elementos de prova, documentos, etc) destruídas se encontrará em situação extremamente delicada perante a defesa dos “bens da vida” dessas pessoas.

CONCLUSÃO

O tipo penal contido no art. 154-A, como dito, possui um elemento normativo: *sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo*. Se é verdade que o Direito Penal brasileiro admite o consentimento do ofendido, para os casos nos quais se possa dispor de uma causa suprallegal de exclusão de ilicitude (BRANDÃO, 2015, p. 97), aqui teremos, como o consentimento para os testes de invasão, uma causa de atipicidade da conduta. O legislador quis incluir no próprio texto normativo um elemento que só torna típico o comportamento se presente o dissenso. Os testes de invasão, apesar de serem condutas que se amoldam ao tipo objetivo descrito no art. 154-A, não completarão a moldura em função da ausência daquele elemento normativo.

Ademais, note-se que os testes de invasão, portanto, justificam-se em uma política de segurança da informação bem construída e que siga uma padronização internacional de boas práticas, como a família de padrões ISO 27000. Seu objetivo é avaliar as medidas de segurança existentes, sua efetividade e adequação, além de indicar a ausência de outras medidas que deveriam ser colocadas em prática, mas que, por alguma razão (custo de aquisição, falta de pessoal adequado para operação, falta de treinamento ou seu puro e simples desconhecimento), não se encontram implementadas.

¹² Whether for noble or bad purposes, the art of hacking remains the same. Using a specialized set of tools, techniques, knowledge, and skills to bypass computer security measures allows for someone do “hack” into a computer or network. The purpose behind their use of these tools and techniques is really the only thing in question. Whereas some use these tools and techniques for personal gain or profit, the good guys practice them in order to better defend their systems and, in the process, provide insight on how to catch the bad guys.

Referências

- BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CARRASCO ANDRINO, Marial del Mar. El acceso ilícito a un sistema informático. In: ÁLVAREZ GARCIA, Francisco et al (coord.). *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*. Valencia: Tirant lo blanch, 2009.
- CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; SEGATTO, Antonio Carlos. Dos crimes informáticos sob a ótica do ambiente digital constitucionalizado e da segurança da informação. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 14, n. 2, 2014.
- CHAWKI, Mohamed et al. *Cybercrime, digital forensics and jurisdiction*. EUA: Springer, 2015.
- D'ÁVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt. Direito penal e criminalidade informática: breves aproximações dogmáticas. *Duc in Altum – Cadernos de Direito, Faculdade Damas*, Recife, v. 8, n.15, 2016.
- ELIEZER, Cristina; GARCIA, Tonyel. O novo crime de invasão de dispositivo informático. *Revista do Curso de Direito do UNIFOR*, v. 5, n. 1, 2014.
- EUGDPR Portal. GDPR Portal: Site Overview. Disponível em: <<https://www.eugdpr.org/>>. Acesso em: 28 jun. 19.
- HERNÁNDEZ DÍAZ, Leyre. El delito informático. *E-Eguzkilore*, San Sebastián: Universidade del País Vasco, n. 23, 2009.
- IBM SECURITY INTELLIGENCE. *Cybercrime has become a commodity*. Disponível em: <<https://securityintelligence.com/cybercrime-has-become-a-commodity>>. Acesso em: 28 jun. 19.
- PEW RESEARCH CENTER. *Millennials overtake baby boomers as America's largest generation*. Disponível em: <<http://www.pewresearch.org/fact-tank/2016/04/25/millennials-overtake-baby-boomers>>. Acesso em: 28 jun. 2019.
- Scarmanhã, Bruna de Oliveira da Silva Guesso; FURLAN NETO, Mário; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. Invasão de dispositivo informático: aporte com a legislação espanhola. *Em Tempo*, Marília: UNIMAR, v. 13, 2014.
- SILVA, Ricardo. Delito virtual: um diálogo sobre as transgressões online do mundo real. *DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, v. 3, n. 4, 2018. Disponível em: <<http://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/68>>. Acesso em: 1 jul. 2019. <doi: <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v3i4.68>>.
- SPEND MATTERS. *How millennials are driving technology adoption*. Disponível em: <<http://spendmatters.com/2016/06/27/how-millennials-are-driving-technology-adoption>>. Acesso em: 28 jun. 2019.
- THE CENTER FOR GENERATIONAL KINETICS. *Generational breakdown*: Info about all of the generations. Disponível em: <<http://genhq.com/faq-info-about-generations>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

Upside TDWI. *Growth of cyberattacks explored in new report*. Disponível em: <<https://upside.tdwi.org/articles/2017/01/13/growth-of-cyberattacks-report.aspx>>. Acesso em: 28 jun. 19

VERIZON, 2018. *Data breach investigations report*. 11. ed. Estados Unidos: Verizon, 2018.

WALKER, Matt. *All-in-one CEH – Certified Ethical Hacker*. 2. ed. EUA: McGraw Hill Education, 2014.



A IMPARCIALIDADE DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

THE JUDGE'S IMPARCIALITY IN THE CRIMINAL PROCEDURE

CRISTIANO ZANIN MARTINS

Advogado.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4862-8596>

E-mail: cristiano@teixeiramartins.com.br

RESUMO: A imparcialidade do julgador é garantia fundamental resguardada pela Constituição da República e revestida pelos diversos diplomas internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário. Todavia, ainda existem fortes divergências doutrinárias e jurisprudenciais na discussão sobre o tema no Brasil. As Cortes Internacionais de Direitos Humanos já assentaram o entendimento de que a análise da imparcialidade do juiz deve ser analisada sobre os prismas objetivo e subjetivo. O presente artigo demonstra como tais precedentes internacionais indicam uma chave interpretativa que privilegia a proteção dos Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos – Imparcialidade do juiz – Processo Penal – Garantias fundamentais

ABSTRACT: The impartiality of the judge is a fundamental guarantee safeguarded by the Federal Constitution and covered by the many international Human Rights treaties to which Brazil is a signatory. Nevertheless, there is still strong disagreement among jurists and precedents when it comes to this discussion in Brazil. International Human Rights Courts have settled the understanding that the impartiality must be analyzed from objective and subjective perspectives. This article demonstrates how such international precedents point to an interpretative key that privileges the protection of Human Rights.

KEYWORDS: Human Rights – Impartiality of the judge – Criminal Procedure – Fundamental Guarantees

A imparcialidade do juiz é direito fundamental que visa a assegurar que todo cidadão seja submetido a um processo justo. É uma característica fundamental da jurisdição prevista implicitamente na Constituição Federal — por meio das garantias do devido processo legal (art. 5º, LIV da CF), do contraditório, da ampla defesa (art. 5º, LV da CF) e da presunção de inocência (art. 5º, LVII da CF).

Os diplomas internacionais vigentes no país também garantem o direito a um julgamento realizado por juiz imparcial, como se verifica no seguinte rol: (a) o artigo 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que prevê o direito a “*tribunal independente e imparcial*”; (b) o artigo 14, item 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela ONU em 1976, que exige um “*tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal*”; (c) o artigo 8º, item 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, segundo a qual “*toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial (...)*”.

O Código de Ética da Magistratura, aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 06/08/2008, define que o “*magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade*”.

e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito”.

Os Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, aprovados em 2003 pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, estabelecem, dentre outras coisas, que “A imparcialidade é essencial para o apropriado cumprimento dos deveres do cargo de juiz. Aplica-se não somente à decisão, mas também ao processo de tomada de decisão” (Valor 2).

Nos Comentários aos aludidos princípios, também aprovados pelas Nações Unidas, lê-se que a imparcialidade deve ser qualidade do juiz e atributo do Judiciário e deve ser medida pelos padrões de um observador razoável:

“52. A imparcialidade é a qualidade fundamental requerida de um juiz e o principal atributo do Judiciário. A imparcialidade deve existir tanto como uma questão de fato como uma questão de razoável percepção. Se a parcialidade é razoavelmente percebida, essa percepção provavelmente deixará um senso de pesar e de injustiça realizados destruindo, conseqüentemente, a confiança no sistema judicial. A percepção de imparcialidade é medida pelos padrões de um observador razoável. A percepção de que o juiz não é imparcial pode surgir de diversos modos, por exemplo, da percepção de um conflito de interesses, do comportamento do juiz na corte, ou das associações e atividades do juiz fora dela”.

O juiz que perde sua imparcialidade vicia o processo e dá causa à arguição de sua suspeição, conforme prevê o art. 564, inciso I, do Código de Processo Penal. Afinal, como leciona Nucci:

“(…) não se pode deixar a credibilidade da Justiça nas mãos da ‘elevação do caráter’ do julgador, que, realmente segundo cremos, a maioria possui, mas não todos. Não é correto permitir-se que uma das partes assiste, inerte e vencida de antemão, o juiz amicíssimo do representante da parte contrário conduzir a causa ou, em caso de inimizade capital, veja-se obrigada a lançar mão de toda sorte de recursos para combater os atos decisórios do magistrados, eivados, no seu entender, de parcialidade”¹.

Por implicar em nulidade absoluta, o vício pode ser pronunciado de ofício ou por provocação das partes, em qualquer momento do processo, mesmo de forma inédita — vale dizer, mesmo sem a existência de prévia análise da matéria pelas instâncias inferiores.

O Código de Processo Penal, editado em 1941, contém um rol de condutas que se referem à suspeição do juiz (art. 254): “I – se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles; II – se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; III – se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes; IV – se tiver aconselhado qualquer das partes; V – se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes; VI – se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo”.

De longa data se discute na doutrina e na jurisprudência se o esse rol do art. 254 do CPP é exaustivo ou exemplificativo.

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 652.

Autores como Damásio de Jesus² e Renato Marcão³ defendem que o rol é exaustivo. Já Guilherme Nucci⁴, Renato Stanziola Viera⁵ e Aury Lopes Jr.⁶, por exemplo, defendem que o rol é exemplificativo.

Na jurisprudência do STJ prevalece o entendimento de que o catálogo do art. 254 seria exemplificativo (HC 294573/PR⁷). Já na jurisprudência do STF prevalece o entendimento de que seria exaustivo (RE 1104731/PR⁸).

A verdade é que da análise dos julgados sobre a suspeição do juiz no processo penal, mostra-se incipiente o debate jurisprudencial sobre esse relevante assunto.

No âmbito internacional a suspeição do juiz é objeto de amplos e ricos debates. Por exemplo, em 1982 o Tribunal Europeu de Direitos Humanos assentou o entendimento de que o tema permite uma análise subjetiva e objetiva. A primeira hipótese (subjetiva) envolve a análise de eventual interesse no resultado do processo ou, ainda, da existência sobre algum juízo preconcebido sobre a acusação. A segunda hipótese (objetiva) envolve a análise sobre a existência de dúvida razoável sobre sua imparcialidade do juiz, vale dizer, se há motivos visíveis para que haja desconfiança sobre a atuação do magistrado.

Esse caso-paradigma foi o julgamento *Piersack v. Bélgica*, do qual se extrai o seguinte trecho:

30. Se a imparcialidade se define ordinariamente pela ausência de pré-juízos ou parcialidades, sua existência pode ser apreciada, especialmente conforme o art. 6.1 da Convenção, de diversas maneiras. Pode se distinguir entre um aspecto subjetivo, que trata de verificar a convicção de um juiz determinado em um caso concreto, e um aspecto objetivo, que se refere a se este oferece garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável ao respeito⁹.

No caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, julgado em novembro de 2009, a Corte Interamericana de Direitos Humanos apresentou relevantes lições acerca da *imparcialidade objetiva*:

² “As causas previstas na disposição fazem parte de rol taxativo que não pode ser ampliado”. In: JESUS, Damásio E. de. Código de Processo Penal Anotado. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 162.

³ “As hipóteses ensejadoras de suspeição estão taxativamente listadas no art. 254 do CPP; configuram *numerus clausus*”. MARCÃO, Renato Código de processo penal comentado. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 652.

⁴ “Embora muitos sustentem ser taxativo, preferimos considerá-lo exemplificativo”. In: _____. Código de Processo Penal comentado. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 650.

⁵ FILHO, Antônio Magalhães Gomes; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (coord.). Código de Processo Penal comentado. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 496.

⁶ “O rol do art. 254 é taxativo? Não, não pode ser taxativo, sob pena de – absurdamente – não admitirmos a mais importante de todas as exceções: a falta de imparcialidade do julgador (recordando que o Princípio Supremo do processo é a imparcialidade)” LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 377.

⁷ “As causas de suspeição previstas no art. 254 do Código de Processo Penal não se referem às situações em que o magistrado está impossibilitado de exercer a jurisdição, relacionando-se, por outro lado, aos casos em que o togado perde a imparcialidade para apreciar determinada causa, motivo pelo qual doutrina e jurisprudência majoritárias têm entendido que o rol contido no mencionado dispositivo legal é meramente exemplificativo” (HC 294573 – PR, 5ª T., rel. Leopoldo de Arruda Raposo, 18.06.2015, v.u)

⁸ “A simples discordância da defesa com os critérios utilizados pelo julgador para fins de dosimetria da pena não se amolda a qualquer das taxativas hipóteses de suspeição reguladas pelo artigo 254 do Código de Processo Penal.” (STF – RE: 1104731 PR – PARANÁ 5013026-96.2013.4.04.7009, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 16/05/2018, Data de Publicação: DJe-098 21/05/2018)

⁹ Tribunal Europeu de Direitos Humanos, *Piersack v. Belgium*, sentença de 1º de outubro de 1982. Tradução livre.

A imparcialidade pessoal ou subjetiva se presume a menos que exista prova em contrário. Por sua parte, a denominada prova objetiva consiste em determinar se o juiz questionado apresentou elementos convincentes que permitam eliminar temores legítimos ou fundadas suspeitas de parcialidade de sua pessoa.

Assim, de acordo com os precedentes das Cortes Internacionais de Direitos Humanos¹⁰, a imparcialidade do juiz deve ser analisada sob duas perspectivas. Uma, examinando eventuais vínculos pessoais do magistrado em relação às partes e a qualquer interessado no desfecho da ação. Outra, por meio de teste objetivo que examina se o juiz oferece elementos suficientes para excluir qualquer dúvida legítima de parcialidade. Como bem destaca Aury Lopes Jr. nesta última hipótese (imparcialidade objetiva) o exame envolve a “aparência de imparcialidade”¹¹.

No âmbito dos nossos Tribunais Superiores é possível encontrar alguns julgados em que a questão da imparcialidade objetiva foi expressamente analisada.

Exemplificativamente, no REsp 1528102 PR¹², da relatoria do ministro Herman Benjamin:

“7. Não se olvida que, apenas na vigência do CPC/2015, ser o juiz amigo íntimo ou inimigo do advogado de alguma das partes passa a ser causa de suspeição, não havendo tal previsão no CPC de 1973. A propósito: REsp 600.737/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 26.9.2005; REsp 4.509/MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, DJ 26.11.1990.

8. Contudo, em casos como o presente, em que a Corte local expôs em minúcias a relação com altíssimo grau de intimidade entre o juiz e o advogado, superando a simples amizade, concluindo ser incontroverso nos autos tal fato, caracterizada está a ofensa ao dever de imparcialidade objetiva do juiz, sendo certo que o próprio magistrado confirmou a aquisição de bens em conjunto com advogado (uma sala comercial em Curitiba e um apartamento em Florianópolis) e a utilização de automóvel do causídico: “é incontroverso que o Autor possuía amizade com o Dr. Hugo Castanho, tanto é que o Réu mencionou em seu depoimento que possuía ‘um grau de amizade anterior’ com o advogado, mesmo antes dele ser advogado (...). O Réu nega ter custeado a faculdade do Dr. Hugo (...), mas afirma ter adquirido alguns bens em conjunto com o advogado: uma sala comercial em Curitiba e um pequeno apartamento de veraneio em Florianópolis (...). O Réu aceitou a doação de um cachorro do advogado e afirmou ter utilizado um carro que estava em nome do Dr. Hugo, adquirido porque estava com restrições cadastrais”.¹³

No STF merece destaque sobre a matéria o julgamento do HC 94.641/BA, no qual foi relator para o acórdão o ministro Joaquim Barbosa¹⁴. O voto do relator para o acórdão assim expôs a questão:

“Entendo que há nulidade grave. O juiz, durante dias, intimou várias testemunhas, colheu depoimentos, fez um breve relatório e enviou para o Ministério Público. Presidiu toda a instrução e proferiu sentença. Ele atuou como autoridade policial.

¹⁰ *Apud* AMNESTY INTERNATIONAL. Fair Trial Manual, 9 de abril de 2014.

¹¹ Lopes Jr, Aury. Direito Processual Penal. Saraiva, 15ª. edição, 2018, p. 66.

¹² **Nesse sentido:** HC 311.043/RJ, Rel. Ministro Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), 6ª Turma, DJe 03.08.2011; REsp 600.752/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 23.08.2004.

¹³ STJ, Recurso Especial nº 1.528.102/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 12.05.2017.

¹⁴ STF, Habeas Corpus nº 94.641/ BA, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 05/03/2009.

Num caso de menor gravidade do que este, oriundo do Rio de Janeiro, em que um desembargador que participara do processo administrativo em que estivera envolvido o réu, e veio não obstante a participar do seu julgamento na esfera criminal, nós concedemos a ordem. Aquele caso, a meu ver, era bem menos grave do que este”.

Também o ministro Celso de Mello proferiu percutiente voto (vencido) no HC 95.518/PR para reconhecer a suspeição na hipótese em que houve monitoramento do deslocamento dos advogados do réu¹⁵. Para o Decano da Suprema Corte, a conduta do magistrado fugiu “à ortodoxia dos meios que o ordenamento positivo coloca a seu dispor”, transformando-o em investigador.

Nesses precedentes, a suspeição foi reconhecida pelos ministros da Suprema Corte diante da possibilidade de os fatos concretos indicarem chances razoáveis de o juiz ter perdido a imparcialidade. Ou seja, conclui-se que a dúvida razoável sobre a imparcialidade é o que basta para o reconhecimento da suspeição do magistrado.

É certo que não se pode cogitar da ideia de um juiz neutro, pois cada juiz tem o seu histórico pessoal, suas concepções políticas e, ainda, maior ou menor envolvimento com a mídia e seus analistas. Mas ao magistrado cumpre observar todos os mecanismos previstos na Constituição e na lei que buscam preservar a garantia da imparcialidade da jurisdição. E também zelar para que preservar a aparência ou estética de imparcialidade.

A 2ª. Turma do STF terá a oportunidade de realizar uma análise detalhada sobre o instituto da suspeição no julgamento do HC 164493/PR, que impetramos em favor do ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. Toda a problemática aqui exposta foi apresentada naquele *writ* e os votos que serão proferidos no julgamento do mérito possivelmente servirão de norte para futuras análises sobre o tema, que, em última análise, diz respeito à própria credibilidade e legitimidade do Sistema de Justiça.

Referências:

- AMNESTY INTERNATIONAL. Fair Trial Manual, 9 de abril de 2014.
- FILHO, Antônio Magalhães Gomes; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (coord.). Código de Processo Penal comentado. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.
- JESUS, Damásio E. de. Código de Processo Penal Anotado. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- LOPES JR., Aury Direito processual penal. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. Direito processual penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MARCÃO, Renato Código de processo penal comentado. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.



¹⁵ STF, Habeas Corpus nº 95518/ PR, 2ª turma, Rel. Eros Grau, DJe 25/11/2015 .

EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL¹

THE PRINCIPLE OF PRESUMPTION OF INNOCENCE IN THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME FEDERAL COURT

DANIELLE DA ROCHA CRUZ

Mestre em Direito pela Universidad de Salamanca. Professora de Direito Penal e Processo Penal da Universidade Federal da Paraíba-UFPB.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9257-9694>
E-mail: rcrzdanielle@hotmail.com

RESUMEN: La Constitución Federal de 1988 garantiza a todos los ciudadanos el estado de inocencia hasta la sentencia condenatoria tornarse firme e inmutable. Pese el texto constitucional ser expreso cuanto a esta garantía, en Brasil, esto históricamente ha sido incumplido, existiendo, en la práctica, una anticipación en la ejecución de la pena. En 2009, el Supremo Tribunal Federal se posicionó sobre la ejecución provisional de la pena, considerándola inconstitucional por afrontar el principio de presunción de inocencia. Pero, en los últimos tres años, después de un proceso de espectacularización mediática en la persecución de delitos de cuello blanco, promovido por la ya conocida internacionalmente como operación Lava Jato, la discusión sobre la posibilidad de ejecución anticipada de la pena ha vuelto al plenario de la Corte. En 2016, el Supremo Tribunal Federal ha reformado la postura anterior, admitiendo la ejecución provisional de la pena, cambio de entendimiento que ha sido motivado por el momento histórico vivenciado en el país.

PALABRAS clave: Presunción de inocencia. Ejecución provisional de la pena. Encarcelamiento en masa. Constitución Federal de 1988. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The Federal Constitution of 1988 guarantees all citizens the state of innocence until the condemnatory sentence becomes firm and immutable. Despite the constitutional text be express as to this guarantee, in Brazil, this has historically been breached, existing, in practice, an anticipation in the execution of the penalty. In 2009, the Supreme Federal Court established your opinion on the provisional execution of the sentence, which is considered unconstitutional for facing the principle of presumption of innocence. But, in the last three years, after a process of media spectacularization in the pursuit of white collar crimes, promoted by the internationally known as Lava Jato operation, the discussion on the possibility of early execution of the penalty has returned to the plenary of the Court. In 2016, the Supreme Federal Court has reformed the previous position, admitting the provisional execution of the sentence, change of understanding that has been motivated by the historical moment experienced in the country.

KEYWORDS: Presumption of innocence. Early execution of the penalty. Mass incarceration. Federal Constitution of 1988. Supreme Federal Court.

¹ O presente texto corresponde a uma conferência proferida no *Congresso Internacional Retos do Constitucionalismo Iberoamericano*, organizado pela Universidad de Salamanca, nos dias 20, 21 e 22 de março de 2018, dentro do calendário de eventos para a comemoração dos 800 anos da sua fundação. Por esse motivo, o texto não contém notas de rodapé, nem tópicos ou subtópicos, dispensando sumário.

SUMÁRIO: 1. Apresentação. 2. Introdução. 3. La ejecución provisional de la pena en el Supremo Tribunal Federal. 4. Influencias externas hacia el cambio de postura del STF sobre la ejecución provisional de la pena y la presunción de inocencia. 5. Consideraciones finales.

1 Apresentação

Buenas tardes a todas y a todos los que están aquí en la tarde de hoy. Antes de empezar me gustaría agradecer a la profesora Mercedes Iglesias y al profesor Luis Gerardo Samaniego Santamaría por la invitación para participar de este Congreso. Es una alegría estar aquí en esta tarde tan bonita, como suelen ser las tardes en Salamanca, entre amigos muy queridos, como Francisco Javier Martín Lucas, Lilián Galván Bautista y María Auxiliadora Castro e Camargo, que nos ha hablado hoy por la mañana. Aprovecho para darle la enhorabuena por su intervención. Es un honor tenerlos como amigos

No tengo palabras para agradecer a la profesora Angela Figueruelo, que es un ejemplo para todos nosotros, principalmente para las mujeres, no sólo por su éxito profesional pero también por su personalidad, por la forma como trata sus alumnos, incentivándoles siempre a explorar sus capacidades al máximo. Seguramente, la profesora Figueruelo ya ha dejado su huella en este mundo tan violento y represor contra las mujeres, abriendo el paso para nosotras. Por ello, tenemos el deber de seguir su ejemplo.

2 Introdução

El tema que voy a tratar ha sido algo que siempre ha conllevado muchas discusiones en el ámbito académico en Brasil: la ejecución provisional de la pena. Pese a afrontar el texto constitucional, la anticipación de la ejecución de la pena, aunque, muchas veces, disfrazada de prisión preventiva, es una realidad en la práctica del sistema penal. El Supremo Tribunal Federal, el cual, en Brasil, tiene también atribuciones de Tribunal Constitucional, se ha posicionado recientemente sobre el asunto, considerando posible el adelantamiento de la ejecución de la pena, antes de la sentencia condenatoria hacer tránsito a cosa juzgada. Esta decisión ha causado verdadero espanto en parte de la comunidad académica, no sólo por el contenido que conlleva, pero por haber dividido los juristas entre los que la apoyan y los que le son contrarios.

En virtud del tiempo que tenemos para exponer el tema, no voy a tratar de toda la jurisprudencia del Supremo Tribunal al respecto, limitándome a los dos fallos más recientes de la Corte.

En el año 2009, el Supremo Tribunal Federal ha sometido a discusión la posibilidad de ejecución provisional o adelantada de la pena de prisión en el ámbito del *habeas corpus* nº 84.078. El tema de la ejecución provisional de la pena no debería ser puesto en cuestión, por el hecho de la Constitución de Brasil, en su artículo 5º, inciso LVII, ser tajante al afirmar que “nadie será considerado culpable hasta la sentencia penal condenatoria hacer tránsito a cosa juzgada”. Pese a esto, algunos ministros sostenían la posibilidad de ejecución provisional de la pena de prisión desde que hubiera una condena en segunda instancia, todavía pendiente de recursos.

En aquella ocasión, por mayoría de votos, prevaleció el entendimiento de que la ejecución provisional de la pena sería inconstitucional por violar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, expresamente previsto en la Constitución. El Supremo Tribunal Federal entendió que la protección

advenida del principio de presunción de inocencia debería ser absoluta. Para ello, no sólo ha hecho una interpretación literal del artículo 5º, inciso LVII, de la Constitución, como también ha realizado una interpretación sistemática, teniendo en cuenta dos dispositivos infraconstitucionales, el artículo 637 del Código Procesal Penal y el artículo 105 de la Ley de Ejecución Penal.

Es importante destacar que, antes del año 2009, la Corte entendía que la ejecución provisional de la pena de prisión era posible, sin violar la presunción de inocencia por el hecho del recurso extraordinario no tener efecto suspensivo, recurso cuya apreciación es de su competencia. De acuerdo con este razonamiento, la sentencia de segunda instancia, pendiente de recurso extraordinario, podría tener cumplimiento inmediato.

3 La ejecución provisional de la pena en el Supremo Tribunal Federal

Como se puede observar, el primer obstáculo para la aplicación inmediata de la pena de prisión, consecuencia de la presunción de inocencia, lo encontramos en el propio texto constitucional. La ejecución de la pena sólo sería posible cuando impuesta por una sentencia firme, inmutable, es decir, con los efectos de la cosa juzgada.

Es cierto que el artículo 637 del Código Procesal Penal (Decreto-Ley nº 3.689 de 1941) dispone expresamente acerca de los efectos del recurso extraordinario, no atribuyéndole efecto suspensivo. Sin embargo, la Ley de Ejecución Penal (Ley nº 7.210 de 1984), con fecha posterior al Código Procesal, en su artículo 105, asegura que la ejecución de la pena sólo debe empezar después de la sentencia penal condenatoria hacer tránsito a cosa juzgada.

En el análisis de estos dispositivos legales, observase que el Código Procesal Penal es anterior a la Constitución y a la Ley de Ejecución Penal, con lo cual muchos de sus dispositivos no han sido incorporados a la Constitución. Así pues, al confrontar los dispositivos mencionados con el precepto constitucional, prevaleció, como hemos dicho, la decisión por la inconstitucionalidad de la ejecución provisional de la pena de prisión. Lo que ha supuesto un importante cambio en la jurisprudencia de la Corte.

Sin embargo, en el año 2016 (*habeas corpus* nº 126.292), el Supremo Tribunal ha cambiado una vez más su postura acerca de la ejecución provisional de la pena de prisión. Los principales argumentos del Supremo Tribunal Federal han sido los siguientes:

1. “La ejecución de la pena pendiente de recursos de naturaleza extraordinaria no compromete el núcleo esencial del presupuesto de la no-culpabilidad, puesto que el acusado ha sido tratado como inocente en el curso de todo proceso ordinario criminal”, siendo observados los derechos y garantías inherentes a éste, respetadas asimismo las reglas probatorias.

2. “Agotadas las instancias ordinarias (...) se tiene una declaración con considerable fuerza de que el acusado es culpable y su prisión necesaria”.

3. Garantizar de forma absoluta el principio de presunción de inocencia “tiene permitido e incentivado (...) la indebida y sucesiva interposición de recursos (...) con claros propósitos en postergar el proceso” hasta la prescripción extintiva. Así, la Corte argumenta que es necesario armonizar el principio de presunción de inocencia con el de efectividad de la función jurisdiccional del Estado.

4. La confirmación del fallo en segunda instancia “conlleva la exigencia de orden público, siendo necesario asegurar la credibilidad del Poder Judicial y el sistema penal”.

5. “El sacrificio que se impone al principio de no-culpabilidad (...) es compensado con lo que se gana en protección de la efectividad y la credibilidad de la justicia”.

6. La prueba de la culpabilidad no depende de la sentencia condenatoria firme, siendo atestada en la segunda instancia.

7. Es posible dividir la cosa juzgada en capítulos, de manera que ésta, en segunda instancia, ya ocurre en relación a la parte de la decisión relativa al mérito y a las pruebas, siendo inmutable e indiscutible a este respecto.

8. Es importante observar las necesidades sociales en este momento. “La sociedad no acepta la presunción de inocencia de una persona condenada que no para de hacer uso de los recursos” con el objetivo de que suceda la prescripción extintiva.

9. La Constitución determina la no-culpabilidad definitiva antes de la sentencia firme, pero no impide la condenación y la consecuente ejecución de la pena.

10. Es posible la ejecución provisional de la pena desde que presentes los requisitos de la prisión preventiva.

Las discusiones, por lo tanto, se vuelcan sobre la necesidad de flexibilizar el principio de presunción de inocencia para que se pueda hacer cumplir la sentencia condenatoria pendiente de recursos ante los Tribunales Superiores.

Para comprender mejor las motivaciones que han resultado en el cambio de postura de la Corte respecto a este tema, es importante tener en cuenta que, en Brasil, desde siempre ha habido una perversa cultura del encarcelamiento, presente no sólo en el ámbito de la sociedad como también en todo el sistema penal, dónde ubicamos la policía, la Fiscalía, el Poder Judicial, y también el Poder Legislativo en su función de criminalización primaria. Así pues, todo el aparato estatal que tiene atribución punitiva y persecutoria está vinculado a esta cultura, lo que ha resultado en una enorme población encarcelada, muchas veces, de manera ilegal y casi siempre en condiciones que atentan contra la dignidad de la persona.

El número de detenidos en Brasil está en plena ascensión, siendo considerado, junto a Estados Unidos, Rusia y China, como uno de los países que más encarcelan en el mundo. Según datos del INFOPEN (Levantamiento Nacional de Informaciones Penitenciarias de 2017), en el año 2016, la población carcelaria en Brasil era de 726.712 detenidos para 368.049 plazas. Son cerca de 20 personas en un lugar que sólo soporta 10. Estos datos alarmantes no han impedido el Supremo Tribunal Federal de cambiar su postura, comprendiendo la ejecución provisional de la pena compatible con la Constitución. Este entendimiento tiene el potencial de incrementar la crisis presente en los establecimientos penitenciarios, reafirmando la existencia de una cultura del encarcelamiento en el país.

4 Influencias externas hacia el cambio de postura del STF sobre la ejecución provisional de la pena y la presunción de inocencia

Además de la cultura del encarcelamiento, arraigada en la sociedad brasileña, es importante mencionar que el Supremo Tribunal Federal ha sufrido en los últimos años fuerte influencia de la opinión pública,

cuyo reflejo se puede observar en este caso. La Corte ha afirmado la constitucionalidad de la ejecución provisional de la pena bajo los influjos de una intensa crisis institucional, que se ha difundido en Brasil a partir de las últimas elecciones presidenciales del año 2014.

El análisis sobre el cambio de postura de la Corte sobre la ejecución provisional de la pena no puede prescindir de la coyuntura política de aquel momento. El partido del candidato vencido en las elecciones, el PSDB, no conformado con el resultado de los comicios, ha comenzado una campaña que terminó en el año 2016 con el *impeachment* de la Presidenta Dilma Rousseff, bajo débiles acusaciones de delitos de responsabilidad. Tan débiles que prefiero adherir a la opinión de los juristas que lo caracterizan como golpe, el Golpe de 2016, por la inexistencia completa de delitos de responsabilidad.

Conjuntamente a esto, una operación iniciada por la Policía Federal que empezó con una investigación sobre delitos contra el sistema financiero y blanqueo de capitales, y luego se convirtió en una gran operación, con la participación del Ministerio Fiscal y el Poder Judicial, ha ganado en importancia en el año 2014, es decir, en el mismo año de las elecciones y en el principio de la crisis política en Brasil. Dicha operación, internacionalmente conocida como “operación Lava Jato”, ha tenido como uno de sus principales aliados a los medios de comunicación.

Los miembros de la Fiscalía y Magistrados Federales que han actuado en los casos – y todavía actúan, porque la operación no ha sido aún concluida – han divulgado informaciones sobre las investigaciones, el contenido de escuchas telefónicas, el contenido de las audiencias de los acusados, con el claro propósito de manipular la opinión pública. Todo este material fue ampliamente utilizado por los medios de comunicación, incrementando la situación conflictiva presente en la sociedad brasileña en aquel momento, además de desconsiderar por completo la existencia del derecho fundamental a la presunción de inocencia, algo que es una práctica del sistema penal brasileño.

Sin lugar a dudas, la operación Lava Jato ha sido responsable por incrementar la crisis institucional en Brasil, además de haber causado graves violaciones de derechos y garantías fundamentales durante estos años. De la misma forma, ha sido responsable por el intenso retroceso en términos de garantías procesales, donde se pudo observar claramente que el ordenamiento jurídico-penal todavía tiene marcas del sistema inquisitivo y del autoritarismo estatal.

La democracia brasileña no ha logrado resistir a los medios de comunicación que se han hecho cargo de las informaciones para utilizarlas de acuerdo a sus intereses, manipulando la opinión pública, que se ha vuelto contra sus propios intereses – como también fueran los súbditos de la monarquía absoluta, analizada por Etienne de la Boétie –, permitiendo y aplaudiendo las arbitrariedades estatales, puesto que ellas tenían, en un primer momento, un objetivo noble y convincente – combatir la criminalidad organizada en los delitos de cuello blanco.

En este contexto, el Supremo Tribunal Federal tampoco ha soportado la presión de la sociedad y los medios de comunicación y, en una decisión sin claros fundamentos, como hemos visto, ha suplantado una de las más importantes garantías del ciudadano, la presunción de inocencia. Para que se pueda fundamentar la flexibilización de un derecho fundamental como la presunción de inocencia, admitiendo la ejecución provisional de la pena, es necesario que el riesgo al cual la sociedad está sometida, con la libertad del condenado, sea insoportable. Sin embargo, para esto existen las prisiones cautelares, como es la prisión preventiva. De todas formas, ésta no puede ser comprendida como ejecución provisional o adelantada de la pena, y esto es exactamente lo que ocurre en Brasil desde siempre, pero ahora mucho

más, principalmente después de la exposición mediática ilegal e inconstitucional que se ha hecho de los acusados por la Lava Jato.

La espectacularización mediática que se ha hecho con la Lava Jato ha motivado el aumento de las medidas arbitrarias por parte del Estado con el uso del poder punitivo. Una de las expresiones de esto ha sido la modificación de la postura del Supremo Tribunal Federal en relación a la presunción de inocencia.

Como se ha observado, los argumentos del Supremo Tribunal Federal no tienen ninguna sustentación teórica. Son el resultado de una equivocada política criminal que se impone en Brasil desde sus orígenes, consecuencia de su colonización de cuño esclavista y excluyente. El discurso político criminal promovido por la Lava Jato ha tomado nuevos contornos para inserir en el conjunto de los tradicionales enemigos (los pobres) del Derecho Penal otras figuras. El Poder Judicial ha hecho cargo del *lawfare* para encarcelar políticos y demonizar la política. Es exactamente por esto que los argumentos utilizados para flexibilizar la presunción de inocencia son extremadamente frágiles.

El sentido de la protección constitucional de la presunción de inocencia no puede ser reducido a una supuesta comprobación de la culpabilidad. Esta suposición, aunque basada en una decisión de un Tribunal de segunda instancia, invierte el orden de la presunción, atribuyéndose una presunción de culpabilidad y no de inocencia. Esa tendencia es demasiado peligrosa y la historia ya lo ha comprobado en diversos momentos. Como afirma Ferrajoli, pese a remontar al Derecho Romano, el principio de presunción de inocencia fue suplantado en la Baja Edad Media por semi-pruebas, semi-culpabilidad, semi-condena, es decir, por flexibilizaciones de garantías que enmascaran el real objetivo del sistema punitivo autoritario.

El estado de inocencia es preservado hasta la sentencia condenatoria firme e inmutable para evitar la violencia del poder punitivo contra los individuos, y la prisión es su máxima expresión en Brasil. Al contrario de lo que sostienen algunos Ministros del Supremo Tribunal Federal, la presunción de inocencia no es pasible de mitigación. Debe ser mantenida hasta el agotamiento de los recursos legalmente previstos, puesto que ésta es la garantía de la libertad, de la dignidad de la persona y de la seguridad de los ciudadanos. Existe una razón para la manutención del estado de inocencia del investigado, del acusado y del condenado. La razón es la protección del individuo y de la sociedad frente al autoritarismo estatal, que es fácilmente manipulable a través del Derecho Penal.

El Derecho Penal está cuñado en bases autoritarias, inherentes a su propia esencia, y el principio de presunción de inocencia es un mecanismo de protección contra el arbitrio del poder punitivo. Los procesos de la Lava Jato han sido conducidos por un completo autoritarismo, donde se ha visto la expresión máxima del sistema inquisitivo después de la redemocratización. Está claro que esto ha tenido sus reflejos en el cambio de postura del Supremo Tribunal Federal respecto al principio de presunción de inocencia.

5 Consideraciones finales

Los argumentos de la Corte para admitir la flexibilización de la presunción de inocencia no son en absoluto convincentes. Representan, en realidad, una afronta a la inteligencia de cualquiera que comprenda lo que representa el Estado Constitucional y el garantismo penal. El argumento de que se puede admitir la ejecución provisional de la pena de prisión en virtud de la necesidad de restablecer la credibilidad de la justicia y del sistema penal es inadmisibles, principalmente si se sabe que la responsabilidad por ello

está en la Administración de la Justicia y no en la cantidad de recursos utilizados por el condenado. Es importante resaltar que, aunque hubiese una cantidad expresiva de recursos que pudiesen ser manejados por el acusado, lo que no es el caso, este no sería un fundamento razonable para flexibilizar la presunción de inocencia. Este planteamiento contraría la propia idea de amplia defensa, de contradictorio, de duplo grado de jurisdicción y de debido proceso legal. Los recursos legalmente previstos deben ser manejados por el acusado en obediencia a estos preceptos.

Del mismo modo, no se puede aceptar el argumento de que la decisión en segunda instancia es suficiente para comprobar la culpabilidad, no siendo ésta pasible de alteración, con la división en capítulos de la cosa juzgada. Esto no tiene ningún sentido, puesto que a través del recurso extraordinario se puede alegar la violación de garantías constitucionales, como, por ejemplo, la obtención de pruebas por medios ilícitos, la mitigación de la amplia defensa y del contradictorio, lo que puede acarrear la nulidad del proceso. Esto, a su vez, comprometería el propio contenido de la culpabilidad, en tesis, confirmada en segunda instancia. Siendo así, es importante poner de relieve que la presunción de inocencia también guarda relación con otros principios fundamentales, como es principio del *favor rei* y del *in dubio pro reo*. Estos principios refuerzan el sentido de la manutención del estado de inocencia hasta la sentencia firme e inmutable, con los efectos de la cosa juzgada. La más mínima duda acerca de la culpabilidad del acusado debe ser interpretada a su favor. Además, lo que se busca con el proceso es la prueba de culpa y no de la inocencia.

El precepto constitucional es expreso en garantizar la no-culpabilidad hasta que la sentencia condenatoria sea firme e inmutable. Para cierto sector de la doctrina, el principio adoptado por la Constitución Federal ha sido el de no-culpabilidad y no el de presunción de inocencia, lo que resultaría en la mitigación de éste, haciendo con que el argumento de la prueba de la culpabilidad en segunda instancia pudiera dar firmeza a la decisión condenatoria. Sin embargo, esta postura es también fácilmente refutable, puesto que el sentido del dispositivo constitucional es muy claro al vincular la culpabilidad del acusado a la cosa juzgada y la seguridad jurídica que se impone a través de ella. Con esto se tiene el sentido garantista que conlleva la Constitución Federal de 1988, con lo cual deja a cargo de la Fiscalía el deber de demostrar la culpabilidad del acusado.

La propuesta de repartir la cosa juzgada en capítulos es otra afronta a la presunción de inocencia y la propia seguridad jurídica que se le atribuye. Repartir la cosa juzgada significa debilitarla e fragilizar la confianza de los individuos en el Estado. El efecto manifiesto buscado por el Supremo Tribunal Federal ha sido la efectividad de la justicia y restablecimiento de la confianza de la sociedad en su credibilidad. Pero, el efecto será exactamente lo contrario, puesto que, con esto, lo que ocurrirá es el miedo y la inseguridad. Como afirma Ferrajoli, la muestra de que la justicia ha perdido su legitimidad política es justo cuando ésta pasa a inspirar miedo a los ciudadanos. Es inadmisibles en un Estado de Derecho que el individuo tenga miedo de ser sometido al sistema de justicia. Esta es la máxima expresión de su pérdida de confianza.

Así pues, se puede concluir que el Supremo Tribunal Federal, aunque de entre sus argumentos haya reconocido que la sentencia condenatoria, pendiente de recursos extraordinarios, no hace tránsito a cosa juzgada, ha resuelto suplantar la presunción de inocencia en razón de la presión social, claramente influenciada por los medios de comunicación y por el movimiento político de la Lava Jato.

Los riesgos para la democracia con esta postura de la Corte brasileña son muy graves, pues amplían demasiado el poder punitivo, admitiendo su intervención antes de la cosa juzgada penal en la restricción de la libertad del individuo. Además de tener un sentido contrapuesto a toda la inspiración humanista que fundamenta el Derecho Penal y el Proceso Penal en el Estado Constitucional, es indispensable tener cautela a la hora de restringir derechos fundamentales en democracias no plenamente consolidadas, pues este es el camino para un poder punitivo todavía más arbitrario y violento.

Es necesario rescatar el discurso garantista para el ámbito de la dogmática penal para que ésta pueda influenciar la jurisprudencia, para que los vientos de la democracia no se alejen demasiado.

Referencias

- ALMEIDA FILHO, Agassiz. *Impeachment* e Democracia. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, Ano 25, Vol. 103, set-out, 2017.
- DE LA BOÉTIE, Etienne. *Discurso sobre a servidão voluntária*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo: Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *El Derecho Penal Latinoamericano en la fase superior del colonialismo*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2015.
- _____. *O inimigo no Direito Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.



NOTAS CRÍTICAS À DECISÃO DO STF NA ADI 5508/DF

CRITICAL NOTES TO THE DECISION OF THE STF IN THE ADI 5508/DF

FABRÍCIO SILVA SOARES DE MAGALHÃES

Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de Goiatuba (2018).

É pós-graduando em Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4483-3242>

E-mail: contato@fabriciossmagalhaes.adv.br

RESUMO: O presente artigo objetiva demonstrar a incongruência da decisão firmada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 5508/DF no momento em que declarou constitucional os parágrafos 2º e 6º do art. 4º da Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013), notadamente no ponto em que confere prerrogativa aos delegados de polícia para propor e firmar acordos de colaboração premiada e a representar por perdão judicial sem a presença ou mesmo manifestação favorável do Ministério Público, usurpando de sua competência a titularidade privativa para o exercício da ação penal pública, bem como por violar o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) e o sistema acusatório, e ainda por atribuir função do órgão ministerial a pessoas estranhas à carreira (art. 129, I e § 2º).

PALAVRAS-CHAVE: Colaboração premiada. Lei de Organizações Criminosas. Legitimidade exclusiva. Ministério Público. Ação direta de inconstitucionalidade.

ABSTRACT: Objective to demonstrate to the incongruence of the decision firmed for the Supreme Federal Court in the ADI 5508/DF at the moment that declared constitutional the paragraphs 2º and 6º of art. 4º of the Law of Criminal Organizations (Law nº 12,850/2013), notably in the point where it confers prerogative to the policy commission agents to consider and to firm contribution agreements awardee and to represent for judicial pardon without the presence or same favorable manifestation of the Public prosecution service, usurping of its ability, the privative title for the exercise of the public criminal action, as well as for violating due process of law (art. 5º, LIV, CF), and the accusatory system and still for attributing to function of the ministerial agency the strange people to the career (art. 129, I and § 2º).

KEYWORDS: Winning collaboration; Law of Criminal Organizations; exclusive legitimacy; Public prosecution service; Direct action of unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breve análise da natureza jurídica da colaboração premiada. 3. Discussão sobre a Legitimidade. 4. A Ação Direta de Constitucionalidade 5508/DF. 5. Argumentos Contrários à decisão do Supremo Tribunal Federal. 5.1 Sistema Acusatório e a função Constitucional do Ministério Público. 5.2. Ofensa ao Devido Processo Legal e à Segurança Jurídica. 6. A Legitimidade Exclusiva do Ministério Público. 6.1. Indispensabilidade de Manifestação Favorável do Ministério Público. 6.2. Função Investigativa do Ministério Público e a Dispensabilidade do Inquérito Policial. 7. Ilegitimidade de Delegados de Polícia. 7.1 Incapacidade Postulatória do Delegado de Polícia. Considerações Finais. Referências.

1. Introdução

A origem da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5508/DF ocorreu devido aos intensos debates sobre a legitimidade conferida a delegados de polícia para propor e firmar acordos de colaboração premiada, bem como a representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, sendo o seu objeto os §§ 2º e 6º do art. 4º da Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013).

Dentre as discussões inauguradas, estão a inconstitucionalidade dos dispositivos, alegando ofensa aos artigos 5º, inciso LIV (devido processo legal), art. 37, *caput* (moralidade administrativa), artigo 129, inciso I (titularidade do Ministério Público para a ação penal e princípio acusatório) e § 2º, primeira parte (exclusividade do exercício das atribuições do Ministério Público), e também artigo 144, parágrafos 1º e 4º (múnus constitucional da função policial), todos da Constituição Federal.

Conquanto já definido o entendimento na ADI, e vencida a corrente que defende a inconstitucionalidade questionada, o tema ainda gera controvérsias práticas, portanto não se mostra ultrapassado, mas oportuno recordar o posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e assim destilar críticas.

Nesse viés, necessário reforçar os argumentos contrários à legitimidade conferida aos delegados de polícia, e diametralmente ao oposto, enriquecer o fundamento em face da legitimidade privativa do Ministério Público para as negociações de acordos de cooperação premiada que envolvam todo e qualquer tipo de benefício premial e sua titularidade exclusiva para o exercício das ações penais de natureza pública.

2. Breve análise da natureza jurídica da colaboração premiada

Outrora, a colaboração premiada era instrumento reconhecido como um meio facilitador para a elucidação da infração penal, sob o argumento de redução de pena para o colaborador. Nessa senda, sua natureza jurídica era entendida meramente como “causa de diminuição de pena”.¹

No entanto, com a edição da Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013), o instituto passou a ter mais eficácia em razão do maior poder de barganha conferidos no texto legal; trouxe ainda benefícios que abarcam até o perdão judicial (art. 4º, Lei 12.850/13 cumulado com o art. 107, IX, do Código Penal). Porém, exigiu-se que a colaboração tenha efetividade, ou seja, as informações prestadas devem trazer um resultado eficaz às investigações, conforme dispõe os incisos do art. 4º.²

A edição dessa lei especial ocorreu devido a diversas operações e escândalos de corrupção, a partir do emblemático caso Mensalão³ julgado em 2012, nos quais foram tomadas inúmeras “delações”, surgindo destas a discussão acerca da real natureza jurídica da colaboração premiada, se meio de prova ou meio

¹ SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 85.

² Art. 4º – [...] I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

³ O “Mensalão” foi o nome midiático dado ao escândalo de corrupção no Congresso Nacional, ocorrido entre 2005 e 2006, que originou a Ação Penal 470. Foi um processo criminal que levou ao julgamento mais importante da história do STF, rendendo 5 mil páginas, 235 volumes, 600 testemunhas, e um Acórdão de 8405 páginas, frutos de 5 anos de investigação de um esquema de pagamento de propina a parlamentares para que votassem a favor de projetos do

de obtenção de prova. Em razão disso, o Supremo julgou a questão e entendeu ser a “delação premiada” um “negócio jurídico processual”.⁴

Nesse contexto, o negócio jurídico processual seria um pacto contratual, ou seja, acordo de vontades entre as partes acerca de assuntos pertinentes a questões procedimentais. No mesmo julgado, o STF consolidou o entendimento no sentido de que o Poder Judiciário é instado apenas ao final do ato, para valorar os requisitos legais e homologar o acordo; concretizou também que o mérito de uma posterior acusação, respaldada na colaboração premiada, obrigatoriamente corroborada com outras provas, somente será analisada na ocasião do “julgamento” do processo.⁵

Em síntese, a colaboração premiada, segundo entendimento atual do STF, tem natureza de ‘negócio jurídico processual’, em que o papel do julgador é de apenas homologar o acordo quando respeitados os requisitos legais (Lei n. 12.850/13, art. 4º, §§ 6º, 7º, 8º).

3 Discussão sobre a Legitimidade

Desde sua origem, a colaboração premiada é instituto que suscita intenso debate na comunidade jurídica, contudo, ressalta-se que a colaboração premiada é um negócio jurídico-processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como ‘meio de obtenção de prova’, seu objeto é a cooperação do indiciado ou acusado para a investigação e para o processo criminal, ‘atividade de natureza processual’,⁶ ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial de direito material, concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.

A novel Lei de Organizações Criminosas, promulgada em 2013, é uma norma voltada a tratar das organizações criminosas e dispor sobre investigações, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Nesse ímpeto, o legislador procurou definir uma figura criminosa para tais organizações, mas foi além, adentrou muito na atividade policial, transparecendo com nitidez uma pretensão de instrumentalizar a atividade investigatória policial com ferramentas de investigação mais interventivas, dando a entender que dessa maneira solucionaria de modo acertado os problemas da criminalidade organizada.

Em seu art. 4º e seguintes, introduziu regulamentação acerca de procedimentos atinentes aos meios de obtenção de prova, inaugurando normatização mais específica acerca do acordo de colaboração premiada. Os parágrafos 2º e 6º do referido dispositivo atribuíram legitimidade aos delegados de polícia

governo. (VILLA, Marco Antônio. *Mensalão: O julgamento do maior caso de corrupção da história política brasileira*. Ed. LeYa, 2012).

⁴ Destacou a Suprema Corte que: “(...) ainda, que atualmente não há mais controvérsia acerca da natureza jurídica do instituto, considerado, em termos gerais, um negócio jurídico processual firmado entre o Ministério Público e o colaborador. Essa característica é representada pelas normas extraídas dos §§ 6º e 7º do art. 4º da Lei 12.850/2013, as quais vedam a participação do magistrado na celebração do ajuste entre as partes e estabelecem os limites de cognoscibilidade dos termos pactuados. Trata-se, portanto, de meio de obtenção de prova cuja iniciativa não se submete à reserva de jurisdição, diferentemente do que ocorre, por exemplo, com a quebra do sigilo bancário ou fiscal e com a interceptação de comunicações telefônicas” (Informativo 870 do STF, 2017, p. 02).

⁵ Informativo 870 do STF, 2017, p. 02/03

⁶ Ver HC 127.483 – Informativo 870 do STF

para negociar acordos de colaboração premiada e propor diretamente ao magistrado concessão de perdão judicial a investigado ou réu colaborador.

Em contornos amplos, a previsão legal conferida pela Lei de Organizações Criminosas foi questionada constitucionalmente por estar agredindo o devido processo legal e o sistema acusatório, além de usurpar competência funcional conferida pela Constituição ao Ministério Público e a seus membros legalmente investidos na carreira.

4 A Ação Direta de Constitucionalidade 5508/DF

A Procuradoria-Geral da República ajuizou em abril de 2016 a Ação Direta de Inconstitucionalidade, de nº 5508/DF, em face dos parágrafos 2º e 6º do artigo 4º⁷ da Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013), no tocante à legitimidade do delegado de polícia para propor e firmar acordos de colaboração premiada, alegando ofensa aos artigos 5º, inciso LIV (devido processo legal), art. 37, *caput* (moralidade administrativa), artigo 129, inciso I (titularidade do Ministério Público para a ação penal e princípio acusatório) e § 2º, primeira parte (exclusividade do exercício das atribuições do Ministério Público), e também artigo 144, parágrafos 1º e 4º (múnus constitucional da função policial), da Constituição Federal.⁸

A ADI 5508/DF buscou liminarmente a suspensão da eficácia dos trechos questionados dos dispositivos. No mérito, a Procuradoria-Geral requereu a declaração de inconstitucionalidade da legitimidade de delegados de polícia para propor e firmar acordos de colaboração premiada. Sucessivamente, a ADI almejou dar interpretação aos dispositivos conforme à Constituição Federal, para assentar-se a indispensabilidade do Ministério Público em todas as fases de formalização do acordo, bem como a manifestação favorável, de caráter obrigatório e vinculante.

Contudo, em junho de 2018, o Supremo julgou a Ação se posicionando no sentido de declarar constitucional os dispositivos da Lei de Organizações Criminosas, acastelando o entendimento a favor da legitimidade de a autoridade policial celebrar acordos de colaboração. O Plenário, por maioria, julgou

⁷ Destacam-se em negrito os trechos dos dispositivos cuja constitucionalidade foi questionada na ADI 5508/DF: Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Art. 4º (...). § 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o **delegado de polícia**, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). (...). § 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que **ocorrerá entre o delegado de polícia**, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

⁸ Em sua petição, evocou ainda a segurança jurídica e os princípios da moralidade e da confiança, sublinhando que, no caso de o juiz recusar o acordo ou homologá-lo alterando determinada cláusula, apenas o Ministério Público tem legitimidade para recorrer da decisão, e de nenhuma forma a autoridade policial, o que causaria desproteção jurídica ao colaborador. Protestou ainda pela inadmissão do órgão policial propor ofertas as quais não poderá cumprir ou que gerem oposição ao Ministério Público e o Poder Judiciário. Ressaltou em seu arrazoado ter sido essa a conclusão da 2ª, 5ª e 7ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, em sessão conjunta, realizada em 16 de dezembro de 2015.

improcedente o pedido formulado pela Procuradoria-Geral da República, para assentar a constitucionalidade dos §§ 2º e 6º do art. 4º da Lei 12.850 de 2013.

5 Argumentos contrários à decisão do Supremo Tribunal Federal

Inicialmente, adverte-se que o mesmo Plenário do Supremo que declarou constitucional os dispositivos da Lei de Organizações Criminosas, em julgamento pretérito, ao assentar a natureza da colaboração premiada como ‘negócio jurídico processual’, preconizou a concepção segundo a qual:

(...) os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador (...).⁹

Quando a Constituição Federal outorgou ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública (art. 129, I), também conferiu a ele, com exclusividade, o juízo de viabilidade da persecução penal através da valoração jurídico-penal dos fatos que tenham ou possam ter qualificação criminal. De tal modo que, diante da possibilidade de o prêmio legal acordado com o investigado repercutir diretamente na pretensão punitiva do Estado, não se pode admitir a lavratura de um acordo de colaboração premiada sem a necessária e cogente intervenção do *Parquet* como ator principal, e não por meio de simples manifestação.¹⁰

Assim, permitir que a autoridade policial represente ao juiz pela concessão de benefícios ao agente colaborador, ainda que contra a vontade do titular da ação penal, que, neste caso, será simplesmente ‘ouvido’, e ainda que ele próprio realize diretamente a negociação com o defensor e o investigado, converte o Ministério Público em mero acessório da investigação criminal.

Razoável seria a cooperação entre o Ministério Público e a polícia judiciária, o que, aliás, é de todo salutar e desejável. Contudo, defende-se que não é possível um atuar isolado desses agentes policiais, pois não é sua a titularidade da ação penal; seu papel basilar na Constituição Federal é a atividade de polícia judiciária e a apuração de infrações penais,¹¹ bem como subsidiar o órgão ministerial. Portanto, constata-se que o juízo de valoração sobre a conveniência e oportunidade de dispor da prova pertence ao Ministério Público e é ele exclusivamente, junto com o investigado e seu defensor, quem deve deliberar sobre os termos e condições da colaboração premiada.

Se persistir a sistemática legal, corre-se o risco de eventualmente o Ministério Público manifestar-se contrário ao acordo promovido pelo delegado de polícia; e de o juiz, por sua vez, homologá-lo, vinculando sua decisão final. Teríamos, então, por vias transversas, a hipótese de vincular a disponibilidade quanto ao exercício do *jus puniendi* estatal, via perdão judicial, à revelia do órgão titular da ação penal, o que implicaria manifesto cerceamento das funções acusatórias em juízo.¹²

⁹ HC 127.483, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015.

¹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação penal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 543.

¹¹ Art. 144, CF.

¹² MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. *Crime organizado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018, p. 190.

Cumpra ressaltar ainda que o ordenamento jurídico (processual penal e constitucional brasileiro), mesmo que de forma implícita, adotou o sistema acusatório,¹³ adoção essa que a Suprema Corte por diversas vezes já reafirmou⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾, por meio do qual os sujeitos processuais têm funções materiais e formais diversas; e em decorrência desse perfilhamento, só ao Ministério Público compete a função de participar da investigação criminal, por si ou com a polícia judiciária, e oferecer se for o caso a denúncia em face do indiciado; enquanto ao delegado, este fica abstraído da atividade investigatória e dela participa apenas para executar medidas investigativas restritas à sua função ou diligenciadas pelo membro do *Parquet*.¹⁶

Pelo que se mostra legítimo, “apenas o órgão responsável por deduzir a acusação em juízo, como parte processual, nos termos do art. 129, inciso I, da Constituição, pode dispor de eventual imposição penal, via acordo com o colaborador para fins de perdão judicial, afigurando-se, pois, tal poder conferido ao delegado de polícia, cuja missão constitucional é a atividade de polícia judiciária e a apuração de infrações penais (art. 144, § 4º, da CF), manifestamente inconstitucional”.¹⁷

Destarte, mesmo que o acordo de colaboração premiada seja celebrado durante a fase investigatória, sua natureza processual se evidencia de forma mais expressiva a partir do momento em que a própria Lei de Organizações Criminosas impõe a necessidade de homologação judicial (art. 4º, §7º).

5.1 Sistema Acusatório e a função Constitucional do Ministério Público

Sob a ótica do art. 129, incisos I e VIII¹⁸ da Constituição de 1988, é possível verificar que foi cometida ao Ministério Público a atuação titular da persecução penal. Diante de tal previsão, o legislador constituinte desenhou claramente um processo penal de caráter acusatório,¹⁹ em que se tem a imparcialidade do julgador e se observa a competência das partes contrapostas de produzir provas; repisam-se partes.²⁰

¹³ Na visão do professor Douglas Fischer “a partir da compreensão (aberta e sistêmica) dos princípios, regras e valores insertos na Carta dirigente, possa ser extraída conclusão que o nosso sistema se pauta pelo princípio acusatório” (FISCHER, Douglas. *O Sistema acusatório brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988 e o PL 156*. Custos Legis, p. 07. Disponível em: < www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2011/2011_Dir_Penal_fischer.pdf >.)

¹⁴ ADI 4693/BA, STF, Min. Alexandre de Moraes.

¹⁵ ADI 5104/DF, STF, Min. Roberto Barroso.

¹⁶ Gustavo Senna aponta que “(...) as regras merecem uma interpretação conforme a Constituição Federal. Logo, a representação da autoridade policial para fins de colaboração premiada deve ser dirigida ao Ministério Público, para que encampe ou não a iniciativa. Somente em caso positivo será realizada a colaboração, porém, tendo como proponente do acordo o Ministério Público, contando com o auxílio da autoridade policial”. (MIRANDA, G. S. *O Ministério Público e a colaboração premiada*. 2014. p. 37)

¹⁷ SILVA, Eduardo Araújo. *Da inconstitucionalidade da proposta do delegado de polícia para fins de acordo de delação premiada – Lei nº 12.850/13*. 2009. Disponível em: < http://midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2013_delacao_premiada.pdf >

¹⁸ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

¹⁹ Guilherme Madeira Dezem, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Fauzi Hassan Choukr, Geraldo Prado, entendem que o sistema processual efetivado por meio da Constituição Federal e dos tratados internacionais ratificados é o sistema acusatório.

²⁰ Lembra Ferrajoli que as características essenciais desse sistema são a rígida separação entre juiz e acusação, a igualdade entre acusação e defesa, a publicidade e a oralidade do juízo. Ao reverso, seriam típicos do sistema inquisitivo a iniciativa do juiz no âmbito probatório, a desigualdade de poder entre acusação e defesa e o caráter estrito e secreto

É inerente que a fase processual precede de uma fase investigativa prévia, de natureza administrativa, com a colaboração da polícia Judiciária, conduzida pelo membro do Ministério Público e destinada exclusivamente à formação de seu convencimento sobre a viabilidade de oferecer ou não a acusação.²¹

A esse respeito e com razão, pontuou o ministro Celso de Mello ao dizer que:

(...) a formação da *opinio delicti* compete, exclusivamente, ao Ministério Público, em cujas funções institucionais se insere, por consciente opção do legislador constituinte, o próprio monopólio da ação penal pública (CF, art. 129, I). Dessa posição de autonomia jurídica do Ministério Público, resulta a possibilidade, plena, de, até mesmo, não oferecer a própria denúncia. (HC 68.242, 1990, p. 2648)

Portanto, a investigação policial deva fazer-se em harmonia com os ditames de elucidação e estratégia, bem como nas linhas de pensamento já consolidadas pelo Ministério Público, pois é a este que incumbirá decidir sobre a propositura da ação.

Cabe registrar decisão monocrática²² do ministro Teori Zavascki, referindo-se a *cases* em trâmite no Supremo Tribunal Federal – à época –, assinalando seu entendimento sobre o papel do Ministério Público na direção da investigação criminal:

(...) instaurado o inquérito, não cabe ao Supremo Tribunal Federal interferir na formação da *opinio delicti*. (...) Todavia, o modo como se desdobra a investigação e o juízo sobre a conveniência, a oportunidade ou a necessidade de diligências tendentes à convicção acusatória são atribuições exclusivas do Procurador-Geral da República (Inq 2913-AgR, Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, Tribunal Pleno, DJe de 21-6-2012), mesmo porque o Ministério Público, na condição de titular da ação penal, é o “verdadeiro destinatário das diligências executadas” (Rcl. 17649 MC, Min. CELSO DE MELLO, DJe de 30/5/2014).

Como se vê, o modelo processual que decorre do princípio acusatório determinado pela Constituição Federal é o que comumente se denomina de “processo penal de partes”,²³ em que há protagonismo da acusação e defesa, cabendo ao magistrado dirigir o procedimento e dirimir as questões pertinentes. Por esse motivo, órgão ou pessoa que não seja parte não pode interferir na relação jurídico-processual, muito menos para dispor sobre vontades contrapostas.

5.2 Ofensa ao Devido Processo Penal, à Segurança Jurídica e à Moralidade

O artigo 4º da Lei 12.850/2013, especialmente os §§ 7º e 8º, dispõe que todos os acordos de colaboração precisam submeter-se a homologação judicial, e mais, contempla a hipótese de situações em que o juiz não homologaria o acordo de plano, realizando uma adequação precípua ao caso concreto.

da instrução. (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 1995. p. 563. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho.

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A instrução processual penal em ibero-américa*. O processo em evolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 254.

²² Ver: STF Plenário. Pet. 5.264/DF Rel.: Min. Teori Zavascki. 06/mar./2015. Decisão monocrática. DJe 46, 11/mar./2015.

²³ Ensina a Prof.^a Ada Pellegrini Grinover que o sistema acusatório “é um processo penal de partes, em que acusador e acusado se encontram em pé de igualdade; é, ainda, um processo de ação, com as garantias da imparcialidade do juiz, do contraditório e da publicidade. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 82.)

Nessa conjectura, o Ministério Público, tendo atuado na celebração do acordo, funciona como legítimo guardião de sua validade e eficácia, podendo buscar em juízo postulações que busquem manter o conteúdo acordado, por meio de recursos em face da decisão judicial não homologatória ou mesmo daquela que alterou termos e cláusulas do acordo. Noutra lado, se a autoridade policial não pode ser parte na relação processual, naturalmente não tem legitimidade recursal para impugnar decisão judicial que não homologue o seu acordo.

Assim, na hipótese de negativa da homologação judicial ou de alteração das cláusulas do acordo, o investigado que celebre o acordo com o delegado de polícia estará vulnerável quanto aos termos firmados e enfraquecido na tentativa de fazê-lo prevalecer, pois será o único a poder recorrer; e ainda terá contra sua pretensão o órgão ministerial, titular exclusivo da persecução penal.

Tal situação pode desproteger o pretense colaborador, pois o acordo também funciona como meio de defesa de seus direitos e interesses, assim, tal insegurança contraria a moralidade e o princípio da proteção constitucional da confiança, pois não é admissível que o Estado, por meio de sua instituição policial participe de negociações que não possa cumprir ou que se oponham ao próprio Estado, ou seja, em confronto com o Ministério Público e até mesmo com o Poder Judiciário.²⁴

Destarte, as negociações de benefícios premiais com agente ilegítimo para cumpri-las, bem como as previsões legais aqui questionadas e a decisão firmada pelo Supremo Tribunal Federal se mostram incompatíveis não apenas com o conteúdo jurídico mínimo do devido processo legal, mas também com os princípios constitucionais da moralidade e da segurança jurídica.

6 A Legitimidade Exclusiva do Ministério Público

Como já visto, por disposição expressa da Constituição, o Ministério Público é o titular exclusivo da ação penal pública, ainda que inconvenientemente alguns queiram furtar tal papel exclusivo. Desse modo, nos casos de colaboração premiada, em virtude dos múltiplos efeitos e consequências processuais e materiais que esse instituto produz, entende-se que o órgão acusatório necessariamente será o seu protagonista.

Ainda que a investigação preceda da polícia judiciária, em todas as fases da colaboração premiada é indispensável a presença do órgão acusatório como seu legítimo proponente, não sendo válido diante da incumbência constitucional do Ministério Público em matéria criminal que acordos de colaboração premiada sejam propostos – quiçá firmados – sem conhecimento e anuência positiva da instituição.

²⁴ Nesse sentido, destaca-se trecho da ata de reunião em sessão conjunta no dia 16 de dezembro de 2015, da 2a, 5a e 7a Câmaras de Coordenação e Revisão, cuja área de atuação abrange matéria criminal, do Ministério Público Federal, para apreciar consulta relativa a mesma matéria tratada na ADI 5508/DF. No referido documento, destacou-se o aspecto da vulnerabilidade causada ao investigado pela previsão legal dos dispositivos da Lei de Organizações Criminosas, ora questionados nesse trabalho: “(...) a colaboração premiada, para além de ser um instrumento de obtenção de provas, consiste em técnica de defesa, por meio do qual o investigado, em conjunto com a sua defesa técnica, analisa a conveniência de colaborar com o Estado em troca de benefícios penais e processuais, como medida típica de redução de danos. (...) Desse modo, é um risco à própria ampla defesa, matriz deontológica do devido processo legal, firmar acordo de colaboração com o delegado de polícia, uma vez que tal pacto não pode vincular o titular da ação penal, havendo, portanto, uma exposição desnecessária do investigado, desnudando sua participação no ilícito para um sujeito não processual, o qual, exatamente por isso, não pode oferecer garantias de que não dispõe”.

De forma equivocada e contrariando os preceitos constitucionais, a Lei nº 12.850 de 2013 transformou delegados de polícia em parte processual, “pois é sabido que poderá decorrer da colaboração premiada a extinção da punibilidade em vista da aplicação do perdão judicial, havendo, portanto, disposição ilegítima da ação penal”.²⁵

À vista disso, entende-se que as regras mereciam ter sido interpretadas pelo Supremo de maneira uniforme com a Constituição Federal. Continuamente, a regra que dispõe sobre a representação dos delegados de polícia para fins do acordo colaborativo deveria ter sido compreendida no sentido de ser dirigida ao Ministério Público, para que este decida ou não pela iniciativa.

Esse juízo de modo algum denota um desprestígio em relação à significativa contribuição dos delegados de polícia e seu relevante papel nas investigações. Trata-se unicamente de alinhar sua atuação com os ditames da Constituição, impedindo dessa forma o crescimento absolutista de um modelo de Estado Policial em detrimento do Estado de Direito. A atuação do Ministério Público, nesse sentido, valendo-se da feliz expressão de Eugênio Raúl Zaffaroni, acaba funcionando como um “dique” de contenção do perigoso modelo do “Estado Policial”.²⁶

6.1 Indispensabilidade de manifestação favorável do Ministério Público

Em que pese o artigo 4º, em seus parágrafos 2º e 6º, da Lei de Organizações Criminosas, prever a manifestação do Ministério Público nos acordos de colaboração premiada propostos e firmados por delegados de polícia, ela não possui caráter vinculativo com o acordo.²⁷

Uma parte da doutrina – equivocadamente – entende que há a possibilidade de a autoridade policial firmar acordos de colaboração premiada, desde que convalidado pelo Ministério Público, a quem legitimamente compete postular ao juiz a aplicação dos benefícios premiais.²⁸ Propostas como essas, tendentes a conferir uma ratificação posterior do Órgão Ministerial, embora busquem preservar a condição de parte processual conferida ao *Parquet*, dado que à autoridade policial carece de capacidade postulatória, por si só não possuem compatibilidade com o texto constitucional.

²⁵ FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. *Criminalidade organizada*. Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014. p. 126.

²⁶ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro* – I. Rio de Janeiro: Revan, 2003. Em especial p. 157-162.

²⁷ A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, no dia 30 de outubro de 2012, quando da análise do projeto que culminou na lei em comento (Lei 12.850/13), em relatório do deputado federal Vieira Cunha, relatou a substituição da expressão “concordância” por “manifestação do Ministério Público” no § 2º do art. 4º da Lei 12.850/13, que trata do perdão judicial ao colaborador, sob o fundamento de que “o papel de concordar ou não cabe ao Magistrado. A argumentação utilizada pela Comissão é falha, pois deve sim haver concordância pelo membro do Ministério Público com os termos do acordo celebrado entre autoridade policial e colaborador, e não um mero parecer sem caráter vinculativo do Parquet. Aliás, o Ministério Público é o titular da ação penal, e por tal motivo sua manifestação pela concordância ou não do acordo vincula o juiz. **De todo modo, resta evidente que o legislador pretendeu tornar não vinculante a “manifestação” do Ministério Público sobre o acordo, o que seria incompatível com a ordem constitucional.** Grifos nossos. (GOMES, Flávio Luiz; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador – BA: Juspodvm, 2015. p. 300-301).

²⁸ “(...) embora temerária ausência de prévio contato com o colaborador e seu defensor, nada impede que, concordando com os termos do acordo, o representante do órgão responsável pelo *jus persequendi in judicio* ratifique a proposta formulada pela autoridade policial”. SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas*. Aspectos penais e processuais da Lei Nº 12.850/2013. São Paulo: Atlas, 2015. p. 60-62.

Portanto, ou bem se admite a inconstitucionalidade de tais normas, ou, se for aceitar a validade da atuação policial na colaboração premiada, que esteja ela condicionada à participação do Ministério Público, sendo suas manifestações de caráter vinculante e favorável como condição de procedibilidade, caso em que, naturalmente, terá como parte legítima o *parquet* e não o delegado de polícia.²⁹

As justificativas apresentadas não o querem, e em nada diminuem o importante papel da autoridade policial e seus agentes, os quais são de suma importância no sistema democrático, que visa à proteção da sociedade e do Estado de Direito. Mas, para o bem, os motivos aqui expostos sucintamente buscam compatibilizar a Lei de Organizações Criminosas com o preceito constitucional que incumbe atribuições ao Ministério Público e a Polícia Judiciária, harmonizando sua interpretação com a Constituição.

6.2 Função Investigativa do MP e a Dispensabilidade do Inquérito Policial

A praxe é que a investigação criminal seja de atribuição da Polícia Judiciária, cabendo ao *Parquet* a função precípua de fiscalizar, exercendo assim o controle externo da atividade policial. Contudo, pode a investigação criminal ser realizada pelo Ministério Público, com fundamento na inexistência de monopólio da Polícia Judiciária, pois incabível valer-se do artigo 144, § 1º, inciso IV da Constituição,³⁰ que não se pauta na exclusividade e sim na repartição do que seriam atribuições das polícias civil e federal, cada qual com sua competência.

Para que se possa justificar a legitimidade do órgão ministerial para a investigação criminal, inicialmente destaca-se o artigo 129, IX da Constituição da República, que dispõe ser além das funções expressas, o exercício de outras atribuições que lhe forem conferidas, vinculadas com a sua designação constitucional, verificando assim que o rol de atribuições incumbidas constitucionalmente não é taxativo, cabendo ainda a legislação infraconstitucional dispor acerca dessas atribuições.

Desse modo, constata-se que inexistente qualquer vedação; – pelo contrário, existe, mesmo que de forma implícita, regra permissiva no sentido de conferir a função investigativa ao Ministério Público, desde que vinculada às suas funções. Em se tratando de legislações infraconstitucionais, podemos citar alguns dispositivos legais, como o artigo 8º da Lei Complementar nº 75/93³¹ (Estatuto do Ministério Público da União), que traz previsão legal da atividade investigativa pelo promotor de justiça, não restringindo esta ao âmbito do Direito Civil.

²⁹ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2014. Atualizações sobre a Lei 12.850/2013. Disponível em <<http://zip.net/bnspWh>> ou <<http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao>>.

³⁰ Art. 144 (...) § 1º A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

³¹ Art. 8º – Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: I – notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada; II – requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; IV – requisitar informações e documentos a entidades privadas; V – realizar inspeções e diligências investigatórias; VI – ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio; VII – expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar; VIII – ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública; IX – requisitar o auxílio de força policial.

Dentre vários outros, destaca-se a tese de que se o Ministério Público é o titular da ação penal pública e cabe a ele oferecer a denúncia ou não, qual seria o impedimento para este investigar? Ora, a investigação criminal é menos abrangente que a ação penal, sendo o seu oferecimento um instituto que absorveria o da própria investigação.³²

Destaca-se ainda que o art. 4º do Código Processual Penal³³ confere a possibilidade de atuação do Ministério Público na fase investigativa, dispondo que a competência da polícia judiciária não excluirá a de outras autoridades que a lei incumbir da mesma função, ou seja a do órgão ministerial.

Outro dispositivo legal que vem a ratificar tal legitimidade em prol do Ministério Público é o 85º do art. 39 do diploma processual penal, aduzindo expressamente que “o órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de 15 (quinze) dias”. Logo, depreende-se que o inquérito policial realizado no âmbito da polícia judiciária é dispensável quando o Ministério Público obtiver elementos que fundamentem sua *opinio delicti*.

Arrematando a possibilidade de o Ministério Público ter legitimidade para atuar na investigação criminal, traz-se à colação o julgamento enfrentado em 2009 pelo Supremo Tribunal Federal, no momento que avaliou o *Habeas Corpus* nº 91.661; no *HC* impetrado, o acusado buscava trancar a ação penal argumentando que as investigações conduzidas pelo Ministério Público não eram legítimas e que haveria a impossibilidade de o mesmo órgão investigar e posteriormente oferecer denúncia. Contudo, a decisão do Supremo foi no sentido de permitir que o órgão ministerial, por meio de seus membros, atue de maneira combativa na investigação.³⁴

³² Em termos práticos, a Teoria dos Poderes Implícitos, também chamada de “*implied powers*”, nada mais seria do que a teorização do velho brocardo latino “*Qui potest maius, potest et minus*”, ou seja, quem pode o mais pode também o menos, criado por Ulpiano. Somando, pois, o brocardo latino “*Qui potest maius, potest et minus*” a essa teoria, e analisando a atual situação constitucional do Ministério Público, à conclusão óbvia chegam seus defensores: se o Ministério Público é o titular da ação penal (o que seria o mais) também poderá ele fazer suas próprias investigações (o que seria o menos), a fim de que possa melhor exercer essa titularidade e se convencer sobre o oferecimento ou não da acusação. (ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua investigação criminal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p.177-178).

³³ Art. 4º – A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Parágrafo único – A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. (Grifos nossos)

³⁴ Corroborando todo o exposto, destaca-se parte do Informativo nº 538 (BRASIL, STF, 2009), originado do referido julgamento: “Ministério Público e Poder Investigatório. Relativamente à possibilidade de o Ministério Público promover procedimento administrativo de cunho investigatório, asseverou-se, não obstante a inexistência de um posicionamento do Pleno do STF a esse respeito, ser perfeitamente possível que o órgão ministerial promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Entendeu-se que tal conduta não significaria retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (artigos 129 e 144), de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos, mas também a formação da *opinio delicti*. Ressaltou-se que o art. 129, I, da CF atribui ao “*Parquet*” a privatividade na promoção da ação penal pública, bem como, a seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. Aduziu-se que é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos poderes implícitos, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Destarte, se a atividade-fim — promoção da ação penal pública — foi outorgada ao “*Parquet*” em foro de privatividade, é inconcebível não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que peças de informação embasem a denúncia. Considerou-se, ainda, que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justificaria a colheita dos depoimentos das vítimas pelo

Portanto, não podemos acatar o discurso de que uma atuação investigativa do Ministério Público na busca de materialidade ou autoria seria ilegal ou ilegítima, pois, como visto, há possibilidade de o órgão ministerial *valer-se dos* meios necessários para que possa basear sua opinião sobre a ilicitude de determinado fato, oferecendo denúncia ou não, conforme seu entendimento.

7 Ilegitimidade de Delegados de Polícia

O art. 4º, §§ 2º e 6º da Lei de Organizações Criminosas, ao atribuírem à autoridade policial legitimidade para negociar e firmar acordos de colaboração premiada com o acusado e seu defensor, e ainda propor diretamente ao magistrado concessão de perdão judicial a investigado ou réu colaborador, acabou por ultrapassar os limites da função institucional da polícia judiciária de investigação criminal.³⁵ Esta, como instituição incumbida da segurança pública (art. 144, §§ 1º e 4º), deve atuar em função do processo e não no processo, como parte.

Nesse ponto, os protestos são no sentido de que conferem a órgão estranho às partes processuais prerrogativas para negociar termos de acordo de colaboração premiada em cujas finalidades incluem-se o não oferecimento de denúncia, concessão de perdão judicial, substituição da pena privativa de liberdade e redução de penas, em total desvio do *jus persequendi in judicio* em ações penais públicas, inserto privativamente na órbita institucional do Ministério Público pela Constituição.³⁶

Em nosso modelo de sistema constitucional e processual penal, apenas o Ministério Público é o titular exclusivo da ação penal pública, motivo pelo qual a autoridade policial não pode – isoladamente – propor e firmar acordos de colaboração premiada com o acusado, dispondo ele próprio do exercício da ação penal ou do próprio direito material punitivo.³⁷

Vê-se que a previsão constante da Lei de Organizações Criminosas, implicitamente ao incluir cláusula de não oferecimento de denúncia, furta às claras a função privativa do Ministério Público de promover,

Ministério Público. Observou-se, outrossim, que, pelo que consta dos autos, a denúncia também fora lastreada em documentos (termos circunstanciados) e em depoimentos prestados por ocasião das audiências preliminares realizadas no juizado especial criminal de origem. Por fim, concluiu-se não haver óbice legal para que o mesmo membro do parquet que tenha tomado conhecimento de fatos em tese delituosos — ainda que por meio de oitiva de testemunhas — ofereça denúncia em relação a eles”.

³⁵ Lembra Bruno Calabrich que a função da polícia judiciária consiste na prática de atos que visam dar apoio material ao Poder Judiciário, trazendo a este provas até então desconhecidas, não se confundindo com sua função de investigar crimes, conquanto ambas possam ser realizadas pelo mesmo órgão policial. (CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Direito de Vitória. 2006. p. 134 e seguintes).

³⁶ Vislumbrando essa inconstitucionalidade, Eugênio Pacelli sustenta a absoluta inconstitucionalidade dos dispositivos, observando que: “Se o sistema processual penal brasileiro sequer admite que a autoridade policial determine o arquivamento de inquérito policial, como seria possível admitir, agora, a capacidade de atuação da referida autoridade (...) não nos parece aceitável a possibilidade de propositura e de formalização de acordo de colaboração pelo delegado de polícia, não se podendo aceitar, então, que o juiz decida por homologação um ajuste com tais características”. (OLIVEIRA, 2014, p. 854-855).

³⁷ Na mesma linha de pensamento, no sentido da inconstitucionalidade dos §§ 2º e 6º do art. 4º da Lei 12.850/2013, que conferiram legitimidade aos delegados de polícia para firmar acordos de colaboração premiada, também assim entendem cientistas jurídicos como Paulo César Busato e Cezar Roberto Bitencourt (2014, p. 122-14), Afrânio Silva Jardim (2015, s.p.), Rodrigo de Grandis (2015, s.p.), Vinicius Gomes de Vasconcellos (2017, p. 89-92), entre outros, bem como os já citados na presente pesquisa.

ou, diga-se de passagem, não promover a ação penal pública, dilacerando o preceito do art. 129, § 2º da Constituição.

7.1 (In) capacidade Postulatória do Delegado de Polícia

À luz do sistema acusatório, doutrinadores renomados passaram a questionar essa ‘legitimidade’ dos delegados de polícia para postular em juízo pelo deferimento de medidas cautelares e a propor e firmar acordos de colaboração, bem como requerer a concessão de perdão judicial ao investigado colaborador, em razão de serem consideradas partes processuais e por carecerem de capacidade postulatória. A esse respeito, formaram-se duas correntes sobre o tema.

Uma primeira corrente, favorável à capacidade postulatória da autoridade policial, se fundamenta em dispositivos infraconstitucionais, como o art. 282, § 2.º do CPP; art. 2.º da Lei 7.960/1989; art. 3.º, I da Lei 9.296/1996; arts. 4.º, § 2.º, e 10 da Lei 12.850/2013, etc. Na doutrina pátria, Eugênio Pacelli é um dos signatários desse pensamento, sob os seguintes argumentos: previsão legal; a polícia não é subordinada ao Ministério Público; dizendo ainda que não se pode falar propriamente em processo cautelar no processo penal, como ocorre no processo civil, tendo-se, em verdade, “providências acauteladoras”.³⁸

De posicionamento antagônico à capacidade postulatória da autoridade policial, a segunda corrente, defendida por Wellington Cabral Saraiva tem uma visão mais constitucionalista, dispondo que “tanto na ação penal de conhecimento quanto na cautelar, é o Ministério Público que deve decidir pela necessidade e adequação da iniciativa probatória, não a polícia judiciária” e, por consequência jurídica, defende que “o polo ativo processual das medidas cautelares deve ser ocupado pelo Ministério Público, não pela polícia judiciária, que não tem capacidade postulatória(...)”.³⁹

Pedra angular da (in) capacidade postulatória, é o sistema acusatório que vela pela presunção de inocência, assegura o contraditório e a ampla defesa e, mais, tem como base fundamental o processo de partes, com separação de funções, no qual inadmite-se a participação do delegado de polícia, além do respeito ao devido processo legal e seus consectários, modelo constitucional no qual o *Parquet* é idealizado como parte legítima a estar no campo processual exercendo o seu múnus acusatório.⁴⁰

Como há vedação ao Judiciário em adotar medidas cautelares de ofício no curso da investigação criminal (art. CPP, 282, § 2.º), é de se presumir que também não poderá fazê-lo com respaldo em representação do delegado de polícia, por constituir essa circunstância “verdadeira hipótese de prisão decretada de ofício”.⁴¹

³⁸ Contudo, o afamado autor reconhece que a lei deveria avançar para que o MP controlasse a investigação, como ocorre em inúmeros ordenamentos (“Em inúmeros ordenamentos, a investigação é controlada pelo Ministério Público, sobretudo por caber a este a formação da *opinio delicti* e a produção da prova em juízo”). Diz, ainda, que a polícia investigativa deveria ser denominada polícia “Ministerial”, e não polícia “Judiciária” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 66-67).

³⁹ SARAIVA, Wellington Cabral. *Legitimidade exclusiva do Ministério Público para o processo cautelar penal*. Garantismo penal integral – questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 163 e 165.

⁴⁰ Nesse sentido, diz Wellington Cabral que “seria incongruente que pudesse haver autores distintos, legitimados para a ação penal condenatória e para a ação cautelar, dado o caráter finalisticamente orientado da segunda, que é processualmente autônoma, mas voltada à preservação da utilidade da ação dita principal” (SARAIVA, op. cit., p. 160).

⁴¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação penal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 793.

Corroborando o exposto e revelando ainda mais a incapacidade postulatória, ilustra-se a hipótese em que, havendo o indeferimento da representação policial, como o delegado de polícia poderá recorrer dessa decisão? A impossibilidade é acertada, pois demonstrada a nítida ilegitimidade de parte e a carência de capacidade postulatória.

Assim, com respeito aos defensores da capacidade postulatória, é manifesta a inadmissão de propositura por parte da autoridade policial, quiçá o deferimento de medidas cautelares sem a imprescindível oitiva e manifestação favorável do Ministério Público,⁴² sobretudo na fase investigativa, sob pena de transgredir o preceito do art. 282, § 2.º do Código de Processo Penal, ou seja, de se configurar verdadeira concessão *ex officio* pelo juiz.

Considerações Finais

Com efeito, é urgente a necessidade de mudanças no sistema jurídico e na aplicação de justiça, com vistas a adequá-lo à delinquência atual e modernizada, notadamente no âmbito da criminalidade organizada, mas o fato é que não se pode permitir que tais disposições – ordinárias, diga-se de passagem – violem a Constituição e o mandamento almejado pelo legislador constituinte.

Destarte, em que pese a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5508/DF ter declarado constitucional os dispositivos objetos de indagação, conclui-se por motivada fundamentação pela absoluta inconstitucionalidade e inviabilidade jurídico-processual de se conferir a delegados de polícia a prerrogativa de propor e firmar diretamente com o investigado acordo de colaboração premiada, bem como a representar por perdão judicial.

No âmbito dos debates, é possível extrair que os ministros sugeriram soluções jurídicas, em sua maioria, com elementos coincidentes às críticas já apontadas. Nesse prisma, e demonstrando a coincidente linha de pensamento esposada neste trabalho, colaciona-se trecho do voto da ministra Rosa Weber, compartilhado pelos demais Ministros, observando especificamente que há pelo menos dois pontos uniformes entre a maioria, conforme segue:

(...) o Ministério Público tem titularidade plena para fazer o acordo de colaboração e garantir sua apreciação judicial; (...) (...) a polícia pode eventualmente receber proposta de colaboração, mas não tem aptidão para sua conclusão quando envolver a pretensão penal, ocasião em que contaria com o Ministério Público.

Do ponto, entende-se admissível que o delegado de polícia possa atuar como um órgão mediador entre o pretense colaborador e o Ministério Público, estes sim, partes regularmente processuais, legítimas celebrantes do acordo negocial. Além do mais, possível que o delegado de polícia exerça função orientadora ao acusado, sobre o deslinde processual, indicando os possíveis benefícios decorrentes de uma eventual colaboração. Contudo, de forma alguma admite-se um atuar isolado, sem a participação e manifestação favorável do Ministério Público em todas as fases do acordo de cooperação.

Extraem-se ainda diversos tópicos no âmbito do julgamento da ADI 5508/DF que são compartilhados por vários ministros, favorecendo a construção de argumentos que consubstanciam a síntese aderida

⁴² v.g., arts. 4.º, § 2.º, e 10, § 1.º, ambos da Lei 12.850/2013 (Lei de Organizações Criminosas)

neste trabalho. Destacam-se por ora os seguintes elementos do Memorial da Procuradoria Geral apresentado na ADI 5508/DF, apresentados no dia 19 de junho de 2018:

- a) a colaboração com a participação da polícia judiciária cinge-se à fase do inquérito policial. Com o processo penal instaurado, não cabe dela cogitar. Seguem o entendimento, os Ministros: Rosa Weber, Marco Aurélio, Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux e Dias Toffoli;
- b) a polícia judiciária não tem capacidade postulatória, mas atribuição de representação para a coleta dos meios de prova com repercussão em sede judicial, assim como ocorre com medidas cautelares em geral. Seguem o ponto os ministros: Rosa Weber, Marco Aurélio, Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux e Dias Toffoli;
- c) as propostas de acordo em sede policial ensejam a prévia manifestação do Ministério Público antes da apreciação judicial, medida que preserva o controle externo da atividade policial. Seguem o ponto os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli e Alexandre de Moraes. (Grifos nossos)

A partir desses trechos, extrai-se que durante o debate diversos foram os pontos favoráveis à titularidade plena do Ministério Público para a propositura de acordos de colaboração, e de forma pacífica obteve consenso da maioria dos ministros. É possível ainda observar a incongruência do esposado e a decisão proferida no acórdão, quando declarou constitucional os §§ 2º e 6º do Art. 4º da Lei de Organizações Criminosas.

Portanto, após a apreciação dos votos proferidos na ADI 5508/DF e no que foi decidido em julgamento final, mantém-se o entendimento de maneira oposta ao Supremo, fundamentando tal entendimento em duas premissas fundamentais: a um, o Ministério Público tem titularidade exclusiva para propositura de acordos de colaboração premiada, por ser órgão competente para postular direitos em juízo e garantir sua apreciação judicial, sendo esta a base do sistema acusatório fundamentado no artigo 129, inciso I da Constituição Federal; a dois, porque delegados de polícia não são partes e carecem de capacidade postulatória, ou seja, não têm aptidão para celebração e muito menos podem adentrar na *persecutio criminis in judicio*, por ser esta de atuação exclusiva da instituição ministerial.

Referências

- BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organizações Criminosas: Lei 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GRANDIS, Rodrigo de. *A inconstitucional participação de delegados de polícia nos acordos de colaboração premiada*. Disponível em:
< <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/rodrigo-de-grandis-a-inconstitucional-participacao-de-delegados-de-policia-nos-acordos-de-delacao-premiada-05052015> >.
- JARDIM, Afrânio Silva. Poder Judiciário não deve ser refém de acordos de delação premiada do MP. *Consultor jurídico*, disponível em < <http://zip.net/bssXtt> > ou < <http://www.conjur.com.br/2015-out-18/afranio-jardim-judiciario-nao-refem-acordos-delacao-premiada> >.
- MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. *Crime organizado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2017.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento – aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado*. 2. ed. Juruá, 2014.

SOUZA, José Alberto Sartório de. Plea bargaining: modelo de aplicação do princípio da disponibilidade. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, fasc. 2. Belo Horizonte, p. 264, dez. /1998.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Informativo 870 do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo870.htm#Homologa%C3%A7%C3%A3o%20de%20acordo%20de%20colabora%C3%A7%C3%A3o%20premiada%20e%20limites%20de%20atua%C3%A7%C3%A3o%20do%20relator>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI 5508/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. 20 jun. 2018.



A GESTÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL: A ATIVIDADE SUBSIDIÁRIA DO JUIZ

THE MANAGEMENT OF PROOF IN CRIMINAL PROCEDURE: THE SUBSIDIARY ACTIVITY OF THE JUDGE

TEODOMIRO NORONHA CARDOZO

Doutor em Direito Penal pela UFPE. Mestre em Direito pela UFPE. Especialista em Direito Público e Privado pela UFPE. Especialista em Ciências Criminais pela UFPE. Coursou a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Bacharel em Direito pela UFPE. Coordenador científico e Professor da Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco, da Faculdade Damas da Instrução Cristã e da Universidade Católica de Pernambuco. Juiz de Direito.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1301-8624>
E-mail: teodomiro80@hotmail.com

RESUMO: Este artigo tem o escopo de analisar a gestão da prova na reforma do Código de Processo Penal, a presença do Ministério Público em audiência, e a atividade subsidiária do juiz em face do princípio da iniciativa da prova pela parte na visão dialética do devido processo legal.

PALAVRAS-CHAVE: Gestão da prova. Atividade subsidiária do juiz. Reforma do processo penal.

ABSTRACT: This article has the scope to analyze the management of proof on the reform of the Code of Criminal Procedure, the presence of the public prosecutor in the hearing, and the judge's subsidiary activity in the face of the principle of proof by the initiative of the dialectical view of due process.

KEYWORDS: Management of proof. The subsidiary activity of the Judge. Reform of criminal procedure.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O devido processo legal na dialética do processo penal. 3 O dogma da verdade real. 4 O princípio da liberdade das provas pelo juiz. 5 A gestão da prova na reforma do Código de Processo Penal. 6 Conclusões.

1 Introdução

O presente ensaio busca, dialeticamente, compreender a gestão da prova no processo penal, fruto da reforma de 2008 em que o legislador reformista, privilegiando o princípio do contraditório, trouxe para o rito do processo penal a atividade subsidiária do juiz, como corolário de sua imparcialidade, como gestor e não mais como presidente da instrução da prova, mantendo-se ele equidistante do debate travado pelas partes. Não só isso. O presente opúsculo também trata da interpretação do art. 212, parágrafo único, do Código de Processo Penal; e analisa a possibilidade de o juiz conduzir a audiência sem a presença do órgão do Ministério Público, como fiscal do ordenamento jurídico, a partir da atividade sanatória do juiz, para garantia do devido processo legal: defesa ampla, contraditório e prova lícita.

2 O devido processo legal na dialética do processo penal

O legislador constituinte, ao estabelecer o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição da República), deslocou para a acusação toda a carga probatória no escopo da imputação

de um fato típico, antijurídico e culpável. Todavia, essa afirmação não isenta a parte de provar as alegações que fizer: *onus probandi incumbit ei qui asserit*.¹

A distribuição do ônus probatório, a partir de uma visão dialética do processo, deve privilegiar a paridade de armas em homenagem ao princípio constitucional do contraditório (par *conditio*). Sob a égide da atual sistemática do processo penal, pelo método teleológico, transfere-se todo o ônus da prova para a acusação, a quem cabe provar a existência do crime e a respectiva autoria.² Na afirmação de Manzini, seria um “*absurdo lógico*” e uma *manifesta iniquidade* fazer-se prova negativa visando à demonstração da inculpabilidade.³

Com efeito, a acusação deve ser restrita, para possibilitar a ampla defesa que, por ser tão importante, alberga no seu bojo a autodefesa: direito de audiência e direito de presença. O primeiro, é o de produzir prova em audiência pelo próprio acusado, por ocasião do seu interrogatório (autodefesa e meio de prova). O segundo, corresponde ao direito de comparecer a juízo, a partir da conveniência e oportunidade, porquanto o acusado pode invocar o direito constitucional ao silêncio ainda que compareça a juízo, já que ele não está obrigado a produzir prova contra si próprio: *nemo tenetur se detegere*.

Sem embargo, o direito à defesa técnica, de natureza indisponível e irrenunciável, é aquele exercido por um profissional habilitado, em face da garantia constitucional do devido processo legal: ampla defesa e contraditório, não apenas formal, de modo que o advogado deve estar regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil e também ser intimado para todos os atos do processo.

No que tange ao interrogatório, a partir da vigência da Lei 10.792/2003, o acusado e seu advogado devem ser intimados, inclusive da data do interrogatório de outro coacusado, porquanto, se assim não for, os elementos de prova colhidos não poderão embasar uma condenação, haja vista a violação ao princípio do devido processo legal.

3 O dogma da verdade real

Na sua gênese, a prova judiciária tem por objetivo a reconstrução dos fatos trazidos ao debate entre as partes no processo, como metodologia utilizada na busca da verdade material. Enfatize-se que o dogma da verdade real não é e nunca foi compatível com a natureza do processo. Hodiernamente, grandes estudiosos do pensamento filosófico não adotam mais a existência de uma verdade de outrora como correspondência à realidade. O pragmatismo, orientação filosófica dos Estados Unidos da América, defende a construção de uma filosofia sem essência, procedimentalista, sem preocupação da verdade como correspondência e ou coerentismo. *A fortiori*, para o pragmatismo, a verdade deve brotar de argumentos racionais.

Richard Rorty afirma que para os procedimentos serem justificados, racionalmente têm de conduzir à verdade, à *correspondência com a realidade, à natureza intrínseca das coisas*.⁴

Ensina Malatesta que a noção de certeza consiste em um estado da alma e só com isso determina-se o sujeito. Se a certeza tem uma natureza subjetiva, o sujeito natural não é e não pode ser senão a alma

¹ Pela redação do art. 156 do Código de Processo Penal o ônus da prova é bilateral e, portanto, cabe a quem alega.

² OLIVEIRA, 2008, p. 287.

³ 3 MANZINI, 1952, p. 200.

do julgador. “Em virtude de uma simples dedução, poder-se-á obter sem necessidade de qualquer outra indagação, sob o ponto de vista da racionalidade”.^{4a}

Santo Agostinho e São Tomás de Aquino⁵ buscavam compreender a verdade como correspondência da coisa com a ideia que o objeto representava; todavia, a ideia da coisa está no intelecto e a verdade não está nas coisas, senão na correspondência: coisa-intelecto. A distinção que a filosofia clássica faz entre verdade e verdadeiro tem sempre um sentido objetivo: *o verdadeiro é o que é – o falso é o que não é*. “Assim, há uma identidade do verdadeiro com o ser (*sein*), enquanto que a verdade não é uma coisa (*sache*), mas consiste em pensar a essência das coisas como de fato elas são”.⁶

A certeza da existência de fatos investigados brota da coincidência das circunstâncias que se sucedem na realidade, porquanto, para Mittermaier,⁷ a verdade decorre da concordância entre um fato da realidade e a ideia do aludido fato, plasmada na nossa consciência, em uma relação sujeito-objeto da filosofia essencialista.

A prova judiciária tem por objetivo definido trazer ao processo a reconstrução dos fatos, buscando-se a maior coincidência possível com a reprodução da realidade histórica, ou seja, com a verdade dos fatos na relação espaço-tempo. Essa tarefa é certamente das mais difíceis no processo penal.⁸

Para julgar o litígio, o juiz deve conhecer a existência do fato sobre o qual versa a lide, que, segundo Carnelluti,⁹ é o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita. Por isso, às partes incumbe, com a produção da prova, convencer o juiz de que os fatos realmente existiram, ou não; é o juiz quem vai dizer (*iuris dictio*) se o acusado é culpado ou inocente.

O dogma da verdade real, que até bem pouco tempo tinha a incumbência de legitimar excessos e desvios de autoridades públicas, além de macular o processo penal e a própria verdade processual, atendia muito mais a um sistema inquisitivo do que acusatório, em que o princípio da igualdade, como corolário da dignidade humana, sob o manto da legalidade, passou a permitir a existência do devido processo legal como corolário da amplitude de defesa, do contraditório e da licitude da prova.

4 O princípio da liberdade das provas pelo juiz

O art. 155 do Código de Processo Penal, pela lente do legislador reformista, dispõe, *verbis*:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

⁴ 4 RORTY, 1997, p. 39.

^{4a} MALATESTA, 1996, p. 43.

⁵ 5 CARDOZO, 2005, p. 567-582.

⁶ 6 ALVES, 2003, pp. 325-327.

⁷ 7 MITTERMEIER, 2004, p.79.

⁸ 8 OLIVEIRA, 2008, p. 281.

⁹ 9 CARNELUTTI, 1999, p. 78.

Com efeito, no âmbito do processo, máxime penal, vige o princípio da liberdade das provas pelo julgador, como corolário do princípio da livre convicção ou persuasão racional da prova, que obriga o juiz a examinar todos os pontos relevantes.¹⁰¹⁰

Mutatis mutandis, a reforma do processo penal, relativa à prova – Lei 11.690/2008, estabelece que o acusado não pode ser condenado exclusivamente com base na prova indiciária produzida na fase extrajudicial, sem o crivo do contraditório, que só ocorre em juízo. Não obstante, pode haver absolvição sumária com base unicamente na prova indiciária.

En passant, no sistema legal de produção de prova, vigora o princípio da relativização ou não hierarquização, sendo que o valor e a credibilidade dos elementos de prova serão sopesados pelo juiz em uma mesma escala valorativa, não ficando a depender, segundo o magistério de Frederico Marques, de critérios legais *a priori* discriminados.¹¹¹¹

Deduz-se, então, que o princípio do convencimento livre decorre do princípio da reserva da função jurisdicional afeta ao juiz, como resultado da garantia da liberdade de avaliação da prova (mitigada), fundada a convicção sobre a qualificação jurídica da infração penal e arbitramento motivado da correspondente sanção penal.¹²¹²

Malgrado os pontos da reforma, contudo, o juiz continua a ser o destinatário da prova e a finalidade não é outra senão a de produzir a convicção ou persuasão do juiz.¹³¹³

A exegese do art. 156, inciso I, do Código de Processo Penal permite ao juiz, na fase pré-processual, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes, observado o princípio da proporcionalidade; e o inciso II prevê a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

A redação do inciso I, com interpretação restritiva, outorga ao julgador antecipar, cautelarmente *ad perpetuam rei memoria* prova considerada urgente e relevante.

A ressalva ao inciso II, feita pelo legislador reformista, radica que o juiz somente em casos excepcionais deve deliberar a produção da prova de ofício. Assim, o campo de atuação do juiz, na área da pesquisa probatória, deve ser por ele próprio delimitado, no escopo de resguardar a sua imparcialidade.¹⁴¹⁴

Nesse diapasão, requer-se uma atuação sensível do juiz para evitar a quebra da imparcialidade, como adverte Tourinho Filho,¹⁵¹⁵ *verbis*:

Ademais, o juiz que desce do seu pedestal de órgão superpartes e destas equidistante, para proceder à pesquisa e colheita do material probatório, compromete, em muito, a sua imparcialidade e “no se comporta funcionalmente como autêntico órgão jurisdicional”.

¹⁰ 10 MITTERMAIER, 2004, p. 61.

¹¹ 11 MARQUES, 2000, p. 358.

¹² 12 PRADO, 2001, p. 156-157.

¹³ 13 MELENDO, 1978, p. 39.

¹⁴ 14 TOURINHO FILHO, 2009, p. 248.

¹⁵ 15 *Ibidem*.

5 A gestão da prova na reforma do Código de Processo Penal

Na novel sistemática da gestão da prova, de iniciativa das partes, a teor do art. 212 do referido Diploma Processual Penal, que trouxe para o âmbito do processo penal o *cross examination* do sistema *common law*, a função do magistrado passa a ser subsidiária e somente sobre os pontos não esclarecidos pelas partes é que o juiz está autorizado a complementar a prova, como estabelece o parágrafo único, do aludido art. 212.

No exercício da função subsidiária da prova, o julgador está jungido à delimitação dos fatos que as partes pretendem provar. Assim, a ele cabe somente realizar diligências para dissipar dúvida se esta já estiver delimitada pelo debate travado pelas partes, devendo o juiz ser parcimonioso para esperar o requerimento das partes. Se porventura a dúvida não for objeto da controvérsia, quer-me parecer que ao juiz, na sua atividade probatória complementar, não cabe buscar uma prova nova fora dos autos.

Nesse sentido, bastante elucidativa é a opinião de Melendo,¹⁶ *ipsis litteris*:

[...] a função do juiz não é averiguar; essa função é das partes, porém não ao julgador; ao juiz pode ser necessário aclarar, clarificar algum aspecto do que já está discutido, porém nunca ir à busca dessa verdade que devem as partes procurar trazê-la.

A fortiori ratione, a atividade probatória complementar do juiz não significa dizer que o princípio do livre convencimento foi derogado, simplesmente pela iniciativa probatória das partes. Se essa assertiva fosse verdadeira, estar-se-ia diante de um paroxismo, de consequências danosas para a administração da justiça, posto que haveria dificuldade para o exercício da atividade probatória (complementar) do juiz, porquanto ele não pode ser considerado um “*convidado de pedra*” ou mero espectador da luta das partes.

Reafirma-se que o art. 212, parágrafo único, do CPP não dá margem à dúvida de que a gestão da prova, outrora centrada na pessoa do juiz, em decorrência do sistema presidencialista, transferiu a iniciativa probatória para o campo de atividade das partes, mantendo o juiz equidistante da primazia da prova.

Não se discute, apesar disso, que a prova colhida nos autos pelas partes destina-se ao juiz para formação do livre convencimento. Todavia, o juiz não pode substituir as partes; se pudesse, ele seria parte, não juiz. Assim, a gestão da prova, de iniciativa das partes, não nega vigência ao comando normativo insculpido no art. 156 do CPP.

No *adversary system*, ou sistema de partes, modelo típico do *common law*, a atividade do juiz é restrita à verificação da legalidade da produção, introdução e valoração da prova. Nos Estados Unidos da América, há dois modelos distintos de jurisdição: um de competência dos jurados e outro de competência do juiz singular. No primeiro sistema, a atividade do juiz circunscreve-se ao controle da legalidade da prova; no segundo, a solução da causa cabe unicamente ao juiz; e a este cumpre a determinação de esclarecer pontos controvertidos.¹⁷

¹⁶ MELENDO, 1978, p.11.

¹⁷ OLIVEIRA, 2008, p. 380. Para Magalhães. “O modelo ‘*adversary*’, inicialmente desenvolvido na Inglaterra e depois recepcionado pelas colônias americanas, defere a iniciativa da prova às partes litigantes, a quem incumbe a obter, selecionar e apresentar a prova ao júri, para convencer os jurados sobre a existência dos fatos que fundamentam as

Máxime, o intuito do legislador da reforma processual de 2008 ao importar o *adversary system* para o âmbito do processo penal brasileiro foi o de tornar eficiente a colheita da prova oral. No sistema presidencialista anterior, o magistrado, ao refazer uma pergunta a uma testemunha, poderia alterá-la até mesmo involuntariamente e, com isso, causar prejuízo às partes.¹⁸

Não obstante, no Excelso Pretório, é pacífica a jurisprudência que só admite nulidade pela inversão da ordem fixada no art. 212 do CPP, para formulação de perguntas, quando demonstrado prejuízo pela parte:

Ementa: Habeas Corpus. Processual Pena. Audiência de Instrução. Inversão da Ordem de Inquirição das Testemunhas. Artigo 212 do Código de Processo Penal. Arguição de Nulidade. Prejuízo. Demonstração. Ausência. Ordem Denegada. I – Não é de se acolher a alegação de nulidade em razão da não observância do procedimento de formulação de perguntas às testemunhas, estabelecida no art. 212 do CPP, com redação conferida pela Lei 11.689/2008. Isso porque a defesa não se desincumbiu do ônus de demonstrar o prejuízo decorrente da inversão da ordem de inquirição das testemunhas. II – Esta corte vem assentando que a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que “o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades *pás de nullitè sans grief* compreende absolutas” (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). Precedentes. III – O acórdão ora questionado está em perfeita consonância com decisões de ambas as turmas desta Corte no sentido de que a inobservância do procedimento previsto no art. 212 do CPP pode gerar, quando muito, nulidade relativa, cujo reconhecimento não prescinde da demonstração do prejuízo para a parte que a suscita. IV – Ordem denegada”. (HC 117102/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

Last but not least, em acórdão por arguição semelhante, a Min. Carmen Lúcia, do STF, deixou assentado que “[...] O princípio do *pás de nullitè sans grief* exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício” (HC 103525/PE).

Pacelli afirma que o legislador reformista adotou o modelo acusatório do processo penal, no qual o juiz deve assumir uma posição de neutralidade na produção da prova, evitando o risco de o magistrado substituir o órgão da acusação. Dessa maneira, as partes começam a inquirição de testemunhas e o juiz, se necessário, a complementa.¹⁹

6 Conclusões

Em síntese conclusa: (i) o dogma da verdade real não é compatível com o processo penal; (ii) o juiz não pode substituir as partes na produção de prova; (iii) o juiz não pode realizar audiência sem a presença do representante do Ministério Público – fiscal da ordem jurídica –, a quem incumbe provar a acusação, assegurados ao acusado a ampla defesa, o contraditório e prova lícita e (iv) de acordo com metodologia da gestão da prova, novidade da reforma de 2008, as testemunhas devem ser inquiridas na forma preconizada pelo art. 212, parágrafo único, do CPP, em face do princípio acusatório.

pretensões deduzidas em juízo. Aqui o juiz desempenha a função de moderador e, raramente, convoca testemunhas para serem interrogadas”. GOMES FILHO, 1997, p.59.

¹⁸ MENDONÇA, 2008, p. 196.

¹⁹ OLIVEIRA, 2008, p. 287.

7 Referências

- ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica, pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 325-327.
- CARDOZO, Teodomiro Noronha. Verdade e pragmatismo: o conceito de verdade de Richard Rorty. *Revista da Esmape*. v.10, n. 21, p. 567-582, janeiro a junho 2005. ISSN1415-112X,.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução Adrian Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução de Paolo Capitanio. 3. ed. Campinas, São Paulo: Brokseller, 1996.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho processual penal*. Tradución de Santiago Sanctis Melendo y Mariano Ayerra Redín. Tomo III. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas, São Paulo: Millennium, 2000.
- MELENDO, S. Sentis. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1978. p. 39. Tradução livre de Teodomiro Noronha Cardozo.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do código de processo penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008.
- MITTERMEIER, C.JA. *Tratado da prova em matéria criminal*. Tradução da 3. ed. 1848: Herbert Wüntzel Heinrich. 4. ed. Campinas: Brookseller, 2004.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 10. ed., atualizada de acordo com a reforma processual penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- RORTY, Richard. *Objetividade, relativismo e verdade: escritos filosóficos I*. Tradução Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. v. III. 31. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.



MECANISMOS CONTRA LA CORRUPCIÓN Y PARA LA EFICIENCIA AL EFECTO DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y AYUDA OFICIAL AL DESARROLLO: EL CASO ESPAÑOL

PROCEDURES AGAINST CORRUPTION AND FOR EFFICIENCY IN INTERNATIONAL COOPERATION AND OFFICIAL DEVELOPMENT ASSISTANCE: THE SPANISH CASE

PEDRO GARRIDO RODRÍGUEZ¹

El Prof. Dr. D. Pedro Garrido Rodríguez, Doctor por la Universidad de Salamanca, es docente de los Programas de Posdoctorado de Derechos Humanos DHPCE y GDHDS de la Universidad de Salamanca y de los Programas de Posdoctorado EIPPPD y EIPPS de la Universidade Portuguesa, Oporto. Es miembro investigador del Seminario Internacional de Historia Contemporánea de los Derechos Humanos de la Universidad de Salamanca, del Instituto Jurídico Português, de la Universidade Portuguesa Infante Dom Henrique (Oporto), del Instituto Complutense de Estudios Jurídicos y Críticos de la Universidad Complutense de Madrid y de los grupos: Grupo de Investigación Internacional sobre Corrupción y Derechos Humanos (GIICDH), Human Rights and Constitutional Challenges y Cultura, Direito & Sociedade, de la Universidade Federal do Maranhão (UFMA, São Luis do Maranhão, Brasil), Grupo de Pesquisa Políticas e Epistemes da Cidadania, de la Universidade Salvador (UNIFACS, Salvador de Bahía, Brasil) y Crimmigration Control International Net of Studies, entre otros. Sus líneas de investigación son los Derechos Humanos, la inmigración y la diversidad cultural, las políticas sociales y la diplomacia y las relaciones internacionales. Ha publicado sobre estas materias diversas monografías.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8154-6627>

E-mail: pegarro@usal.es

RESUMEN: La corrupción es uno de los grandes problemas que amenazan el bienestar de la sociedad. En los últimos años, han sido conocidos múltiples y muy significativos casos de corrupción, tanto a nivel internacional como en España. El ámbito de la Cooperación Internacional y la Ayuda Oficial al Desarrollo, pese a la nobleza de su razón de ser, no escapa, sin embargo, al ataque de las prácticas corruptas. En este artículo, se emplean las metodologías de interacción de variables y análisis descriptivo y funcional para estudiar cómo afecta la corrupción a la Cooperación Internacional y la Ayuda Oficial al Desarrollo en España y analizar los mecanismos desarrollados para evitarla. Asimismo, se estudian una serie de prácticas, que sin ser jurídicamente corrupción, desnaturalizan el concepto, restan eficiencia y deben ser corregidas.

PALABRAS clave: Corrupción y Derechos Humanos; Cooperación Internacional; Ayuda Oficial al Desarrollo; Transparencia; Rendición de cuentas.

ABSTRACT: Corruption is one of the biggest issues that threaten the health and welfare of society. In the last years, have been known many and meaningful cases of corruption, in the World and in Spain. International Cooperation and Official Development Assistance, in spite of its nobility, it isn't free from corruption. This article includes the methodologies of interaction of variable and descriptive and functional analysis

¹ Es autor del libro: GARRIDO RODRÍGUEZ, Pedro (2014): *Inmigración y diversidad cultural en España. Su gestión desde la bonanza económica a la crisis*. Ed. Fundamentos. Madrid. Ha codirigido: PANDO BALLESTEROS, M^a Paz; MUÑOZ RAMÍREZ, Alicia y GARRIDO RODRÍGUEZ, Pedro (dirs. y eds.) (2016): *Pasado y Presente de los Derechos Humanos. Mirando al Futuro*. Editorial Los Libros de la Catarata. Madrid y recientemente PANDO BALLESTEROS, M^a Paz; GARRIDO RODRÍGUEZ, Pedro y MUÑOZ RAMÍREZ, Alicia (Eds.) (2018): *El cincuentenario de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU. Homenaje a la Profesora M^a. Esther Martínez Quinteiro*. Ediciones Universidad de Salamanca, Colección Aquilafuente, N^o 243, Salamanca, 2018.

in order to study how corruption affects to International Cooperation and Official Development Assistance in Spain and analyze the procedures created to avoid it. Also, are studied many practices which, there are not could be named corruption properly, but desnaturalize the concept, diminish efficiency and must be corrected.

KEYWORDS: Corruption and Human Rights; International Cooperation; Official Development Assistance; Transparency; Accountability.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Contexto español. 3. Referente internacional y europeo. 4. Mecanismos contra la corrupción en España. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía y fuentes. 1. Introducción.

Cada vez que abordamos fenómenos de gran complejidad, como es el caso de la corrupción, el primer reto de obligado cumplimiento al que nos enfrentamos es el de conceptualizarlo correctamente e inequívocamente. El análisis científico en las ciencias sociales y humanas requiere hacerlo con rigor desde el primer momento para evitar confusiones y asegurar que el mensaje emitido pueda ser comprendido en su totalidad sin interferencias, descontextualizaciones ni cambios de sentido. Dentro de todas las definiciones de la palabra corrupción, se recoge aquí la emitida por Naciones Unidas². Este será el concepto manejado en todo el artículo. Para la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC)³:

El concepto de corrupción es amplio. Incluye soborno, fraude, apropiación indebida u otras formas de desviación de recursos por un funcionario público, pero no es limitado a ello. La corrupción también puede ocurrir en los casos de nepotismo, extorsión, tráfico de influencias, uso indebido de información privilegiada para fines personales y la compra y venta de las decisiones judiciales, entre varias otras prácticas.

La Cooperación Internacional y la Ayuda Oficial al Desarrollo (AOD) son materias muy sensibles y de gran relevancia en la Sociedad Internacional. Tanto a nivel supranacional como a nivel nacional. En el caso de España, se integran a nivel estatal dentro del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. A su vez, las Comunidades Autónomas también tienen sus propios fondos y políticas de cooperación. En los últimos años, ha habido numerosos casos de corrupción, que han afectado a las principales formaciones políticas, a las élites económicas y empresariales y que socialmente han provocado una crisis de credibilidad profunda y sin precedentes. En el ámbito de la Cooperación, se suman a ello los escándalos

² La Real Academia Española define corrupción como: *En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores.* Disponible en línea: <https://dle.rae.es/?id=B0dY4I3> [11/05/2019].

Transparencia Internacional, ONG contra la corrupción de alcance universal que aglutina una gran coalición mundial en la que están representados sociedad civil, empresas y gobiernos de todo el mundo, define la corrupción como el *abuso de poder en beneficio propio* y distingue entre tres tipos. El primero es la corrupción a gran escala, es decir, *actos cometidos en los niveles más altos del gobierno que involucran la distorsión de políticas o de funciones centrales del Estado, y que permiten a los líderes beneficiarse a expensas del bien común.* La segunda categoría es la de los actos de corrupción menores o soborno, que consistirían en un *ofrecimiento, promesa, entrega, aceptación o exigencia de un incentivo para realizar una acción ilícita, antiética o que supone abuso de confianza. Los incentivos pueden consistir en obsequios, préstamos, comisiones, recompensas u otras ventajas (impuestos, servicios, donaciones, etc.).* Por último, estaría la corrupción política, que se manifestaría en la *manipulación de políticas, instituciones y normas de procedimiento en la asignación de recursos y financiamiento por parte de los responsables de las decisiones políticas, quienes se abusan de su posición para conservar su poder, estatus y patrimonio.* Sobre ello, véase: TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Guía de lenguaje claro sobre la lucha contra la corrupción*, Berlín (Alemania), Transparency International, 2009.

³ Accesible en el portal Web de la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/es/corruptcao/index.html> [11/05/2019].

de corrupción en los que se han visto involucradas a nivel internacional algunas de las ONG, instituciones públicas y organismos que se presuponen más solventes y con procesos internos *a priori* bien transparentes y que, sin embargo, no han conseguido evitarlos.

2. Contexto español.

En España, existen casos importantes. En el pasado mes de abril de 2019 se iniciaba el juicio por el llamado “Caso Blasco”. El ex consejero de Solidaridad y Ciudadanía de la Comunidad Valenciana, Rafael Blasco⁴, se enfrenta a 16 años de prisión por irregularidades en los fondos a 23 proyectos de cooperación con diez países empobrecidos y en la construcción de un hospital en Haití, tras el desastre natural que asoló el país americano⁵, que finalmente no llegó a efectuarse. El fraude, ocurrido entre los años 2009 y 2011, ascendería a los al menos cuatro millones y medio de euros y afectaría a otras 23 personas más, entre las cuales está también el ex Director general de Inmigración y Cooperación, acusadas de participar en la sustracción de los fondos⁶.

En mayo de 2018, la Unidad de Delincuencia Económica y Fiscal (UDEF) detuvo a 29 personas, entre las que se encontraba el ex presidente de la Diputación de Barcelona, Salvador Esteve, por un presunto fraude de más de dos millones de euros de Cooperación y Ayuda al Desarrollo, que se desviaron a entidades afines a Convergència Democràtica de Catalunya (CDC) y al impulso del proceso separatista y el referéndum del 1 de octubre de 2017⁷. Tras una investigación policial de año y medio, la UDEF acreditó que se produjo malversación en 28 subvenciones de la Diputación de Barcelona, que se deberían haber dirigido a costear proyectos de ayuda al desarrollo entre otros países en Costa Rica, Brasil, Panamá, Honduras y Colombia. Los proyectos abarcaban un amplio abanico de actuaciones que en su mayor parte no se llevaron a cabo finalmente como la creación de infraestructuras, programas sociales o programas educativos. Como en el caso valenciano, la trama operaba con una amplia red de colaboradores entre los que estaban empresas afines que recibían los pagos, políticos que estipulaban la ruta que debían seguir los fondos y miembros de la administración que permitían, cuando no formaban parte activa del fraude.

El periodista Javier Caraballo publica en El Confidencial “Fondos de cooperación, la ¿última? corrupción andaluza”⁸. En su artículo, denuncia la falta de control, seguimiento, transparencia y de los mecanismos

⁴ Blasco había sido Conseller desde 1983 hasta 2011 con gobiernos de diferente signo político.

⁵ El terremoto de Haití de 2010 tuvo su epicentro a 15 Km de Puerto Príncipe y dejó más de 300.000 muertos y más de 1.500.000 damnificados.

⁶ Según el sumario, las operaciones se realizaban a través de una trama gestionada por un empresario muy próximo al ex Conseller. Se alteraban los exigentes procesos de control de la concesión de fondos de cooperación, de tal forma que favorecieran a las fundaciones creadas ad hoc para captar esos fondos. Según la fiscalía, la trama llegaba incluso a corromper empresas evaluadoras que manipulaban las calificaciones de los proyectos presentados por las empresas pertenecientes a la trama.

⁷ Sobre ello, véase: OLMO, José María y FERNÁNDEZ, Antonio. “Empresas ficticias, informes falsos: así se desvió al ‘procés’ el dinero del Tercer Mundo”, Barcelona, El Confidencial, 30/05/2018. Disponible en línea: https://www.elconfidencial.com/espana/2018-05-25/operacion-udf-dinero-proces-tercer-mundo-cataluna_1568745/ [11/05/2019].

También: LÓPEZ-FONSECA, Óscar; CARRANCO, Rebeca; GARCÍA, Jesús y ORTEGA DOLZ, Patricia. “Dos millones en ayudas al desarrollo se desviaron a personas afines a CDC”, Barcelona-Madrid, El País, 24/05/2018. Disponible en línea: https://elpais.com/politica/2018/05/24/actualidad/1527139675_425512.html [11/05/2019].

⁸ CARABALLO, Javier. “Fondos de cooperación, la ¿última? corrupción andaluza”, Andalucía, El Confidencial, 11/02/2014. Disponible en línea:

preventivos más básicos en la gestión del presupuesto de Cooperación Internacional al Desarrollo de la Junta de Andalucía en el año 2009, que ascendía a más de 113 millones de euros. Resulta especialmente chocante que hubiera una partida de más de 4 millones de euros destinada a la “elaboración de diagnósticos generales de diferentes países”, sin mayor precisión. También sorprende que los sindicatos UGT y CCOO recibieran más importe que varios de los países de destino de la ayuda, como es el caso de Ecuador, Malí o Mauritania. Nos parece demasiado aventurado emplear la palabra “corrupción” como hace el periodista sin tratarse de acontecimientos que se estén bajo investigación judicial. Sin embargo, sí nos parece destacable -de ahí su inclusión en este artículo- la laxitud y la falta de control, transparencia y rendición de cuentas con la que se operó. Tratándose además de una administración que ha sido duramente juzgada por la mastodóntica trama de corrupción de los ERE⁹. Todo ello nos lleva a concluir que ha habido una irresponsable falta de prevención de posibles prácticas corruptas.

Del Hierro¹⁰ analiza con profundidad los rasgos distintivos de la corrupción en España, explicando sus causas y trazando una panorámica histórica que llega hasta el sistema caciquil español en el S. XIX. Entre los motivos que explican su existencia, es especialmente significativa la falta de conciencia social de lo público. Lo que redundaba en una gran laxitud a la hora de juzgar moralmente el esquilme de los recursos del estado, que es percibido más como una especie de ente indeterminado que como una herramienta al servicio del bien común. Su propuesta se centra en tres líneas: legislación, sistema judicial y educación.

En su estudio sobre la corrupción en España, Villoria y Reis¹¹ aseveran que la percepción de la corrupción en España es mayor que la corrupción real, siendo esta, obviamente inaceptable. Los autores afirman también que la corrupción que se produce es mayoritariamente política y no funcional y que se da en mayor medida en las administraciones locales y regionales que en la Administración General del Estado. Estas afirmaciones, adecuadamente contrastadas en su artículo, son coherentes con los casos que aquí se han relatado y nos llevan a una reflexión. Como se analiza más adelante, la Ley de Transparencia establece control fundamentalmente en la Administración General del Estado. Sin embargo, dado que es constatable que la mayor parte de los casos de corrupción se dan en el ámbito local y regional, lo más eficiente sería que la norma estableciese medidas y obligaciones de rendición de cuentas más exhaustivas en dichos ámbitos. El hecho de que no sea así, supone una carencia importante que le resta eficacia considerablemente.

https://www.elconfidencial.com/espana/andalucia/2013-12-30/fondos-de-cooperacion-la-ultima-corrupcion-andaluz_70804/ [11/05/2019].

⁹ Acerca de la trama de corrupción de los ERE, véase: MORENO, Silvia. “El juicio de los ERE, en cinco claves”, Sevilla, El Mundo 10/12/2018. Disponible en línea:

<https://www.elmundo.es/andalucia/2018/12/10/5c0ba4fd6c83ee428b464a.html> [11/05/2019].

También: MARTÍN-ARROYO, Javier. “El juicio del ‘caso ERE’, visto para sentencia tras un año y 152 sesiones”, Sevilla, El País, 17/12/2018. En línea:

https://elpais.com/politica/2018/12/17/actualidad/1545035482_553017.html

¹⁰ HIERRO, del José Luis. *Informe sobre la corrupción en la sociedad española actual: economía sumergida y comercio ilícito en España*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2014.

¹¹ VILLORIA y JIMÉNEZ. “La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos”. Madrid, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 138, abril-junio 2012, pp. 109-134.

En el ámbito comunitario, la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) alertaba en 2018 del significativo aumento del fraude en los fondos comunitarios de ayuda al desarrollo, junto con los de investigación. En su informe anual, correspondiente a 2017¹², la institución comunitaria pone de manifiesto las malas praxis que han provocado pérdidas significativas en los fondos de cooperación destinados a los lugares más vulnerables del mundo en los últimos años: Siria, Líbano o Irak entre otros. Según puede leerse en él, los fondos de emergencia humanitaria, que muchas veces, como es el caso de los países en guerra o de los refugiados, deben El informe, que cuenta con 197 investigaciones a nivel internacional y que formula 309 recomendaciones a nivel nacional e internacional, destaca una serie de tendencias que se están replicando:

- *La corrupción, los conflictos de intereses y la manipulación de los procedimientos de licitación siguen siendo frecuentes en los casos de fraude que afectan a fondos estructurales de la UE, y hay algunos casos en los que grupos de delincuencia organizada intentan obtener beneficios;*
- *Hay cada vez más intentos de cometer fraude con fondos destinados a la investigación o a la crisis de los refugiados;*
- *La evasión de derechos de aduana se organiza a través de redes de delincuencia transnacional*¹³.

Con otro enfoque distinto, José María Larrú analiza el efecto de la Ayuda Oficial al Desarrollo en los entornos corruptos, muy presentes con frecuencia en países a los que va dirigida esa ayuda. En él, evidencia que en estos casos la ayuda puede tener un efecto muy ambiguo. Por un lado, puede influir positivamente en la economía y el bienestar del país en cuestión; pero por otro lado, los fondos aportados pueden ser objeto de prácticas corruptas y, por tanto, servirle de incentivo. En el caso de España, el autor propone unas recomendaciones para evitar los efectos adversos y promover una cooperación más eficaz: que las cuantías de las ayudas sean conocidas por sus beneficiarios, mantener un control más riguroso en aquellas intervenciones en las que se sospeche que pueda haber mayor riesgo de corrupción, aplicar las directrices y las buenas prácticas existentes a nivel internacional, simplificar, homogeneizar y hacer más eficaces los procesos burocráticos de la ayuda, incluir los indicadores e corrupción en los documentos estratégicos en materia de Ayuda Oficial al Desarrollo y apoyar iniciativas de las ONG que cuenten con una transparencia y buena gestión certificada¹⁴.

En los últimos años, tras los incontestables casos de prácticas corruptas ocurridos en España, se han producido importantes progresos en transparencia, prevención y lucha contra la corrupción. Muestra de ello es la Ley de Transparencia¹⁵, las Unidades de Información de Transparencia, presentes en los diferentes Ministerios y otras instituciones de la Administración General del Estado, el portal de transparencia, los consejos de transparencia de las diferentes Comunidades Autónomas o la participación con organismos nacionales y supranacionales de rendición de cuentas como el Grupo de Estados Contra la Corrupción,

¹² OLAF (European, Anti-Fraud Office). *The OLAF report 2017*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2018.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Acerca de ello, véase: LARRÚ, José María. "Corrupción y ayuda al desarrollo. Evidencias, teoría y aplicaciones para España". Madrid, *Cuadernos Económicos del ICE (Instituto del Comercio Español)*, número 78, número dedicado a Estudios sobre el Desarrollo. 2011. Pp. 261-280.

¹⁵ JEFATURA DEL ESTADO. *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Madrid, BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013.

del Consejo de Europa (GRECO), la Alianza para un Gobierno Abierto (Open Government Partnership, OGP) o la Iniciativa Internacional para la Transparencia (IATI). Pese a que se ha logrado avanzar de forma perceptible, sin embargo, las disfunciones en los sistemas de control implementados continúan siendo patentes y las prácticas corruptas se siguen produciendo, como ha sido puesto de manifiesto por múltiples organismos de control independientes. El Grupo de Estados Contra la Corrupción (GRECO), señalaba en 2018 que España no ha cumplido en su totalidad ninguna de las 11 recomendaciones que formuló en su informe de 2014¹⁶, siendo junto a Bélgica el único de los 48 países analizados que se encuentra en esta situación. El organismo califica el grado de cumplimiento de “insatisfactorio en su conjunto”¹⁷. El informe realiza la recomendación de que se apruebe un código de conducta para los parlamentarios del Congreso y Senado, una revisión en profundidad del régimen de difusión de sus actividades, bienes, intereses y activos financieros, la creación de un sistema para certificar que dichas declaraciones son correctas, la implementación de herramientas para atajar las malas praxis. También el establecimiento de estándares claros de conducta en lo relativo a la relación de los parlamentarios con grupos de presión. En lo relativo a las declaraciones de bienes e intereses, se recomienda que sean más detalladas y que se especifiquen con detalle todo tipo de cuestiones como los regalos que reciben, las empresas en las que tienen activos, los viajes a los que son invitados, los ingresos que perciben por actividades adicionales a la parlamentaria. En el ámbito judicial, GRECO hace hincapié en que se deben poner en marcha medidas que garanticen la independencia de los jueces y los fiscales. En este sentido, insiste en que los parlamentarios no deberían formar parte en los procesos de selección de los miembros del Consejo Nacional del Poder Judicial y que se deberían establecer criterios objetivos para el acceso a los niveles más altos de la magistratura.

El informe del Comité de Ayuda al Desarrollo (CAD) de la OCDE¹⁸, del que se hace eco con un análisis muy profundo la Coordinadora de ONG para el Desarrollo (CONGDE)¹⁹, es muy revelador. El ente echa en falta la existencia de herramientas para realizar un seguimiento efectivo de los resultados de sus proyectos de ayuda al desarrollo y también incorporar este seguimiento a la toma de decisiones en la materia. Desde 2013 existen planes bienales de evaluación de los resultados de en materia de cooperación, lo cual es elogiado por el CAD, que, sin embargo, también pone de manifiesto que estas evaluaciones deberían gozar de más independencia. El informe celebra el progreso de la cooperación española en transparencia, señalando que ha mejorado significativamente el Indicador de Transparencia de la Ayuda. En este sentido, la CONGDE critica que, bajo su punto de vista, la “Marca España” ha mezclado la cooperación española con los intereses comerciales y la expansión de las empresas españolas y que ello la ha influenciado y la ha perjudicado, tanto a la cooperación en sí como a su propia imagen.

¹⁶ GRECO (Group of States Against Corruption-Council of Europe). *Fourth Evaluation Round. Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors, Interim Compliance Report Spain*, Strasbourg, GrecoRC4(2017)18, 2018.

En concreto, según GRECO, España no ha implementado cuatro y las otras siete restantes únicamente lo ha hecho de manera parcial.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ CAD (Comité de Ayuda al Desarrollo de la OCDE). *Exámenes de pares. España 2016*, París, Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo.

¹⁹ El portal de la Coordinadora de ONG para el Desarrollo está disponible en línea. <https://coordinadoraongd.org/> [11/05/2019].

3. Referente internacional y europeo.

El estudio del paradigma europeo en la lucha contra la corrupción, da para una futura investigación monográfica. Con el propósito de no dispersarnos de los propósitos de este artículo, queda para futuras investigaciones dicho estudio. Sí es pertinente aquí, no obstante hablar brevemente de los Convenios Penal y Civil Contra la Corrupción, ambos de 1999, y que constituyen la principal herramienta del derecho europeo contra la corrupción. El Convenio Penal sobre Corrupción²⁰ establece que los Estados parte han de tipificar como delito las prácticas de corrupción y establecer medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias. El Convenio Civil sobre Corrupción²¹ establece medidas para compensar a las personas que hayan sido perjudicadas por actos de corrupción, para fomentar la claridad y la transparencia en las cuentas y en los contratos y su nulidad en caso de no cumplir determinados estándares o la cooperación internacional contra la corrupción²².

La principal referencia internacional que existe en materia de lucha contra la corrupción es la Convención Internacional Contra la Corrupción, aprobada en 2004²³. En su prefacio, se señala la amplitud de la corrupción, que ocurre en todo el mundo y los efectos nocivos en todos los aspectos de la sociedad y con especial incidencia en los países en desarrollo, en los que es un importante obstáculo precisamente para el desarrollo que se pretende alcanzar. Los casos de corrupción son frecuentes en los años previos, tanto a nivel nacional como a nivel internacional. Tienen también mucha repercusión en los medios. La sociedad es cada vez más consciente de la existencia de estas prácticas y del perjuicio que causan. Los líderes mundiales consideran necesario arbitrar una herramienta que sirva de referencia en la lucha contra la corrupción y la Asamblea general de Naciones Unidas, cuyo Secretario General era el ghanés Kofi Annan, crea en el año 2000 un Comité Especial encargado de negociar un instrumento internacional para la prevención y la lucha contra la corrupción. Tras cuatro años de negociaciones, en 2004 se aprueba la Convención Internacional Contra la Corrupción²⁴.

La Convención establece para los estados la obligación de disponer o, en su caso crear, herramientas coordinadas y eficaces contra la corrupción. Es importante señalar que la directriz de la Convención es que estas herramientas promuevan la participación de la sociedad civil.

Artículo 5. Políticas y prácticas de prevención de la corrupción

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión

²⁰ CONSEJO DE EUROPA. *Convenio Penal sobre la Corrupción*. Convenio número 173 del Consejo de Europa, Estrasburgo, 27 de enero de 1999.

²¹ CONSEJO DE EUROPA. *Convenio Civil sobre la Corrupción*. Convenio número 174 del Consejo de Europa, Estrasburgo, 4 de noviembre de 1999.

²² Acerca de ello, Capdeferro Villagrasa disgrega de forma muy didáctica el contenido fundamental de ambos Convenios en CAPDEFERRO VILLAGRASA, Óscar. “La obligación jurídica internacional de luchar contra la corrupción y su cumplimiento por el estado español”, Madrid, Eunomía. Revista en la cultura de la legalidad. N°.13, octubre 2017– marzo 2018, pp. 114-147.

²³ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*, Nueva York, Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003.

²⁴ España la firmó en 2005 y la ratificó en 2006.

de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas.

2. Cada Estado Parte procurará establecer y fomentar prácticas eficaces encaminadas a prevenir la corrupción.

3. Cada Estado Parte procurará evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuados para combatir la corrupción.

Sin embargo, a pesar de su pertinencia, por más que resulte sorprendente, la Ley de Cooperación no contiene ninguna referencia a la prevención de la corrupción, a su detección ni a las herramientas necesarias para poder erradicarla.

4. Mecanismos contra la corrupción en España.

Una de las principales críticas al sistema democrático en España es la falta de independencia entre el Poder Ejecutivo y el Judicial. Quizá la muestra más palpable de ello es que los 20 vocales del Consejo General del Poder Judicial sean elegidos por las Cortes y que los jueces del Tribunal Supremo, la más alta instancia judicial en España, sean a su vez elegidos por una comisión creada por el Consejo General del Poder Judicial. Esta comisión dispone de un baremo orientativo, pero lo cierto es que las designaciones se hacen en la práctica con gran discrecionalidad. El Artículo 11 de la Convención²⁵ recoge el establecimiento de medidas que garanticen la independencia judicial y la corrección de aquellas situaciones en las que tal independencia pudiera verse en peligro o comprometida. Sin embargo, en España todavía no se ha modificado la regulación de este aspecto.

Con frecuencia, las tramas corruptas se sirven de complejos entramados empresariales y bancarios radicados en paraísos fiscales cuyo rastro es casi imposible seguir. La Convención insta a los países a contar con herramientas para eludir las trabas producidas por legislaciones que protegen la opacidad y que contribuyen a crear en contexto fiscal en el que las operaciones fraudulentas pueden realizarse más fácilmente y con total impunidad²⁶. La Convención dedica un espacio muy importante a la cooperación internacional. De hecho, comprende todo un capítulo de ella. La cooperación entre los países podría evitar que el dinero proveniente de la corrupción circulase sin apenas control de unos países a otros eludiendo los mecanismos de la justicia. Sin embargo, los hechos nos muestran que esta necesaria cooperación no se está produciendo y cuando se produce no está siendo todo lo eficaz que sería deseable.

Cabría preguntarse de qué forma y en qué medida se trasponen los principios establecidos en la Convención Internacional Contra la Corrupción en la legislación nacional española. Es necesario para

²⁵ Artículo 11. *Medidas relativas al poder judicial y al ministerio público.*

1. *Teniendo presentes la independencia del poder judicial y su papel decisivo en la lucha contra la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico y sin menoscabo de la independencia del poder judicial, adoptará medidas para reforzar la integridad y evitar toda oportunidad de corrupción entre los miembros del poder judicial. Tales medidas podrán incluir normas que regulen la conducta de los miembros del poder judicial.*

Asamblea General de las Naciones Unidas. *Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción...* Op. Cit.

²⁶ Artículo 40. *Secreto bancario.*

Cada Estado Parte velará por que, en el caso de investigaciones penales nacionales de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, existan en su ordenamiento jurídico interno mecanismos apropiados para salvar todo obstáculo que pueda surgir como consecuencia de la aplicación de la legislación relativa al secreto bancario.

ello el análisis de la legislación española con especial incidencia en el ámbito de la Cooperación, que es el que nos ocupa y, dentro de ello, especialmente la reforma del Código Penal (2010), la Ley de Cooperación Internacional para el Desarrollo (1998) y la Ley de Transparencia (2013). Sin embargo, a pesar de la trasposición de la normativa, en nuestra opinión, en este momento el nivel de eficacia de los mecanismos desarrollados para combatir la corrupción es insuficiente a la vista de los numerosos y grandes casos que continúan produciéndose.

El artículo 96.1 de la Constitución Española²⁷ establece que los tratados internacionales suscritos por España pasan a formar parte del ordenamiento interno. Por lo tanto, desde el mismo momento en que se ratifican ya pueden aplicarse directamente. En 2010, se procede a la reforma del Código Penal con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal²⁸. En esta reforma, se recoge de manera explícita que los delitos que se determinan en la Convención Internacional Contra la Corrupción pasan a incluirse también en el Código Penal.

Vista en la actualidad, resulta sorprendente que la Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo²⁹ no haga ninguna referencia expresa a la corrupción, prevención de la misma o medidas de transparencia. Lo único que podría acercarse a ello es el Artículo 19.4 en el que se establece que la Secretaría de Estado para la Cooperación Internacional y para Iberoamérica realizará una evaluación y un seguimiento de la política de cooperación, así como los programas y proyectos incluidos en esta. En los años en los que se construye la Ley ya se habían producido importantes casos de corrupción: Filesa (financiación irregular en el PSOE), GAL (empleo de la violencia al margen de la ley para combatir el terrorismo), etc. Sin embargo, la sociedad española aún no había reaccionado tan crítica y explícitamente como después de la crisis económica de 2008. Además, los casos de corrupción en el área de la Cooperación no habían sido tan mediáticos ni tan aireados por la prensa como en los últimos años. Tampoco se habían producido aún grandes escándalos de fraude con ONG y, en definitiva, no existía el control actual ni la sensación de que fuese necesario tenerlo. Pero la delicada situación de desigualdad social que configurada en los años de la crisis hizo que la población española reaccionara más enérgicamente ante los numerosos casos de corrupción que, sin embargo, continúan produciéndose. El aumento de la movilización social, que, debilitada, se muestra cada vez más indignada con esta disfuncionalidad y el hecho de que en los últimos años los casos de corrupción han sido múltiples, de gran envergadura y afectando a los principales partidos políticos, así como a entidades bancarias y empresas muy asentadas y de peso en la economía española, han obligado a reaccionar. Ello explica la implantación de la Ley de Transparencia, una mayor rendición de cuentas de las instituciones o el establecimiento o recrudescimiento de códigos de conducta para tratar de atajar estos comportamientos dentro de los partidos políticos y entidades bancarias y empresariales.

Asamblea General de las Naciones Unidas. *Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción...* Op. Cit.

²⁷ JEFATURA DEL ESTADO. *Constitución Española*. Madrid, BOE núm. 311.1, de 29 de diciembre de 1978.

²⁸ JEFATURA DEL ESTADO. *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Madrid, BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.

²⁹ JEFATURA DEL ESTADO. *Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo*, Madrid, BOE núm. 162, de 8 de julio de 1998.

Con lo que sí contaba ya en 1998 la Ley de Cooperación era con un plan de seguimiento y evaluación de las políticas realizadas en la materia³⁰, que no está muy definido en la norma, pero que le aporta una mayor credibilidad y que ha ido definiendo y completando en los años posteriores. Desde 2001 existe un Plan Director de Cooperación plurianual que cuenta con un seguimiento y una evaluación intermedia. Dentro de la literatura científica, son abundantes los autores que reivindican la evaluación como uno de los pilares de una estrategia de cooperación eficaz. En sus recomendaciones para la mejora de la Ayuda Oficial al Desarrollo, José María Larrú hace hincapié en ello junto con el establecimiento de marcos de asociación más eficientes y la inversión en educación para el desarrollo³¹.

La situación de crisis económica mundial iniciada en 2008 es especialmente aguda en España. La desigualdad social es cada vez más palpable y la clase media, que estaba bien consolidada hasta ese momento, va reduciéndose paulatinamente. En 2010, el entonces Presidente, el socialdemócrata Rodríguez Zapatero, aprueba una serie de medidas de ajuste presupuestario y control del gasto que revierten en gran medida la agenda social que había promovido en los primeros años de su Gobierno³². El periodo de gestión de Rajoy³³, de centroderecha, continuó esta senda de austeridad. La situación económica era muy delicada y los líderes políticos apelaban a la responsabilidad y pedían esfuerzos a los ciudadanos ante la extrema gravedad de la crisis económica, por la que, casi se tuvo que pedir un rescate para el país a la UE y, de hecho, sí se tuvo que pedir un rescate a la banca. Sin embargo, al mismo tiempo los escándalos de corrupción, que afectaban a importantes cargos de los partidos a nivel local, regional e incluso nacional, eran frecuentes y de enorme envergadura. Esta situación produjo un enorme malestar social. La sociedad, que hasta ese momento no había mostrado su irritación con respecto a la corrupción de forma ostensible, comenzó a protestar visible y activamente. En medio de este clima de malestar social, el Gobierno de Rajoy impulsa en 2013 la Ley de Transparencia³⁴.

Es significativo que en ningún lugar de la norma se hace referencia específica al área de la Cooperación y Ayuda Oficial al Desarrollo. Nos parece importante señalar que, en nuestra opinión, estaría justificado hacer un tratamiento específico de esta área por la singularidad de su naturaleza. La Cooperación y la AOD implica una extensión al exterior de nuestra gestión que involucra nuestra imagen de país como

³⁰ Conforme al artículo 19.4, se establece la obligatoriedad de hacer una evaluación periódica de la cooperación española y que la entidad encargada de hacerlo es la Secretaría de Estado para la Cooperación Internacional y para Iberoamérica (SECIPI):

Artículo 19.4. La Secretaría de Estado para la Cooperación Internacional y para Iberoamérica evaluará la política de cooperación para el desarrollo, los programas y proyectos financiados con fondos del Estado en curso de ejecución y los finalizados, desde su concepción y definición hasta sus resultados. La evaluación tendrá en cuenta la pertinencia de los objetivos y su grado de consecución, así como la eficiencia y eficacia alcanzadas, el impacto logrado y la viabilidad comprobada en los programas y proyectos ya finalizados.

Jefatura del Estado. *Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo...* Op. Cit.

³¹ Sobre ello, véase: LARRÚ, José María. *La Ayuda Oficial al Desarrollo española. Diagnóstico sobre su calidad y cantidad*. Madrid, Centro de Investigación y Estudios de Comercio y Desarrollo, 2011. Informe perteneciente al proyecto “Hacia un Libro Blanco de la Política Española de Desarrollo” del Centro de Investigación y Estudios de Comercio y Desarrollo (CIECODE).

³² Rodríguez Zapatero alcanzó la Presidencia del Gobierno de España en 2004. Su primera legislatura (2004-2008) se caracterizó por el impulso de importantes políticas sociales. Sin embargo, en su segunda legislatura (2008-2011), fuertemente influenciada por la crisis económica, se produjo la reversión de muchas de esas políticas.

³³ Mariano Rajoy fue investido Presidente del Gobierno en diciembre de 2011, cargo que ocupó hasta junio de 2018.

³⁴ JEFATURA DEL ESTADO. *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno...* Op. Cit.

pocas otras actividades. Sus actuaciones afectan a millones de personas que se encuentran en una situación de enorme vulnerabilidad, lo que hace todavía más obligada y perentoria la necesidad de hacer una gestión transparente e ímpolita. Los países a los que van dirigidas las actuaciones en muchos casos no cumplen los estándares de legalidad, transparencia y democracia con los que contamos en España o en UE. En este marco, con menos control, sería más sencillo desarrollar prácticas corruptas eludiendo la acción de la justicia. También se suma la dificultad de que a menudo se trabaja con ONG, asociaciones y organizaciones que no siempre cuentan con los mecanismos internos necesarios para luchar contra las prácticas corruptas. Todo esto implica que el control sea más complejo y escurridizo que en otros ámbitos. Por lo tanto, se deben desarrollar mecanismos específicos de prevención y detección de prácticas corruptas en este ámbito y se deben también redoblar los esfuerzos en prevención y auditoración de todos los procesos relacionados con Cooperación y Ayuda al Desarrollo.

La norma establece la obligatoriedad de informar periódicamente y de manera continua³⁵ acerca de todas aquellas cuestiones de su actividad que sea necesario conocer para poder garantizar la transparencia de su gestión³⁶. En este sentido, conforme al *Artículo 8. Información económica, presupuestaria y estadística*, está incluido de una manera especial todo lo relativo a la información económica, presupuestaria y

³⁵ La norma da una importancia especial a este deber de informar y de hacerlo activamente y con el mayor alcance posible, dedicando todo un capítulo a precisar esta cuestión, concretamente el *Capítulo II. Publicidad activa*.

³⁶ Con el objeto de matizar inequívocamente qué entidades están sujetas a este control, el *Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación*, establece una relación de ellas:

1. *Las disposiciones de este título se aplicarán a:*

a) *La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla y las entidades que integran la Administración Local.*

b) *Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social así como las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales colaboradoras de la Seguridad Social.*

c) *Los organismos autónomos, las Agencias Estatales, las entidades públicas empresariales y las entidades de Derecho Público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.*

d) *Las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones Públicas o dependientes de ellas, incluidas las Universidades públicas.*

e) *Las corporaciones de Derecho Público, en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo.*

f) *La Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo.*

g) *Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100.*

h) *Las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones.*

i) *Las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades previstos en este artículo. Se incluyen los órganos de cooperación previstos en el artículo 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la medida en que, por su peculiar naturaleza y por carecer de una estructura administrativa propia, le resulten aplicables las disposiciones de este título. En estos casos, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Ley serán llevadas a cabo por la Administración que ostente la Secretaría del órgano de cooperación.*

2. *A los efectos de lo previsto en este título, se entiende por Administraciones Públicas los organismos y entidades incluidos en las letras a) a d) del apartado anterior.*

JEFATURA DEL ESTADO. Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno... Op. Cit.

estadística³⁷. Todo ello será objeto de seguimiento y control por parte del Consejo de Transparencia, tal y como establece el TÍTULO III. Artículo 34. Consejo de Transparencia y Buen Gobierno³⁸.

Resulta significativo como la norma hace hincapié en la rendición de cuentas por parte de la Administración General del Estado (AGE) y, sin embargo, es mucho más laxa con las Comunidades Autónomas y Administraciones Locales. Muestra de ello es que en el ámbito de las Administraciones Públicas, es únicamente la Administración General del Estado la que está sometida a un control por parte del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. También es revelador que en el Portal de Transparencia, donde la AGE tiene presencia obligada, apenas hay presencia significativa de las Administraciones territoriales y locales.

³⁷ En concreto, este artículo obliga a hacer públicas todas sus actuaciones que impliquen gestión económica o presupuestaria relativas a los siguientes asuntos:

a) *Todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente.*

b) *La relación de los convenios suscritos, con mención de las partes firmantes, su objeto, plazo de duración, modificaciones realizadas, obligados a la realización de las prestaciones y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas. Igualmente, se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma.*

c) *Las subvenciones y ayudas públicas concedidas con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiarios.*

d) *Los presupuestos, con descripción de las principales partidas presupuestarias e información actualizada y comprensible sobre su estado de ejecución y sobre el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas.*

e) *Las cuentas anuales que deban rendirse y los informes de auditoría de cuentas y de fiscalización por parte de los órganos de control externo que sobre ellos se emitan.*

f) *Las retribuciones percibidas anualmente por los altos cargos y máximos responsables de las entidades incluidas en el ámbito de la aplicación de este título. Igualmente, se harán públicas las indemnizaciones percibidas, en su caso, con ocasión del abandono del cargo.*

g) *Las resoluciones de autorización o reconocimiento de compatibilidad que afecten a los empleados públicos así como las que autoricen el ejercicio de actividad privada al cese de los altos cargos de la Administración General del Estado o asimilados según la normativa autonómica o local.*

h) *Las declaraciones anuales de bienes y actividades de los representantes locales, en los términos previstos en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Cuando el reglamento no fije los términos en que han de hacerse públicas estas declaraciones se aplicará lo dispuesto en la normativa de conflictos de intereses en el ámbito de la Administración General del Estado. En todo caso, se omitirán los datos relativos a la localización concreta de los bienes inmuebles y se garantizará la privacidad y seguridad de sus titulares.*

i) *La información estadística necesaria para valorar el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos que sean de su competencia, en los términos que defina cada administración competente.*

JEFATURA DEL ESTADO. Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno... Op. Cit.

³⁸ El Consejo de Transparencia y buen Gobierno, tal y como establece el Artículo 34. Fines, tiene como objetivo principal: *promover la transparencia de la actividad pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad, salvaguardar el ejercicio de derecho de acceso a la información pública y garantizar la observancia de las disposiciones de buen gobierno.*

Jefatura del Estado. Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno... Op. Cit.

5. Conclusiones

Otra cuestión que merecería un análisis en profundidad es en qué medida la Cooperación y Ayuda Oficial al Desarrollo se orientan realmente a satisfacer las necesidades de la población y al progreso de los países a los que van orientadas y en qué medida se ven influidas por los intereses geoestratégicos, políticos, económicos y comerciales³⁹. Una actuación de Cooperación y AOD en la que prevalecieran estas motivaciones, no entraría dentro de los supuestos que la Convención Contra la Corrupción ni el resto de tratados internacionales, ni la legislación nacional de España tipifican como corrupción. Por lo tanto, está claro que las actuaciones de este tipo no son consideradas jurídicamente como prácticas corruptas. Sin embargo, a nuestro juicio este tipo de actuaciones constituyen una desnaturalización del concepto auténtico y genuino de la Cooperación y de la AOD. Esta desnaturalización altera sus efectos, reduce su potencial y le resta credibilidad. En consecuencia, consideramos que se deberían crear mecanismos de control que evitaran estas prácticas.

A nuestro juicio, es positivo que se hayan implementado en los últimos años leyes y políticas encaminadas a garantizar la honestidad, la limpieza y la transparencia en la gestión de los fondos públicos. Esto afecta a todos los ámbitos y, por tanto, al que nos ocupa en este artículo, el de la Cooperación Internacional y la Ayuda Oficial al Desarrollo. Es positivo también que se hayan suscrito los acuerdos internacionales que sirven como referencia en la materia y que se hayan incluido sus preceptos en la propia legislación nacional, de conformidad con los propios tratados y de conformidad también con el artículo 96.1 de la Constitución Española, que establece que todos los acuerdos internacionales suscritos por España pasan a formar parte de nuestro ordenamiento interno y, por tanto, son de obligada aplicación. También es notable que se hayan promovido más y mejores mecanismos de control por parte de las ONG e instituciones, de tipo público y privado. Contamos también con destacados y muy valiosos ejemplos de buenas prácticas, como se ha puesto de manifiesto anteriormente. Sin embargo, lo cierto es que muchas de estas medidas, que hay que celebrar, adolecen, de falta de financiación, falta de medios y en algunos casos falta de voluntad real de cumplirlas en toda su extensión. También se echa en falta una mayor sensibilización, concienciación social y una mayor participación de la sociedad civil en los procesos que garantizan la buena gestión de estos recursos. En los procesos que afectan, en definitiva, a la ciudadanía. Lo cierto es que a lo largo de los últimos años han continuado produciéndose numerosos y muy graves casos de corrupción, no solo ya en el ámbito de la Cooperación y AOD que nos ocupa, sino en la práctica totalidad los ámbitos públicos. Esto es muestra inequívoca de que las herramientas puestas en marcha no están logrando evitar la disfunción. Este hecho ahonda todavía más, si cabe, en la crisis de credibilidad en la que se encuentran actualmente los partidos políticos y, cada vez más, las instituciones. La situación actual no es para ser muy optimistas y esperar que se logre tempranamente una solución a este enorme y complejísimo problema. Enorme y complejísimo, pero al que hay que dar solución porque de lo contrario irá minando progresivamente no ya instituciones concretas, sino la globalidad de nuestro sistema democrático. Y eso es algo que no nos podemos permitir. En este sentido y para concluir, nos parece

³⁹ En este sentido, Maroto Blanco afirma en su análisis crítico sobre la AOD de España a Guinea Ecuatorial que esta no está lo suficientemente orientada a la satisfacción de las necesidades de la población, que obvia y no toma medidas efectivas ante el alto nivel de corrupción de la administración guineana y que se encuentra fuertemente condicionada por la estrategia política, económica y comercial. En: MAROTO BLANCO, J. M. “La Ayuda Oficial al Desarrollo española en Guinea Ecuatorial”, Granada, *Cuadernos Geográficos* (Universidad de Granada), núm. 53(1), 2014, pp. 160-187.

importante abogar por una mayor cooperación internacional en la lucha contra la corrupción, un mayor control y sistematización de los procesos, así como una mayor implicación por parte de la sociedad civil. En un mundo global como el nuestro, los estados no pueden combatir las prácticas corruptas de forma individual, es necesario hacerlo coordinadamente, en red y con mutuo apoyo. Y a su vez, es necesaria la implicación activa de la sociedad civil, su presencia en el control de los procesos es la mayor garantía de su buen funcionamiento y del fortalecimiento de nuestro sistema democrático.

BIBLIOGRAFÍA

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. “La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la legislación española”, Bilbao, *Revista Estudios de Deusto*, Vol. 63, Nº 1, 2015.
- CAPDEFERRO VILLAGRASA, Óscar. “La obligación jurídica internacional de luchar contra la corrupción y su cumplimiento por el estado español”, Madrid, Eunomía. Revista en la cultura de la legalidad. Nº.13, octubre 2017– marzo 2018, pp. 114-147.
- GARRIDO RODRÍGUEZ, Pedro. *Inmigración y diversidad cultural en España. Su gestión desde la bonanza económica a la crisis*, Madrid, Ed. Fundamentos, 2014.
- HIERRO, del José Luis. *Informe sobre la corrupción en la sociedad española actual: economía sumergida y comercio ilícito en España*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2014.
- LARRÚ RAMOS, José María. “Corrupción y ayuda al desarrollo. Evidencias, teoría y aplicaciones para España”. Madrid, *Cuadernos Económicos del ICE (Instituto del Comercio Español)*, número 78, número dedicado a Estudios sobre el Desarrollo. 2011. Pp. 261-280.
- LARRÚ RAMOS, José María. *La Ayuda Oficial al Desarrollo española. Diagnóstico sobre su calidad y cantidad*. Madrid, Centro de Investigación y Estudios de Comercio y Desarrollo, 2011. Informe perteneciente al proyecto “Hacia un Libro Blanco de la Política Española de Desarrollo” del Centro de Investigación y Estudios de Comercio y Desarrollo (CIECODE).
- LARRÚ RAMOS, José María. “La cooperación española y de la EU: Semejanzas y diferencias”, Curitiba (Brasil), *Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento*, Vol. 5, Nº. 3, 2016, pp. 386-418.
- MALGESINI, Graciela. “Reflexiones sobre migraciones, cooperación y codesarrollo”, Valencia, *Revista Arxius de Sociologia*, Nº 5, 2001, pp. 123-146.
- MAROTO BLANCO, J. M. “La Ayuda Oficial al Desarrollo española en Guinea Ecuatorial”, Granada, *Cuadernos Geográficos* (Universidad de Granada), núm. 53(1), 2014, pp. 160-187.
- MARTÍNEZ QUINTEIRO, M.^a Esther. “El discurso de los derechos humanos en perspectiva histórica. El síndrome de la torre de Babel”. En: PANDO BALLESTEROS, M.^a Paz; GARRIDO RODRÍGUEZ, Pedro y MUÑOZ RAMÍREZ, Alicia (Eds.). *El cincuentenario de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU. Homenaje a la Profesora M.^a Esther Martínez Quinteiro*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, Colección Aquilafuente, Nº 243, 2018, pp. 79-106.
- PANDO BALLESTEROS, M.^a Paz; MUÑOZ RAMÍREZ, Alicia y GARRIDO RODRÍGUEZ, Pedro (dirs. y eds.). *Pasado y Presente de los Derechos Humanos. Mirando al Futuro*, Madrid, Editorial Los Libros de la Catarata, 2016.
- PANDO BALLESTEROS, M.^a Paz; GARRIDO RODRÍGUEZ, Pedro y MUÑOZ RAMÍREZ, Alicia (Eds.). *El cincuentenario de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU. Homenaje a la*

Profesora M^a. Esther Martínez Quinteiro, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, Colección Aquilafuente, N° 243, 2018.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Guía de lenguaje claro sobre la lucha contra la corrupción*, Berlín (Alemania), Transparency International, 2009.

VILLORIA, Manuel y JIMÉNEZ, Fernando. “La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos”, Madrid, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 138, abril-junio 2012, pp. 109-134.

OTRAS FUENTES

FUENTES NORMATIVAS Y POLÍTICAS Y DOCUMENTOS DE TRABAJO

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*, Nueva York, Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003.

CAD (Comité de Ayuda al Desarrollo de la OCDE). *Exámenes de pares. España 2016*, París, Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo.

CONSEJO DE EUROPA. *Convenio Civil sobre la Corrupción*. Convenio número 174 del Consejo de Europa, Estrasburgo, 4 de noviembre de 1999.

CONSEJO DE EUROPA. *Convenio Penal sobre la Corrupción*. Convenio número 173 del Consejo de Europa, Estrasburgo, 27 de enero de 1999.

GRECO (Group of States Against Corruption-Council of Europe). *Fourth Evaluation Round. Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors, Interim Compliance Report Spain*, Strasbourg, GrecoRC4(2017)18, 2018.

JEFATURA DEL ESTADO. *Constitución Española*. Madrid, BOE núm. 311.1, de 29 de diciembre de 1978.

JEFATURA DEL ESTADO. *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Madrid, BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013.

JEFATURA DEL ESTADO. *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Madrid, BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.

JEFATURA DEL ESTADO. *Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo*, Madrid, BOE núm. 162, de 8 de julio de 1998.

OLAF (European, Anti-Fraud Office). *The OLAF report 2017*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2018.

ARTÍCULOS DE PRENSA

CARABALLO, Javier. “Fondos de cooperación, la ¿última? corrupción andaluza”, Andalucía, El Confidencial, 11/02/2014. Disponible en línea:

https://www.elconfidencial.com/espana/andalucia/2013-12-30/fondos-de-cooperacion-la-ultima-corrupcion-andaluza_70804/ [11/05/2019].

LÓPEZ-FONSECA, Óscar; CARRANCO, Rebeca; GARCÍA, Jesús y ORTEGA DOLZ, Patricia. “Dos millones en ayudas al desarrollo se desviaron a personas afines a CDC”, Barcelona-Madrid, El País, 24/05/2018. Disponible en línea:

https://elpais.com/politica/2018/05/24/actualidad/1527139675_425512.html [11/05/2019].

MARTÍN-ARROYO, Javier. “El juicio del ‘caso ERE’, visto para sentencia tras un año y 152 sesiones”, Sevilla, El País, 17/12/2018. En línea:

https://elpais.com/politica/2018/12/17/actualidad/1545035482_553017.html

MORENO, Silvia. “El juicio de los ERE, en cinco claves”, Sevilla, El Mundo 10/12/2018. Disponible en línea:

<https://www.elmundo.es/andalucia/2018/12/10/5c0ba4fd6c83ee428b464a.html> [11/05/2019].

OLMO, José María y FERNÁNDEZ, Antonio. “Empresas ficticias, informes falsos: así se desvió al ‘procés’ el dinero del Tercer Mundo”, Barcelona, El Confidencial, 30/05/2018. Disponible en línea:

https://www.elconfidencial.com/espana/2018-05-25/operacion-udef-dinero-proces-tercer-mundo-cataluna_1568745/ [11/05/2019].

