Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 29 • vol. 175 • janeiro/2021

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 29 • vol. 175 • janeiro/2021

Presidência
Eleonora Rangel Nacif

Coordenação
Leandro Ayres França

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

Editor-chefe – Leandro Ayres França

Editores-assistentes – Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, Beatriz Corrêa Camargo, Daniel Leonhardt, Guilherme Ceolin, Gustavo Noronha de Ávila, Italo Rabello, José de Assis Santiago Neto e Laura Gigante Albuquerque.

Editores-executivos – Helen Christo e Willians Meneses

CONSELHO EDITORIAL

Adolfo Ceretti (Università degli Studi di Milano-Bicocca – Itália)
Afranio da Silva Jardim (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Alejandro Aponte (Pontificia Universidad Javeriana – Colômbia)
Anabela Miranda Rodrigues (Universidade de Coimbra – Portugal)
Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidade de Salamanca – Espanha)
Ana Messuti (Instituto Vasco de Criminologia – Espanha)
Antonio Garcia-Pablos de Molina (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)
Antonio Magalhães Gomes Filho (USP – São Paulo/SP)
Antonio Scarance Fernandes (USP – São Paulo/SP)
Antonio Vercher Noguera (Universidade de Salamanca – Espanha)
Bernardo del Rosal Blasco (Universidade de Alicante – Espanha)
Carlos Gonzales Zorrilla (Universitat Autònoma de Barcelona – Espanha)
Carlos María Romeo-Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha)
Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal)
Cornelius Prittwitz (Universidade Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt – Alemanha)
David Baigún (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Edmundo Hendler (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Emilio Garcia Mendez (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália)
Esther Gímenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull - ESADE – Espanha)
Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá)
Fernando Santa Cecília Garcia (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)
Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha)
Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Iasevoli Clelia (Universita' Degli Studi di Napoli – Itália)
Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (Universidad de Salamanca – Espanha)
Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha)
Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile)
Jésus-María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha)
João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal)
Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal)
José Cerezo Mir (Universidad de Zaragoza – Espanha)
José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal)
Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina)
Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR)
Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha)
Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha)
Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR)
Maria Paz Arenas Rodrigañez (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)
Manuel da Costa Andrade (Universidade de Coimbra – Portugal)
Maria João Antunes (Universidade de Coimbra – Portugal)
Mauricio Martínez Sánchez (Universidad Libre – Colômbia)
Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Miguel Reale Júnior (USP – São Paulo/SP)
Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca – Espanha)
Nila Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RS)
Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal)
Olga Spinoza (Universidade do Chile – Chile)
Pilar Gomes Pavón (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)
Raúl Cervini (Universidade da República do Uruguai – Uruguai)
Rene Ariel Dotti (UFPR – Curitiba/PR)
Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália)
Stella Maris Martinez (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha)
Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME)

Adriana Padua Borghi (Universidade São Judas Tadeu – São Paulo/SP)
Alexey Choi Caruncho (Universidade Federal do Paraná - UFPR – Curitiba/PR)
Ana Carolina Carlos (Uni-Barcelona – Espanha)
Anamaria Prates Barroso (Universidade Federal de Pernambuco – UFP - Recife/PE)
André Luis Jardini Barbosa (FADISP - São Paulo/SP)
André Rocha Sampaio (Universitário Tiradentes – Maceió/AL)
Bruno Martins Torchia (Faculdade Batista de Minas Gerais - FBMG – Belo Horizonte/MG)
Bruno Tadeu Buonicore (STF – Brasília/DF)
Cleunice Valentim Bastos Pitombo (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Douglas Carvalho Ribeiro (Universität Hamburg - Alemanha)
Eduardo Augusto Paglione (Academia de Polícia Civil de São Paulo – São Paulo/SP)
Emília Klein Malacarne (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Izabel Saenger Nuñez (UFF - Rio de Janeiro/RJ)
Izabel Saenger Nuñez (Universidade Federal Fluminense - UFF - Rio de Janeiro/RJ)
João Beccon de Almeida Neto (Universidade Federal de Juiz de Fora - DPFEP/UFJF - Juiz de Fora/MG)
Jorge Coutinho Paschoal (Universidade Cruzeiro do Sul - São Paulo/SP)
Juliane Sant'Ana Bento (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – Porto Alegre/RS)
Karlos Alves Barbosa (Universidade Federal de Uberlândia – UFU - Uberlândia/MG)
Lucas Gabriel Santos Costa (UNIP - São Paulo/SP)
Marcio Berti Ruiz Ritter (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Marco Aurelio Moura dos Santos (Universidade de São Paulo - São Paulo/SP)
Marcos Eugênio Melo (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Rodrigo Jose Fuziger (Universidade de São Paulo - São Paulo/SP)
Selma Pereira de Santana (Universidade Federal da Bahia – UFBA – Salvador/BA)
Theodoro Balducci de Oliveira (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Beatriz Corrêa Camargo (Universidade Federal de Uberlândia – UFU - Uberlândia/MG)
Chiavelli Falavigno (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC)
Danilo Knijnik (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – Porto Alegre/RS)
José Mário Wanderley Gomes Neto (Universidade Católica de Pernambuco-Recife/PE)
Juliano de Oliveira Leonel (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Luis Felipe Andrade Barbosa (Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES-UNITA – Caruaru/PE)
Marcos Eugênio Vieira Melo (Faculdade Raimundo Marinho Maceió – FRM – Maceió/AL)
Michelle Barbosa Agnoleti (Universidade Estadual da Paraíba - Guarabira/PB)
Nilo Batista (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Rafael Alves de Luna (Universidade Católica de Pernambuco – Recife/PE)
Ranieri L. Resende (Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht – Alemanha)
Raphael Boldt (Faculdade de Direito de Vitória – FDV – Vitória/ES)
Renata da Silva Athayde Barbosa (Universidade de Maastricht – Alemanha)
Renato de Mello Jorge Silveira (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Ricardo Jacobsen Gloeckner (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Vinicius Gomes de Vasconcellos (Universidade Estadual de Goiás UEG – Goiânia/GO

BASES DE DADOS INDEXADAS:



As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.
Revista Brasileira de Ciências Criminais
revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 29 • vol. 175 • janeiro/2021

Coordenação (editor-chefe)
Leandro Ayres França

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN.1415-5400

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 29 • vol. 175 • janeiro/ 2021

Presidência
Eleonora Rangel Nacif

Coordenação (editor-chefe)
Leandro Ayres França

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhesa responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda.

Juliana Mayumi Ono
Diretora Responsável

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 - Vila Olímpia
CEP 04533-085, São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reproduçãototal ou parcial, por qualquer meio ou processo –Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO THOMSON REUTERSSELOREVISTA DOS TRIBUNAIS
(atendimento, em dias úteis, das 09h às 18h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sacrt@thomsonreuters.com

e-mail para submissão dos originais: aval.artigo@thomsonreuters.com

Conheça mais sobre Thomson Reuters: www.thomsonreuters.com.br

Acesse o nosso e*Comm*

www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil: [01-2021]
Profissional
Fechamento desta edição: [19.11.2020]

EDITORA AFILIADA

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2019/2020

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
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 Biazi
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
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
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
SISTEMA PRISIONAL
Patrick Lemos Cacicedo
23º CONCURSO DE MONOGRAFIAS DE CIÊNCIAS CRIMINAIS E CHAMADA TEMÁTICA– IBCCRIM
Eduardo Saad Diniz
26º SEMINÁRIO INTERNACIONAL
Marcela Diório

Grupo de Estudos

GRUPO DE ESTUDOS SOBRE CIÊNCIAS CRIMINAIS E DIREITOS HUMANOS
Manoel Alves Jr
GRUPO DE ESTUDOS SOBRE ESCOLAS PENAIS
Alice Quintela

Equipe do IBCCRIM

SUPERVISÃO GERAL E NÚCLEO DE ATUAÇÃO POLÍTICA
SUPERVISÃO
Paulo Cesar Malvezzi Filho
EQUIPE
Marília Jahnel
Jonas Santos

Núcleo Administrativo

SUPERVISÃO
Fernanda Barreto
EQUIPE
Alexandre Soledade de Oliveira
Eliane Yanikian

Núcleo Financeiro

SUPERVISÃO
Roberto Seracinskis
EQUIPE
Andrea Pereira dos Santos
Vanessa dos Santos Lima
Victor de Souza Nogueira

Núcleos de Publicações e Biblioteca

SUPERVISÃO
Willians Meneses
EQUIPE
Anderson Fernandes Campos
Helen Christo
Natalí de Lima Santos

Núcleo de comunicação

SUPERVISÃO
Douglas Calixto
EQUIPE
Adriana Peres Almeida Santos
Harumi Visconti
Rodrigo Pastore

Núcleo de Educação

SUPERVISÃO
Andreza Martiniano da Silva

EQUIPE
Ana Paula da Silva
Andreia da Silva Rocha
Hegle Borges da Silva

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) | www.ibccrim.org.br
Rua Onze de Agosto, 52, 2º andar, São Paulo, SP. CEP 01018-000

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 29 • vol. 175 • janeiro/2021

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
Juliana Mayumi Ono

Gerente de Conteúdo
Milisa Cristine Romera

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

Estagiários: Alan H. S. Moreira, Ana Amalia Strojnowski, Bárbara Baraldi e Bruna Mestriner

Produção Editorial
Coordenação
Andréia R. Schneider Nunes Carvalhaes

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Alana Fagundes Valério, Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Morais, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Thaís Pereira e Victória Menezes Pereira

Designer Editorial: Lucas Kfouri

Estagiárias: Maria Carolina Ferreira, Sofia Mattos e Tainá Luz Carvalho

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação capa: Ariel Villalba e Cinthia Riveros

Líder de Inovações de Conteúdo para Print
Camilla Furegato da Silva

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação
Marcello Antonio Mastrorosa Pedro

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica
Mauricio Alves Monte

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Estagiária de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

Sumário

Direito Penal

En busca de la racionalidad: la necesidad de un nuevo camino para la política legislativa penal de Brasil

In search of rationality: the need for a new criminal legislative policy in Brazil

Chiavelli Falavigno 19

Enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil: apontamentos sobre a Lei 13.344/2016 e seus precedentes

Facing trafficking in persons in Brazil: notes on Law 13,344/2016 and its precedents

Michelle Barbosa Agnoleti 41

Corrupção e violação de direitos humanos: uma correlação necessária? Apontamentos críticos ao debate Peters-Davis

Corruption and human rights' violation: a necessary correlation? Critical notes on the Peters-Davis debate

Ranieri L. Resende 69

Ecocídio e responsabilidade empresarial nos crimes ambientais

Ecocide and corporate liability in environmental crimes

Raphael Boldt 91

Crime político: entre a extradição e a anistia no Supremo Tribunal Federal

Political crime: between extradition and amnesty in the Brazilian Supreme Court

Renata da Silva Athayde Barbosa 113

Ocultar o oculto: apontamentos sobre a lavagem de dinheiro em tempos de criptomoedas

Hiding the occult: notes on money laundering in times of cryptocurrency

Renato de Mello Jorge Silveira e Beatriz Corrêa Camargo 145

Processo Penal

Liberdade para quem? Existem vieses políticos no julgamento de *habeas corpus* da competência originária do Supremo Tribunal Federal?

Freedom for whom? There are political biases in the judgement of habeas corpus *of originating competence from the Federal Supreme Court?*

José Mário Wanderley Gomes Neto, Luis Felipe Andrade Barbosa e Rafael Alves de Luna 191

Oralidade e democratização no processo penal contemporâneo

Orality and democratization in contemporary criminal proceedings

Marcos Eugênio Vieira Melo 211

O manifesto autoritarismo inquisitorial do artigo 385 do Código de Processo Penal

The inquisitory authoritarian manifestation of article 385 of the Criminal Procedure Code

Ricardo Jacobsen Gloeckner e Juliano de Oliveira Leonel..... 251

Crime e Sociedade

A pena nos tempos do cólera

Punishment in the time of Cholera

Nilo Batista 285

Direito Por Quem o Faz

Parecer: Requisitos narrativos da denúncia e justa causa no delito autônomo de organização criminosa

Factual and narrative requisites regarding the prossecution for criminal organizations

Danilo Knijnik 307

Resenha

"Justiça Negociada e Fundamentos do Direito Penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença penal no Brasil" – propostas para limitação normativa aos acordos e à atuação judicial no controle de suficiência probatória para homologação

"Negotiated justice and criminal law foundations: premises and material limits for plea bargaining in Brazil"– arrangements for normative limitation to the agreements and for judicial control of factual adequacy

Vinicius Gomes de Vasconcellos 343

Índice Alfabético-remissivo

Autores 363

Temas 365

Normas de Publicação – Revista Brasileira de Ciências Criminais 369

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 381

Condições para Submissão (*Check List*) 387

En busca de la racionalidad: la necesidad de un nuevo camino para la política legislativa penal de Brasil

In search of rationality: the need for a new criminal legislative policy in Brazil

Chiavelli Falavigno

Estágio pós-doutoral em Política Legislativa Penal pela Universidade de Málaga. Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, com período sanduíche na Universidade de Hamburgo. Pesquisadora visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e do Instituto Max Planck de Direito Penal estrangeiro. Professora Adjunta de Direito e Processo Penal da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).
ORCID: 0000-0002-7264-2171
chiavelli.falavigno@gmail.com

Recebido em: 24.07.2020
Aprovado em: 19.10.2020
Última versão da autora: 27.10.2020

Áreas do Direito: Penal; Fundamentos do Direito

Resumen: El presente trabajo de investigación aborda el tema de la evaluación de leyes penales como una herramienta para promover el mejoramiento del proceso legislativo penal. La justificación de este estudio se encuentra en el actual escenario de expansión penal en Brasil y apunta a buscar maneras de desvincular la producción legislativa penal de demandas electorales y mediáticas. Los objetivos del artículo son: delimitar los conceptos de racionalidad legislativa predominante en la doctrina de Europa y de evaluación de leyes penales en los trabajos de los miembros del "Grupo Español de Política Legislativa Penal". Por último, trabajar las posibilidades de implementación de estos estudios en Brasil, analizando algunos trabajos realizados aquí sobre el tema. El método será análisis bibliográfico y legislativo.

Abstract: This research paper addresses the issue of the evaluation of criminal laws as a tool to promote the improvement of the criminal legislative process. The reason for this study is the current scenario of criminal expansion in Brazil, looking for ways to disconnect the criminal legislative production of electoral intends and mediatic influences. The objectives of the article are: to delimit the concepts of legislative rationality prevalent in the doctrine of Europe and of evaluation of criminal laws in the work of the members of the "Spanish Group of Criminal Legislative Policy". Finally, work on the possibilities of implementing these studies in Brazil, analyzing some researches done here about the subject. The method will be bibliographic and legislative.

Palabras clave: Racionalidad legislativa – Dogmática penal – Evaluación de las leyes – Producción legislativa penal en Brasil.

Keywords: Legislative rationality – Legislative branch – Legislative impact studies – Criminal legislative production in Brazil.

Sumário: Introducción. 1. La idea de racionalidad legislativa: por una legislación penal más allá de la indignación colectiva. 1.1. La construcción de criterios para el control de la producción legislativa penal: diálogos en el pensamiento europeo. 2. Las herramientas de evaluación legal: en busca de la concretización de la racionalidad. 2.1. Evaluación legal: origen, criterios y propuestas. 3. La evaluación de leyes en Brasil: algunos estudios en materia penal. 4. Propuestas legales en trámite. Consideraciones finales. Referencias.

Introducción

La[1] discusión acerca de la construcción de una política legislativa penal en Brasil es muy incipiente aún. Desafortunadamente, es común que se hagan proyectos de Ley, sobre todo en el área penal, de forma acelerada, como respuesta a un caso concreto de violencia o como una manera de contener las demandas populares por una mayor seguridad publica en las calles, y así tener más apoyo electoral y mediático. Las discusiones a respecto de los efectos de estas leyes son postergadas o, en la mayoría de los casos, siquiera consideradas en los proyectos. Por tanto, las justificaciones de las leyes penales en Brasil y la verificación posterior de la realización de sus objetivos –lo que se puede ubicar en la doctrina de racionalidad legislativa– son temas que necesitan profundización teórica y práctica.

En Europa, ya desde hace tiempo, se han construido diferentes doctrinas sobre la racionalidad legislativa penal. El profesor español Díez Ripollés es el nombre más conocido en Brasil. En su libro sobre el tema, *La racionalidad de las leyes penales*, establece diálogos con construcciones hechas por otros autores españoles, como Manuel Atienza, y profesores alemanes e italianos, como Joachim Vogel y Francesco Palazzo, respectivamente. Al análisis de estas teorías se dedicará el primer capítulo de este trabajo.

En la Universidad de Málaga, donde quien realiza la presente investigación ha hecho sus estudios postdoctorales con la orientación del ya mencionado profesor Díez Ripollés –en el ámbito del denominado "Grupo Español de Política Legislativa Penal", integrado por investigadores europeos y también latino-americanos–, se producen muchos estudios sobre las diferentes herramientas que pueden hacer posible la constatación de la racionalidad en la producción legislativa penal. Por ello, el segundo capítulo de este artículo tenderá un diálogo con estos estudios.

1. Este trabajo es fruto de una investigación postdoctoral realizada en España con apoyo financiero de la Fundación Carolina, a la cual desearía agradecer.

En Brasil, actualmente, ya se pueden observar en la doctrina especializada algunos artículos que tratan sobre criterios de racionalidad, estudios de impacto y otras herramientas para el análisis legislativo general o, específicamente, en materia penal.[2] Este último punto es, precisamente, lo que interesa a este estudio. De esta manera, algunos de estos trabajos producidos en Brasil en los últimos años sobre el tema de la racionalidad legislativa penal y sus procesos de evaluación, sobre todo los estudios de impacto, serán analizados en la tercera parte de este artículo.

Finalmente, se harán algunas observaciones sobre leyes y decretos vigentes o en trámite que tengan como objetivo una mejor reglamentación de la materia de producción legislativa penal en Brasil.

Como conclusión, se pretende hacer un análisis sobre algunas de las ideas más interesantes sobre el tema, proponiendo algunos pasos para la profundización de esta discusión. Para esto, serán retomados aportes de diversas áreas de las ciencias criminales, tales como la dogmática, la técnica legislativa, la criminología y la política criminal.

1. La idea de racionalidad legislativa: por una legislación penal más allá de la indignación colectiva

Díez Ripollés es, sin duda, uno de los principales autores que trabaja la idea de racionalidad legislativa aplicada a la producción de leyes penales. En sus críticas hechas a las reformas del Código Penal español, el autor deja claro su objetivo de frenar el movimiento que ocurre en España – y también en Brasil – de transformar las leyes penales en instrumento de propaganda, encubriendo políticas defectuosas basadas en la explotación de emociones colectivas.[3] Muchos de los cambios legislativos[4] recientes son, para el autor, decisiones tomadas con base en campañas mediáticas o presiones de grupos de

2. Es importante destacar, por cierto, que muchos de estos trabajos fueran publicados en el Volumen n. 147 de septiembre de 2018 de la *Revista Brasileña de Ciencias Criminales*, conformado por un dossier sobre los retos de la política legislativa penal del siglo XXI, organizado por los profesores Díez Ripollés y Becerra Muñoz, de la Universidad de Málaga.

3. Sobre el populismo penal y su manifestación en América Latina: GÓMEZ, Andrés; PROAÑO, Fernanda. Entrevista a Máximo Sozzo: "Qué es el populismo penal?" URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad, núm. 11, marzo, 2012, pp. 117-122.p. 118; Sobre la racionalidad moderna en la construcción de un sistema penal que valora demasiadamente la opinión pública, PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/121354/mod_resource/content/1/Pires_A%20racionalidade%20penal%20moderna.pdf. Acesso em 27.10.2020. p. 48.

4. Muy interesante es la comparación de los cambios apuntados por Díez Ripollés en la legislación española, muchos de los cuales hoy se observan en Brasil, sobre todo en el llamado "Proyecto Anticrimen". Son criticados como oportunistas por el autor, por ejemplo, el mayor uso de la prisión preventiva y el agravamiento de las penas de los crímenes tradicionales, como aquellos contrarios a la propiedad, mientras que lo mismo no ocurre respecto a la delincuencia financiera.

víctimas, con propuestas que no son sometidas a debate más allá de la indignación social, sin que se analice técnicamente su necesidad real (DIEZ RIPOLLÉS, 2015, p. 9 a 13). Esto es, sin duda, un síntoma de la política criminal oportunista, conocida también en Brasil desde hace muchos años.

Uno de los caminos que se puede tomar, por tanto, para la revisión de esta tendencia, se fundamenta en una mayor cientificidad y en un aporte metodológico en el procedimiento legislativo en materia penal. La idea es, sí, romper con la utilización de leyes penales para fines no declarados, o inclusive como un medio de frenar las demandas populares de una solución para la criminalidad, sin que estas leyes, en ningún momento, contribuyan efectivamente para el alcance de este objetivo. La criminalización de conductas debe ser pensada más allá de demandas subjetivas y emocionales, obedeciendo a parámetros que se oponen a las demás políticas públicas.

En este contexto, se pasa, entonces, a hablar de la idea de racionalidad en la producción de leyes penales.

1.1. La construcción de criterios para el control de la producción legislativa penal: diálogos en el pensamiento europeo

En un trabajo anterior, fruto de esta misma investigación postdoctoral, se analizó con detalle la doctrina de Díez Ripollés sobre los criterios de racionalidad en la producción legislativa penal[5]. En una síntesis realizada por el autor, se pueden resumir los criterios de la siguiente forma:

> "A partir de los presupuestos anteriores, una ley padecerá de irracionalidad ética si no se ajusta en su contenido a los criterios o principios éticos incuestionados del sector jurídico en el que nos movamos, en el caso del derecho penal, los principios estructurales antedichos. También carecerá de ella si renuncia al criterio democrático como principio último de resolución de las controversias dentro y entre las subsiguientes racionalidades, o si prescinde de una estructura de racionalidad legislativa equivalente a la vigente en un determinado momento histórico y cultural. La irracionalidad teleológica aparecerá en la medida en que los objetivos a perseguir por la ley no hayan sido acordados en el marco de un empleo discursivo del criterio democrático, que haya prestado la debida atención a todos los componentes ético-políticos relevantes, o no reflejen tal acuerdo. La irracionalidad pragmática surgirá tanto ante leyes penales que no son susceptibles de un apreciable cumplimiento por los ciudadanos o de una significativa aplicación por los órganos del control social jurídico sancionador, cuanto ante leyes que, en cualquier caso, no logran los objetivos pretendidos. La irracionalidad jurídico-formal la poseerán leyes inconsistentes consigo mismas o que introducen

5. FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. El examen de racionalidad en la legislación penal brasileña: un análisis de la ley 11343 de 2006. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 162, p. 121-143, dez. 2019.

> o dejan sin resolver incoherencias en el sector jurídico en el que se insertan o en el conjunto del ordenamiento. Y la irracionalidad lingüística afectará a leyes cuya formulación impide o dificulta la transmisión de sus contenidos a los destinatarios de su cumplimiento o aplicación." (DÍEZ RIPOLLÉS, 2001, p. 511)

El conjunto de racionalidades desarrolladas por Díez Ripollés busca que las diversas fases del procedimiento de producción legal estén permeadas por criterios técnicos. Como destaca Irene Navarro Frías, el examen de la legislación por el derecho penal no se agota en el aspecto formal, como se podría deducir de las racionalidades lingüística y jurídico-formal. Es necesario que la ciencia de la legislación cuestione también aspectos materiales, para lo que sirve, por ejemplo, la racionalidad ética (NAVARRO FRÍAS, 2010, p. 238 y siguientes). La verificación de cada una de ellas se hará por medio de herramientas de deliberación y evaluación previas y posteriores a la creación de la ley, las cuales serán tratadas con un mayor detenimiento en las próximas partes de este trabajo.

Sin embargo, hay otros autores que también se dedicaron al tema, cuyas ideas son recuperadas en muchos trabajos del ya citado autor español. En el presente apartado, el objetivo será discutir las ideas de Díez Ripollés en conjunto con estos otros autores que también intentaron, con más o menos precisión, determinar algunos criterios teóricos para que se pueda considerar una ley penal como un acto racional.

El primer autor al que se hace referencia es otro español, Manuel Atienza. Este autor se propuso desarrollar, aún en la década del 90, una ciencia de la legislación en general, es decir, que no se limitara a una determinada área del derecho. Para diferenciarla de la dogmática, Atienza destaca que, incluso siendo ésta posterior a la ciencia de la legislación – pues ya se dedica a los efectos de los actos legales listos – es esencial que se entienda que las dos, dogmática y ciencia de la legislación, son materias complementarias. Para la construcción de la dogmática, es fundamental el conocimiento de la fase anterior, dado que el sentido de la ley – y, añadimos, su justificación – debe ser siempre considerado para la determinación de criterios adecuados de interpretación (ATIENZA, 1997, p. 18).

En la definición de Atienza, que sirvió como referencia a Díez Ripollés, la racionalidad legislativa también se divide en cinco niveles. Los nombres son los mismos de la teoría de Díez Ripollés, sin embargo, su orden y su contenido varían.

En primer lugar, está la racionalidad lingüística, para que el emisor pueda transmitir su mensaje con claridad – y alguna calidad de esta racionalidad es un presupuesto para el inicio de verificación de las demás. Después encontramos la racionalidad jurídico-formal, para que el sistema de derecho continúe siendo armonioso, y, en seguida, las racionalidades pragmática y teleológica, que serían, respectivamente, la adecuación de las conductas de los destinatarios a las prescripciones legales y el cumplimiento de los objetivos sociales por medio de la norma. En un último lugar está la racionalidad ética, que se refiere a la justificación ética de los valores contenidos en las conductas prescritas y en los fines de la norma (ATIENZA, 1997, p. 28).

Es importante destacar que las racionalidades teleológica y pragmática están profundamente conectadas, pues el alcance de la finalidad de una ley depende, entre otros factores, de su influencia en las conductas de los destinatarios. La racionalidad pragmática, además, se vincula al hecho de que las leyes dejen de ser solamente enunciados lingüísticos y se transformen en derecho activo.

La desobediencia del mandamiento contenido en la ley por sus destinatarios puede originarse, según Atienza, en factores subjetivos, como la falta de motivación, u objetivos, como la falta de estructura financiera (ATIENZA, 1997, p. 37). Para la verificación concreta de esta (des)obediencia, es necesario pensar en herramientas, como por ejemplo los estudios empíricos. Es importante reflexionar que, sin embargo, en países como Brasil, con una innegable desigualdad social, esta falta de motivación para adecuar un comportamiento a una norma punitiva no puede ser analizada solamente desde el punto de vista de la insuficiencia de sanción.

Ya en la racionalidad teleológica, se pretende verificar si los fines últimos de la ley pueden ser alcanzados[6], evitándose así la construcción de un derecho penal simbólico – suponiéndose, aquí, no ser ésta precisamente la intención del legislador[7]. Para Atienza, irracional sería no solamente la ley que no produce efectos, sino la que los provoca de forma no prevista e indeseable (ATIENZA, 1997, p. 38). Para esta verificación, el propio autor sugiere las llamadas evaluaciones legislativas[8], como conjunto de técnicas dirigidas al análisis empírico de la legislación[9].

Sin embargo, la cualidad de la teoría de Atienza, que da una mayor importancia al criterio ético, sobre todo en el campo penal, llevaría a una profundización de la discusión sobre la dignidad penal del valor tutelado y de la conducta prohibida antes de una decisión sobre la creación de un tipo penal. La posición por una inversión en el examen de los

6. Para la verificación de la racionalidad teleológica, se puede pensar en la implementación de los estudios de impacto legislativo. La comparación de los resultados de un estudio posterior con la justificativa previa de una ley puede ayudar a revelar no solamente déficits de aplicación, sino también problemas estructurales de implementación o de medios elegidos.

7. Para eso, es importante la observación de Atienza sobre el derecho penal simbólico intencional, cuando su cumplimiento sería su frustración (ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997. p. 44).

8. En Brasil, esta verificación teleológica sería difícil de ser llevada a cabo en razón de la poca claridad – o incluso de la ausencia – de las justificativas legales, que serían los efectos declarados. De la misma forma, la falta de estudios anteriores a la promulgación que prevean lo que pasaría en la sociedad con la actuación de la ley – serían los efectos previstos. Además, la falta de estudios de impacto posteriores compromete, también, este criterio de racionalidad, sobre todo en el campo del derecho penal, pues no queda claro si el uso de la legislación penal si produjo o no una consecuente disminución de la violencia o de la criminalidad.

9. Importante destacar que, todo el tiempo, en su obra, Atienza refuerza que la interdisciplinariedad, sobre todo con la sociología, es fundamental en la teoría de la legislación. (ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997. p. 52).

criterios, conforme también adopta Díez Ripollés, parece tener más sentido en procesos de criminalización.

Rediseñando el orden de racionalidades, un buen camino para el proceso sería, entonces, comenzar por la elección del valor o bien jurídico que será tutelado, y a continuación, por medio de la justificación, realizar, de forma clara, la definición de la finalidad de la norma y de la estructura y fuente de financiación necesarias para su implementación. Por último, se debería proceder a la verificación de su adherencia al sistema constitucional vigente y redactar los tipos atendiendo a los mandamientos de la legalidad. En la práctica, de hecho, muchos de estos criterios pueden ser realizados conjuntamente o concomitantemente, dependiendo de las herramientas desarrolladas para su análisis.

El destaque que Atienza otorgó a los estudios empíricos y a la sociología – y a la interdisciplinariedad como un todo – en la construcción de las herramientas de verificación de las racionalidades, principalmente la teleológica y la pragmática, es, sin duda, de adopción obligatoria en un proceso legislativo que se desee racional.

En Alemania, Joachim Vogel también ofrece propuestas para un mayor cientificismo del proceso legislativo penal, realizando aportes para incrementar el control dogmático previo en la elaboración de actos legales. Desde el parámetro de las ciencias criminales ya concebido por Roxin, Vogel refuerza la necesidad de que la política criminal y la dogmática sean pensadas conjuntamente.

La falta de discursividad, desde la concepción de Habermas (VOGEL, 2001. p. 113 e seguientes), y de participación de la ciencia del Derecho Penal en el procedimiento legislativo llevan, según Vogel, a la falta de legitimación de las leyes penales en muchas otras áreas (VOGEL, 2001. p. 107). La racionalidad de la política criminal estaría asociada al examen de la fundamentación de la ley, que debe ser comprensible, y a la comprobación de sus finalidades. Garantizan dicha racionalidad la aceptación empírica – examen de lesividad social, adecuación de la intervención penal y consecuencias accesorias indeseables de la punición –, la evaluación normativa – el examen sobre la protección de los bienes jurídicos, de la subsidiariedad y de la *ultima ratio* – y los criterios dogmáticos – el examen de adecuación sistemática al Derecho Penal ya vigente y su dogmática (VOGEL, 2001, p. 108).

La idea de Vogel está centrada en una mayor intervención de la dogmática penal y su cientificidad en el proceso legislativo, pudiéndose observar también una posible participación de la criminología, desde una perspectiva de la aceptación empírica. En comparación con el pensamiento de Díez Ripollés y Atienza, son muchas las intersecciones que pueden ser realizadas, tales como la racionalidad teleológica en la idea de aceptación empírica, la racionalidad ética en la idea de evaluación normativa y la racionalidad jurídico-formal en el análisis de los criterios dogmáticos. Es cierto que no se pueden sobreponer las teorías; sin embargo, muchos de sus contenidos pueden ser aprovechados para la construcción de conclusiones similares.

Entre tanto, Francesco Palazzo realiza algunas críticas a la participación de los científicos del derecho penal en la producción legislativa, destacando que estos no tuvieron

mucho espacio en Italia, sobre todo porque su actuación se ha desarrollado casi exclusivamente sobre los criterios de criminalización (PALAZZO, 1997. p. 720 y siguientes). La impresión del autor es que los legisladores asumieron la ciencia penal como una protectora de los principios fundamentales, actuando solamente en la delimitación de un campo donde la elección de valores a ser efectuada por los legisladores podría moverse. Para que el dialogo entre los dos grupos, legisladores y científicos, sea más fructífero, sería necesario la construcción de una relación entre el pensamiento jurídico-penal y la actividad legislativa de forma paritaria, constante, difusa y en locales definidos (PALAZZO, 1997. p. 731 y siguientes).

Para ello, según el autor, es preciso que se desarrolle un método de interacción que aborde no solamente la precisión científica del lenguaje, sino también la dogmática de los principios propios del derecho penal y de la elaboración de principios extrasistémicos – constitucionales, etc. –, aún con capacidad de asegurar siempre el contrapunto y la crítica (PALAZZO, 1997. p. 731 y siguientes). Palazzo demuestra una preocupación con la manutención de la libertad de elección del legislador, bien como con la construcción de un diálogo efectivo y saludable entre la actividad legislativa y la participación de los juristas especializados en la ciencia penal, área que necesita de una atención especial y diferenciada de las demás en el proceso de confección de normas.

En esta idea de racionalidad metodológica, el autor atribuye a la ciencia penal, que debe actuar sin ninguna arrogancia, el papel de verificación preventiva y consumativa de la factibilidad y coherencia empírica[10] de las elecciones tomadas por el legislador. Podría dividirse el método, entonces, en racionalidad finalista y racionalidad instrumental. En cuanto la primera se refiere a las opciones ideológicas del legislador, la segunda verifica la conexión entre solución legislativa y objetivo funcional (PALAZZO, 1997. p. 735).

Sin embargo, además de una mayor preocupación del autor en determinar, con el uso del método, la relación entre el espacio de la ciencia y de la política en el proceso de confección legal, se puede extraer de sus aportes una clara relación de contenido con las ideas de Díez Ripollés, pensando la racionalidad finalista e instrumental, respectivamente, como la racionalidad teleológica y pragmática, haciendo la salvedad respecto a los aspectos propios y las identidades de cada teoría.

Concluyendo la primera parte de este estudio, puede verificarse como puntos en común de todas las teorías la idea de un mayor compromiso de los científicos del derecho – en este caso, penal – en la construcción de las leyes. Además, con alguna variación de criterios y conceptos, la idea de racionalidad en las leyes penales no puede dejar de abarcar un criterioso – y democrático – debate sobre la dignidad de los valores cuyos ataques serán criminalizados, lo que debe ser llevado a cabo considerando el sistema presente en la Constitución. Así mismo, es necesaria la definición clara de los fines ideológicos del legislador, bien como de los efectos concretos esperados con la implementación

10. Una vez más, se hace referencia a la necesidad de herramientas empíricas.

del acto legal, ya sea en la estructura del sistema judicial, o en los comportamientos de los ciudadanos.

No obstante, para que estas ideas puedan ser implementadas, son muchos los cambios en el proceso legislativo que deben ser establecidos, sobre todo en materia de evaluación previa y posterior de actos legales. Es precisamente sobre ese punto que se profundizará en los próximos capítulos de este trabajo.

2. Las herramientas de evaluación legal: en busca de la concretización de la racionalidad

Expuestas algunas propuestas teóricas sobre qué criterios deberían ser considerados para posibilitar la creación de una legislación penal racional y técnica, se puede afirmar que tanto la interdisciplinariedad, como una mayor participación de los científicos de las ciencias criminales en el proceso de producción legislativa es esencial. El exceso de atención al Poder Judicial y la manutención sin cuestionamientos de la premisa mayoritaria – a través de la representación popular por los miembros del Legislativo – tiene como resultado una política criminal sin objetivos, producida con base en demandas electorales y sin contribución en la reducción de la criminalidad – o incluso sin datos que respondan esta cuestión. Tales leyes, muchas veces, pasan años vigentes para, después de causar muchos daños, ser invalidadas por la actuación judicial.

Es necesario, por tanto, que la atención de los juristas se centre también en la llamada ciencia de la legislación. No obstante, la teoría no es suficiente para los cambios que deben ser realizados en esta materia. Es preciso pensar metodologías y herramientas a ser introducidas en el proceso legislativo para que se pueda, entonces, mesurar y mejorar su racionalidad.

En la segunda parte de este artículo, se analizan algunos trabajos recientes de los miembros del Grupo Español de Política Legislativa Penal[11], coordinado por el profesor Díez Ripollés en la Universidad de Málaga. La idea aquí es hacer un recorte solamente sobre los textos que trabajan evaluación de leyes penales, sobre todo en el punto de las herramientas para la verificación de los criterios de racionalidad.

En el limitado espacio de este trabajo, se analizarán solamente textos del área jurídica. Sin embargo, se deja manifiesta la concordancia con el pensamiento de Atienza, en el sentido de que la interdisciplinariedad, principalmente con la sociología, es esencial para que se haga una evaluación de la ley de manera correcta y profunda. Además, más allá de los aspectos teóricos, Díez Ripollés destaca la importancia de que se pueda contar, por parte del Estado, con los medios personales (DIEZ RIPOLLÉS, 2013, p. 62), materiales

11. El sitio web del grupo se puede visitar en: https://www.uma.es/grupo-espanol-politica-legislativa-penal/. Acceso el 17.07.2019.

y metodológicos para que se lleve a cabo con éxito el proceso de evaluación legal (DIEZ RIPOLLÉS, 2013, p. 62).

2.1. Evaluación legal: origen, criterios y propuestas

El proceso de evaluación legislativa tuvo su origen en los Estados Unidos, a principios del siglo XX, vinculado a políticas relacionadas con la agricultura. Posteriormente, la técnica se extendió a las políticas contra la pobreza y la delincuencia, destacándose a finales de los años 60 y 70 con las políticas sociales del gobierno Kennedy, y después, en los años 80, con la creación de la GAO (*General Accounting Office*). Ésta funcionaba "como organismo responsable de evaluar los programas y las políticas públicas en el nivel federal y con el cometido fundamental de recabar la información necesaria para que el Parlamento pueda evaluar las actividades del ejecutivo" (MORALES ROMERO, 2010, p. 5).

Las evaluaciones son, sin duda, una forma de racionalizar la producción legislativa y la toma de decisiones en la esfera pública. Los datos obtenidos pueden ayudar no sólo a la motivación de los ciudadanos destinatarios de las normas, sino también en la actuación de los miembros del Poder Legislativo que las elaboran y de los funcionarios responsables por su aplicación. Aún, es posible, por medio de éstas, revelar las intenciones reales por parte de algunas leyes, sobre todo en materia de criminalización.

Para José Becerra, es innegable la importancia de la evaluación y el rediseño del funcionamiento de algunas instituciones para que se acompañe la calidad de producción y aplicación de las políticas criminales, expresas en la ley penal. Las herramientas desarrolladas para evaluar, como por ejemplo estudios de impacto, pueden observar aspectos específicos como la participación de los actores de las políticas criminales, pero es necesaria una profundización en todo el proceso legislativo, con sus fases previas y posteriores en diferentes órganos e instituciones, para que pueda interpretarse correctamente las informaciones obtenidas (BECERRA, 2016, p. 142 y 143).

Hay muchas herramientas y métodos para que se lleve a cabo este procedimiento, siendo algunas de ellas anteriores, en el proceso prelegislativo, como los ya mencionados estudios de impacto, y otras posteriores, que verifican si los objetivos de la ley fueron de hecho alcanzados o si serán necesarias reformas o incluso la derogación.

Como una primera medida para posibilitar una buena evaluación de la ley penal y también para que se pueda, después, hacer la verificación de la concretización de los fines de la norma – ubicándose esta consideración en la racionalidad teleológica –, es necesario un cambio en la importancia y contenido de la justificación de la ley penal.

Partiendo del presupuesto de que la ley penal se trata de una acción colectiva y se da en el marco de una institución, que es el sistema jurídico, Paredes Castañón divide esta justificación en cuatro perspectivas: a) justificación moral, que es el sentido de justicia en el contenido directivo de la ley; b) justificación jurídica, que es el examen de validez sobre la compatibilidad del contenido directivo de la ley con el sistema jurídico ya vigente; c) justificación política, que examina la legitimidad de la ley por la adecuación de

su contenido directivo a la estructura social en que será aplicada y las bases de su sistema político originario y d) justificación instrumental[12], que es el análisis de eficiencia y eficacia[13], es decir, los efectos de la ley en acción, en términos de su contenido y su resultado (PAREDES CASTAÑON, 2013, pp. 31 y 32).

La justificación que se emprende solamente desde el punto de vista de la ética es insuficiente para realizar la evaluación de la racionalidad de la política pública – siendo una faceta de ésta la política criminal, constituida por la política legislativa penal (PAREDES CASTAÑON, 2013, pp. 31 y 32). Un muy buen primer paso para posibilitar una buena evaluación sería, sin duda, una modificación en el proceso legislativo, de tal manera que haya exigencias mínimas de contenido para la justificación de las leyes.

Para Samuel Rodríguez Ferrández, el proceso de evaluación tiene que ver justamente con la organización, la sistematización de fases, el proveimiento de recursos, la selección de instrumentos, etc., siendo una estrategia para mejorar dichas políticas públicas, incrementando la calidad y la productividad del servicio público. De este modo, la evaluación legislativa, como una manera de verificar los efectos y las consecuencias de las leyes, se construye por ese mismo camino (RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, 2016, pp. 112 y 113).

Rodríguez Ferrández aduce que, en la construcción de una metodología de evaluación, es necesario que se deje claro los objetivos buscados, para que el mantenimiento o la derogación de la ley pueda ser consecuencia de los resultados concretos de la investigación. En principio, ésta debe: comprobar si los cambios sociales soportan la regulación prevista en la norma, comprobar los costos de ejecución en un primer momento y los costos públicos y privados en la totalidad del Ordenamiento. El autor sugiere un cuestionario de una serie preguntas, que siguen estas líneas: por qué intervenir, cuáles son las alternativas en caso de derogación o modificación de la ley, si la ley debe seguir vigente, si la ley debe ser modificada, si su vigencia debe ser limitada, si la norma es efectiva subjetivamente por ser comprendida por los ciudadanos, si la norma es objetivamente efectiva, si la norma es eficiente – es decir, si su utilidad para la seguridad y su costo en privación de libertad originan una relación positiva o deseable. Además de eso, es necesario delimitar el objeto de investigación de la forma más detallada posible, con informaciones adicionales de funcionarios, déficits de aplicaciones, etc. (RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, 2016, pp. 137 y 139).

Con una evaluación completa de una ley penal, se pueden verificar la efectividad, como racionalidad pragmática, la eficacia, como racionalidad teleológica, y la eficiencia, como dimensión transversal de las demás racionalidades. Por la eficacia, se mide si la norma penal cumplió sus fines y los fines esperados por el Derecho penal y sus principios,

12. Sobre la función motivadora de la racionalidad instrumental: PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Racionalidad instrumental del legislador y estereotipos sociales sobre la delincuencia: modelos de argumentación punitivista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 147, p. 403-431, set. 2018. p. 406 y siguientes.

13. Esos criterios serán mejor definidos en este capítulo.

desde la prevención de crímenes hasta la disminución de la violencia como un todo. La efectividad, a su vez, presuponiendo el examen anterior, verificará si la norma ha llevado a cabo la prevención real de comportamientos delictuosos, esto es, si los comportamientos de los ciudadanos se adecuaron a la previsión legal. Finalmente, la eficacia está relacionada a la matemática de los costos[14], si estos son razonables, si podrían ser disminuidos, y, obviamente, si las restricciones de libertad justifican las tasas de reducción del crimen e incremento de la seguridad (RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, 2016, pp. 140 y 141).

Susana Soto Navarro también destaca la importancia de la evaluación posterior a la fase parlamentaria, en la cual se debe considerar los efectos sociales de la norma y también su aplicabilidad por jueces y tribunales, es decir, si las conductas de los ciudadanos se adecúan a las reglas propuestas – racionalidad pragmática – y si los fines de la ley fueron alcanzados – racionalidad teleológica (NAVARRO FRÍAS, 2010, p. 163).

Sin duda, son muchas las formas y métodos que pueden ser desarrollados para una buena evaluación legal, por medio de la cual se pueda verificar o implementar la racionalidad de la ley. Más allá de los estudios referidos, hay autores brasileños que también hicieron aportes al tema, punto que analizaremos a continuación.

3. La evaluación de leyes en Brasil: algunos estudios en materia penal

En primer lugar, es importante destacar que el análisis realizado en este apartado abarcará solamente los textos de autores que trabajan los temas de racionalidad en la producción legal y evaluación legislativa en materia penal, en razón de los objetivos de esta investigación. Seguramente, en el área del derecho constitucional, tributario, etc., hay también numerosos investigadores que se dedican al tema de la *legisprudencia* y del mejoramiento del proceso legislativo nacional. Tampoco serán objeto de esta investigación trabajos que critican la política criminal brasileña en general, efectuando un recorte en los textos que exponen criterios de racionalidad y cambios en el proceso de confección de la ley penal, tales como la utilización de métodos de evaluación, sobre todo los estudios de impacto.[15]

14. Precisamente sobre los costos de decisiones tomadas en materia de política criminal, más allá de todos los estudios ya realizados sobre la teoría económica de la pena, véanse algunos trabajos de los miembros del Grupo español: URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de. Economics as a Tool in Legislative Evaluation: Cost-Analysis, Cost-Efficacy and Cost-Benefit. In: *Towards a Rational Legislative Evaluation in Criminal Law*, Springer, 2016.

15. Hay muchas investigaciones sobre las características de la legislación penal aprobada en los últimos años en Brasil, como: MACHADO, Maíra Rocha et al. Análise das justificativas para a produção de normas penais. Série Pensando o Direito. Brasília: Ministério da Justiça, v. 32, 2009 e MENDES, André Pacheco Teixeira. Por que o legislador quer aumentar penas? Populismo penal legislativo na Câmara dos Deputados. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/26913/26913.PDF. Acesso em 30.07.2020; CAMPOS, Marcelo da Silveira; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de.

Antes de ingresar a los criterios propuestos, es necesaria la referencia a lo expuesto por Luiz Guilherme Mendes de Paiva, que critica la falta de una orientación para el sistema penal brasileño, lo que dificulta la tarea de evaluar la ley como una herramienta inscrita en un proceso de concretización de determinadas políticas públicas (PAIVA, 2014, p. 372). Sin embargo, además de las disposiciones de la Ley de Ejecución penal en el sentido de que la pena en Brasil debe resocializar al condenado[16], el Código Penal hace muchas veces referencia a la función retributiva de la sanción. En la Constitución, empero, no se ha dejado espacio para ese debate, de forma que lo que se puede observar es que las leyes promulgadas en materia penal parecen tener objetivos individuales, que no contribuyen en la construcción de un proyecto con efectos concretos para la reducción de la criminalidad.

Son muchos los autores que criticaron la política criminal hoy vigente y sus consecuencias en materia de producción legislativa nacional, ya sea en el aspecto de género (SOUZA & FERRAZ, 2018), del terrorismo (GUARANHA, 2018), de la criminalidad económica (BELLO & SAAVEDRA, 2018), de la ejecución penal (DAVID, MORIGGI & CRISTAL, 2018), etc. Es urgente la necesidad de establecer criterios dogmáticos y cambios en el procedimiento legislativo brasileño para la construcción de una ciencia legislativa penal racional. Tres modelos propuestos por la doctrina serán analizados a seguir.

Según Marcelo Ruivo, existen dos corrientes sobre la limitación del Poder del Legislador: una que lo ve como un poder ilimitado, y otra que presupone la existencia de límites ontológicos de la realidad a esa actividad, los cuales condicionan la existencia humana, la organización social y la elaboración de conceptos jurídicos y de la ley (RUIVO, 2018, p. 591). La contribución de las ciencias criminales es esencial para imponer estos límites, sobre todo la criminología empírica, el derecho penal y su análisis valorativo, y la política criminal, con su esclarecimiento de las mejores estrategias prácticas para el tratamiento de conflictos sociales (RUIVO, 2018, p. 592). El primer modelo aquí analizado está basado en el uso de la dogmática. Marcelo Ruivo utiliza la norma de proporcionalidad en la definición de valores que deben ser tutelados por medio de la ley penal.

El modelo diseñado por Ruivo, en el cual los proyectos de ley penal deben contener una fundamentación obligatoria, posee criterios de proporcionalidad en la definición de los intereses político-criminales dignos de tutela, estableciendo la necesidad de verificación de: a) la adecuación y merecimiento de tutela penal; b) su real necesidad y carencia; c) la proporcionalidad en sentido estricto y dignidad de la tutela penal. Por el último, se entiende una comparación entre restricción y realización de derechos fundamentales por medio de la ley penal (RUIVO, 2018, pp. 602-608). Estas ideas se aproximan a un examen pormenorizado que se asemeja a la racionalidad ética.

A ambiguidade das escolhas: política criminal no Brasil de 1989 a 2016. In: Rev. Sociol. Polit., v. 28, n. 73, e002, 2020.

16. Aquí se hace necesaria la referencia a toda la crítica criminológica a esa concepción, sobre todo por la negación de los males de la pena.

La propuesta nos parece abstracta, basándose, también, en la confianza en el control judicial posterior de muchos aspectos. La participación de la Universidad, con una mayor intersección entre el saber penal allí desarrollado y la práctica de confección legal, es uno de los objetivos del método. Ruivo, sin embargo, destaca la importancia de estudios de impacto en el primer criterio, para que la adecuación sea verificada de forma empírica. El diagnóstico y el pronóstico legislativo empíricos anteriores y la verificación posterior a la vigencia de los efectos prácticos de la norma impedirían una evaluación meramente lógico-abstracta de la ley, que, para ser adecuada, no puede ser solamente hipotéticamente capaz de desestimular la práctica de una conducta delictiva en un individuo aislado (RUIVO, 2018, p. 603).

Un segundo modelo que merece atención es el propuesto por Ricardo Gloeckner y Marcelo Ramos, en un trabajo con aportes de la filosofía y de la criminología. Los autores proponen la necesidad de cambios en el procedimiento legislativo en razón no solamente de la política criminal excluyente y poco plural que se ha hecho en Brasil en los últimos años, sino también de un análisis de datos realizado con proyectos legislativos penales. Esta investigación ha demostrado una totalidad de proyectos en materia penal carentes de justificación y basados en obsoletas ideas retributivas, que no ofrecen nada más allá que más crímenes y más penas (GLOECKNER & RAMOS, 2018, p. 800).

Los autores proponen repensar la idea de representación total de los ciudadanos por los miembros del Legislativo, lo que se llevaría a cabo con el uso de un modelo de deliberación llamado *mini-publics*. Esto se daría en cinco pasos: la definición de la cuestión debatida y el reclutamiento de los actores, el proceso de aprendizaje con evidencias empíricas y científicas sobre el tema – aquí podrían, entonces, ubicarse estudios de impacto –, la deliberación primera con presentación y propuestas de parte de los actores, la toma de decisiones no vinculantes para recomendación y orientación de los miembros del Legislativo y, finalmente, el acompañamiento, que sería la divulgación, en diversos medios de comunicación, de los resultados obtenidos en el proceso (GLOECKNER & RAMOS, 2018, p. 799).

Los cambios propuestos por los autores pueden ser trabajados desde el punto de vista de varias racionalidades, sobre todo la ética, con un incremento de la idea democrática de una deliberación más real y efectiva de los valores que serán tutelados por la norma penal, posibilitando una mayor participación de grupos en la defensa de sus intereses. Además, deja expresa la delimitación de espacio para los estudios de impacto previos, lo que facilita una posterior realización de evaluación para manutención o mejoramiento de las racionalidades teleológica y pragmática.

Raquel Scalcon, en trabajo publicado en la *Revista de Información Legislativa del Senado Brasileño*, realiza, después de un estudio de la legislación de algunos países de Europa, algunas sugerencias sobre cuáles aspectos deben necesariamente ser cubiertos por dichos estudios previos y posteriores de impacto legislativo. Desde el punto de vista formal, la evaluación debe ser metódica, objetiva e impersonal, para que sus resultados tengan credibilidad, y debe, posteriormente, ser divulgada al mayor número de personas

posible. Ya desde el punto de vista material, la autora centra su propuesta en estudios previos y posteriores que puedan medir la eficacia de una ley, en el sentido de que produzca el efecto que se espera de ella (SCALCON, 2017, p. 118-120).

Scalcon, además, diseña lo que sería un buen camino para la idealización, elaboración y promulgación de un acto normativo de forma racional: a) identificación del problema; b) formulación de objetivos; c) selección de medios adecuados *a priori*; d) evaluación previa; e) redacción del proyecto; f) aprobación y promulgación de la ley; g) evaluación retrospectiva de efectos y h) corrección y adecuación (SCALCON, 2019).

En el mismo sentido, Carolina Ferreira hace una crítica al proceso legislativo brasileño, sobre todo por la ausencia de espacios efectivamente democráticos, que permitan el debate de la sociedad sobre la toma de decisiones. Centrando sus estudios en la ejecución penal, la autora también sugiere la implementación de estudios de impacto de forma que la sociedad civil organizada pueda discutir junto a los parlamentarios cuestiones sensibles (FERREIRA, 2017, p. 152), como las que aumentan la ya problemática sobrepoblación carcelaria brasileña[17].

En el mismo sentido de Scalcon, Ferreira propone, en un trabajo centrado en el análisis de la Ley de Ejecución Penal en Brasil[18], la introducción de estudios de impacto anteriores y posteriores (FERREIRA, 2017, p. 167) a la publicación de la ley, basándose en modelos ya adoptados en el derecho comparado. La idea es su uso para formulación, evaluación y monitoreo de políticas públicas (FERREIRA, 2017, p. 168).

4. Propuestas legales en trámite

Frente a lo expuesto, es importante destacar que, en Brasil, el procedimiento legislativo se encuentra establecido genéricamente en el artículo 59 de la Constitución, que dispone expresamente en su párrafo único que una Ley Complementar[19] determinará cómo serán llevadas a cabo la elaboración, redacción, alteración y consolidación de las leyes. Esta Ley mencionada es la número 95, la cual no dispone, de forma expresa, sobre la necesidad de estudios previos o posteriores o incluso de requisitos mínimos de justificación para la elaboración o promulgación de un texto legal.

17. En julio de 2019, el Consejo Nacional de Justicia apunta para un nuevo récord en la población carcelaria de Brasil, que hoy supera los 812 mil presos.

18. La propuesta de la autora es alterar el artículo 64 de la Ley, para que esos estudios sean responsabilidad del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria. Sobre la discusión de los órganos que deben hacer estas investigaciones, hacemos referencia a la nota 26.

19. Por Ley complementar se entiende una jerarquía especial de legislación en Brasil, que debe ser aprobada por mayoría absoluta del Congreso (artículo 69 de la Constitución) y tratar de materias específicas, conforme exigencia constitucional.

Es importante que se mencione también, por su pertinencia temática, el actualmente vigente Decreto n. 9191 de 2017, que dispone de forma detallada sobre los requisitos esenciales para la producción de actos normativos, incluyendo, en su anexo, preguntas que, según el artículo 13 de la norma, deben ser observadas. Dichas preguntas se dividen en grupos bastante pertinentes en términos de evaluación de actos normativos, como diagnóstico, alternativas, competencia legislativa, etc. Hay, incluso, cuestiones aplicables solamente a normas penales[20]. Sin embargo, el Decreto se aplica solamente a normativas realizada por el Ejecutivo, y hace referencia a estudios de impacto, en su artículo 32, únicamente en lo que se refiere a cuestiones de financiación.

Sin embargo, el proyecto de ley n. 488 de 2017 del Senado Federal, que se encuentra actualmente en la Cámara de Diputados con el número 494 de 2018, puede ofrecer alguna mejoría en este procedimiento. El proyecto propone la inserción de dos artículos, 17-A y 17-B, en la Ley n. 95, los cuales determinan la necesidad de realización de evaluación previa de impacto legislativo de los proyectos legales sobre políticas públicas con el objetivo de garantizar la economicidad, eficacia, eficiencia y efectividad de acciones públicas.

Según la definición constante en el párrafo primero, inciso I, del artículo 17-A, políticas públicas serian "movilización política y administrativa para articular y asignar recursos y esfuerzos para resolver problemas colectivos". En ese concepto podrían fácilmente comprenderse leyes que concretizan las políticas criminales de los gobiernos, sobre todo en lo que se refiere a la creación de crímenes. Actualmente el proyecto está en la Comisión de Constitución y Justicia desde el 3 de mayo de 2018 para evaluación, pero tramita en régimen de prioridad.

Existe otro Proyecto que también merece destacarse, el de número 4373 de 2016, en trámite en la Cámara de Diputados. El proyecto establece la necesidad de estudios de impacto previos sociales y de financiación para leyes que creen nuevos tipos penales, aumenten las penas o hagan más rigurosas su ejecución. En el artículo segundo y tercero, el proyecto expresa la obligación de que los estudios aporten datos estadísticos y proyección de costos sociales y monetarios, considerando el número de procesos, espacios en la cárcel y demás implicaciones colectivas de la criminalización.

Sin embargo, en el párrafo tercero del artículo tercero y en el párrafo segundo del artículo cuarto, respectivamente, se establece que la indicación de medidas alternativas compensatorias y de las fuentes de costeo de la propuesta en su justificación, pueden

20. "11.1. Trata-se de norma de caráter penal? 11.1.1. O tipo penal está definido de forma clara e objetiva?

11.1.2. A norma penal é necessária? Não seria mais adequado e eficaz a previsão da conduta apenas como ilícito administrativo?11.1.3. A proposta respeita a irretroatividade? 11.1.4. A pena proposta é compatível com outras figuras penais existentes no ordenamento jurídico? 11.1.5. Tem-se agravamento ou melhoria da situação do destinatário da norma? 11.1.6. Trata-se de pena mais grave? 11.1.7. Trata-se de norma que gera a despenalização da conduta? 11.1.8. Eleva-se ou reduz-se o prazo de prescrição do crime?".

sustituir los estudios de impacto, lo que no parece ser un buen camino para la implementación de las modificaciones.

Consideraciones finales

Frente a lo expuesto, se puede concluir que la búsqueda de más racionalidad legislativa permea distintas discusiones en Europa y en América Latina, sobre todo en Brasil. La definición de los criterios teórico-abstractos de análisis, bien como de los cambios prácticos y concretos que deberían ser implementados en el procedimiento legislativo, permite diversas construcciones en el ámbito de las ciencias criminales, sea por la dogmática, la criminología o la política criminal.

No obstante, el desarrollo de criterios teóricos y sus medios concretos de verificación, así como una mayor intersección entre científicos y legisladores, son esenciales para frenar la producción legislativa criminal realizada con base en influencias mediáticas y electorales, la cual, más allá de no ofrecer soluciones para los problemas de la criminalidad, refuerza la selectividad del sistema penal.

La utilización de estudios empíricos previos y posteriores parece ser una muy buena alternativa para el inicio de un proceso legislativo que tenga como objetivo leyes más efectivas, eficaces y eficientes. Los datos obtenidos pueden ayudar a revelar el grado de racionalidad existente en la política legislativa y, a partir de entonces, cualificar el debate para su mejoramiento. Para eso, es también importante una mayor exigencia de justificativa cualificada en la ley penal, así como la construcción de procesos más democráticos y deliberativos de producción legal. Además, la definición de los objetivos de la política criminal, en la cual está inscrita la política legislativa, es fundamental para guiar este proceso.

Referencias

ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997.

BECERRA MUNHOZ, José y otros. *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pond, 2016.

BECERRA MUNHOZ, José. *La toma de decisiones en política criminal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

BELLO, Douglas Sena; SAAVEDRA, Giovani Agostini. A necessária reflexão acerca da expansão legislativa do compliance decorrente da relação de criptomoedas como os bitcoins e a lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 147, p. 251-272, set. 2018.

CAMPOS, Marcelo da Silveira; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A ambiguidade das escolhas: política criminal no Brasil de 1989 a 2016. In: Rev. Sociol. Polit., v. 28, n. 73, e002, 2020.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DAVID, Décio Franco; MORIGGI, Fernanda de Amo; CRISTAL, Tamiris Miranda. As políticas legislativas da lei de execução penal são efetivas?: Análise dos projetos de lei sobre o sistema carcerário nos anos de 2010 e 2014 e a sua (in) coerência com a lei de execução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 147, p. 141-218, set. 2018.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de droga*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Delitos y penas en España*. Madrid: Catarata, 2015.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. El control de constitucionalidad de las leyes penales. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 75, septiembre-diciembre (2005), págs. 59-106.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2013.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Política Criminal y derecho penal: estudios*. 2 ed. Valencia: Tiarant lo blanch, 2013.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. In: *DOXA 24*, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante: Espagrafic, 2001.

FALAVIGNO, Chiavelli. A deslegalização do direito penal. Florianópolis: Emais, 2020.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. El examen de racionalidad en la legislación penal brasileña: un análisis de la ley 11343 de 2006. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 27, n. 162, p. 121-143, dez. 2019.

FENSTERSEIFER, Daniel. *Varas de Dependência Química no Brasil: Um debate realizado a partir de observações da experiência canadense com Drug Treatment Courts*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

FERREIRA, Carolina Costa. O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 129, p. 137-180., mar. 2017.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; RAMOS, Marcelo Buttelli. O respeito agonístico como princípio de legitimação (substancial) da racionalidade legislativa

aplicada à produção de normas penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 147, p. 779-811., set. 2018.

GÓMEZ, Andrés; PROAÑO, Fernanda. Entrevista a Máximo Sozzo: "Qué es el populismo penal?" URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad, núm. 11, marzo, 2012, pp. 117-122.

GUARANHA, Olívia Landi Corrales. A racionalidade legislativa das leis penais: um estudo sobre a construção da política criminal antiterrorismo brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 147, p. 643-683., set. 2018.

HERRERO, Cesar Herrero. *Política Criminal Integradora.* Madrid: Dykinson, 2007.

MACHADO, Maíra Rocha et al. Análise das justificativas para a produção de normas penais. Série Pensando o Direito. Brasília: Ministério da Justiça, v. 32, 2009.

MADER, Luzius. Evaluation of legislation: contribution to the quality of legislation.

Legislationline, 2001. Disponível em: <http://www.legislationline.org/documents/id/15216>. Acceso el 26 de julio de 2019.

MENDES, André Pacheco Teixeira. Por que o legislador quer aumentar penas? Populismo penal legislativo na Câmara dos Deputados. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/26913/26913.PDF. Acesso em 30.07.2020.

MORALES ROMERO, Marta Muñoz. Evaluación legislativa y racionalidad en el ámbito penal europeo (y nacional). In: *RGDP* 14 (2010) 1-48.

NAVARRO FRÍAS, Irene. Técnica legislativa y derecho penal. In: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX (2010). 219-267.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. A política legislativa e a racionalidade das leis penais no Brasil. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014.

PALAZZO, Francesco. Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico. In: *Revista Italiana de Diritto e procedura penale*. Ano XXXIX Fasc. 3. Milano: Giuffrè Editore, 1997. pp. 694-735.

PAREDES CASTAÑON, José Manuel. *La justificación de las leyes penales*. Valencia: Tirant le Blanch, 2013.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Racionalidad instrumental del legislador y estereotipos sociales sobre la delincuencia: modelos de argumentación punitivista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 147, p. 403-431., set. 2018.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/121354/mod_resource/content/1/Pires_A%20racionalidade%20penal%20moderna.pdf. Acesso em 27.10.2020.

PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht Und Risiko: Untersuchungen Zur Krise Von Strafrecht Und Kriminalpolitik in Der Risikogesellschaft*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1993.

RODRIGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel. Efectividad, eficacia y eficiencia de la ley penal. In: *Derecho Penal y Criminología*. Ano IV, n. 7, Agosto de 2016.

RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel. *La evaluación de las normas penales*. Bogotá: Editorial Dykinson, 2016.

RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel. La ¿evaluación? de las normas penales en España? In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2013, núm. 15-07, p. 07:1-07:43

RUIVO, Marcelo Almeida. Legislação penal e ciências criminais: por uma teoria orientadora dos interesses político-criminais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 147, p. 587-614., set. 2018.

SCALCON, Raquel Lima. *Controle Constitucional de Leis Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SCALCON, Raquel Lima. Avaliação de impacto legislativo: a prática europeia e suas lições para o Brasil. *Revista de informação legislativa - RIL*, Brasília, v. 54, n. 214, p. 113-130., abr./jun. 2017.

SCHEERER, Sebastian; VALOIS, Luis Carlos. Direito comparado: proibicionismo e alterativas. In: SEIBEL, Sérgio (org.). *Dependência de drogas*. 3 ed. São Paulo: Editora Atheneu. No prelo.

SHECAIRA, Sérgio Salomão et al (org.). *Drogas, desafios contemporâneos*. Belo Horizonte: D´Plácido, 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SOTO NAVARRO, Susana. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Granada: Comares, 2003.

SOUZA, Luciano Anderson de; FERRAZ, Júlia Lambert Gomes. Desvios na construção de um direito penal de gênero: um problema chamado poder legislativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 147, p. 459-477., set. 2018.

URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de. Economics as a Tool in Legislative Evaluation: Cost-Analysis, Cost-Efficacy and Cost-Benefit. In: *Towards a Rational Legislative Evaluation in Criminal Law*, Springer, 2016.

VOGEL, Joachim. Strafgezetsbung und Strafrechtwissenchaft: Überlegungen zu einer diskurstheoretschen Strafgezetsbunglehre. In: *Festschrift fur Claus Roxin zu 70. Geburstag am 15 Mai 2001*. Hrsg. Bernd Schünemann. Berlin: New York: The Gruyter, 2001.

WACQUANT, Löic. *Punir os pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 2ª ed. Instituto. Carioca de. Criminologia. Rio de Janeiro: Editora Revan: 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A dogmática jurídico-penal alemã entre a adaptação e a autoafirmação: controle de limites da política criminal pela dogmática?, de Urs Kindhäuser, traduzido por Beatriz Corrêa Camargo e traduzido por Wagner Marteleto Filho – *RBCCrim* 155/213-225 (DTR\2019\27865);
- Legislação penal e ciências criminais: por uma teoria orientadora dos interesses político-criminais, de Marcelo Almeida Ruivo – *RBCCrim* 147/587-614 (DTR\2018\19333); e
- Perspectivas político-criminais e dogmáticas do direito penal no contexto da sociedade de riscos, de Fábio Guedes de Paula Machado e Bruno Moura – *Ciências Penais* 15357-393 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 2/2019 (DTR\2011\5229).

Enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil: apontamentos sobre a Lei 13.344/2016 e seus precedentes

Facing trafficking in persons in Brazil: notes on Law 13,344/2016 and its precedents

Michelle Barbosa Agnoleti

Doutora em Sociologia (2014) e Mestra em Ciências Jurídicas com área de concentração em Direitos Humanos (2010) pela Universidade Federal da Paraíba. Professora da graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba – *Campus* Guarabira. Membro do IBCCrim. Advogada.
ORCID: 0000-0002-2775-3294
agnoleti@gmail.com

Recebido em: 06.01.2020
Aprovado em: 16.08.2020
Última versão da autora: 30.08.2020

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: O tráfico de pessoas é um fenômeno que há mais de um século tem suscitado intensos debates. Durante esse tempo, a compreensão das práticas delituosas a ele vinculadas e das normas que regulam a matéria sofreram diversas mudanças, tanto no plano internacional como no âmbito interno. No presente trabalho, buscou-se traçar a evolução experimentada pela legislação destinada ao disciplinamento do tema, com especial atenção na Lei 13.344/2016, que dispõe sobre as medidas de prevenção e repressão ao crime. As considerações nele contidas foram fruto de pesquisa bibliográfica e documental desenvolvida através de uma abordagem orientada pelo método dialético, sendo seus procedimentos dirigidos pelo método hermenêutico, e a partir dela foi possível concluir que, malgrado algumas falhas de cunho técnico, com o advento do atual marco normativo são significativos os

Abstract: Trafficking in persons is a phenomenon that has aroused intense debate for more than a century. During this time, the comprehension of the criminal practices linked to it and the rules governing the subject have undergone several changes, both internationally and domestically. In the present paper, we have tried to trace the evolution experienced by the legislation aimed at disciplining the issue, with special attention in Brazilian Law 13,344/2016, which provides for measures to prevent and repress that kind of crime. The considerations contained therein were the result of bibliographical and documentary research developed through a dialectical method-oriented approach, and its procedures were guided by the hermeneutical method, and from it was possible to conclude that, despite some technical failures, with the advent of the current normative framework, there are significant

avanços obtidos na compreensão da dinâmica do delito, finalmente foi possível ampliar o debate sobre outras formas de exploração para além da sexual, compatibilizando a legislação doméstica aos compromissos internacionalmente assumidos pelo Estado brasileiro, dotado agora de um importante instrumento para, de forma eficaz, promover o enfrentamento do tráfico de pessoas.

Palavras-chave: Tráfico de pessoas – Direitos Humanos – Dignidade da pessoa humana – Crime organizado – Legislação penal.

advances in understanding the dynamics of that crime, which finally made it possible to expand the debate on other forms of exploitation beyond the sexual, making domestic legislation compatible with the commitments internationally assumed by the Brazilian State, now with an important instrument to face effectively the trafficking in persons.

Keywords: Trafficking in persons – Human Rights– Human dignity – Organized crime. Criminal law.

Sumário: 1. Introdução. 2. Normas internacionais sobre o tráfico de pessoas. 2.1. O Protocolo de Palermo. 3. Precedentes normativos brasileiros sobre tráfico de pessoas. 4. Marco regulatório para enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil: a Lei 13.344/2016. 4.1. Mudanças instituídas pela Lei 13.344/2016 na Parte Especial do Código Penal Brasileiro. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

O tráfico de pessoas é uma modalidade delitiva que tem despertado a preocupação de diversos agentes e instituições em todo o mundo, desde o fim do século XIX até os dias atuais, e é apontado pela Organização das Nações Unidas como a segunda atividade criminosa mais lucrativa entre aquelas cuja punibilidade os documentos internacionais preconizam, perdendo apenas para o tráfico de drogas. Nos últimos 15 anos, tem-se verificado uma preocupação cada vez maior com o tráfico de pessoas junto à opinião pública, também expressa pela atuação de organismos de defesa dos Direitos Humanos e do Poder Público, que buscam estratégias legais para coibir violações desses direitos e bens jurídicos basilares das sociedades empenhadas no enfrentamento dessa prática criminosa. Apesar das primeiras discussões documentadas sobre o tema datarem de mais de 100 anos, a dinâmica do crime mudou radicalmente desde então, com o avanço das tecnologias de comunicação e transporte, o que repercute na caracterização das práticas relacionadas e na configuração dos elementos constitutivos da figura típica.

Durante mais de 40 anos, o Código Penal brasileiro apenas reprimiu a promoção ou a facilitação do ingresso de mulheres que viessem exercer a prostituição no país ou a saída daquelas que fossem exercê-la no exterior, além de prever qualificadora consistente com a relação familiar ou de autoridade exercida por outras formas de atribuição de responsabilidade legal do autor sobre a vítima, também ainda com a idade desta, e outra vinculada ao emprego de violência, grave ameaça ou fraude para obtenção do consentimento da vítima, que não era considerado válido sob nenhuma hipótese. Em 2005, a Lei 11.106

passou a coibir também a intermediação, estendeu o espectro da proteção a pessoas, independentemente do gênero, acrescendo a pena de multa à de reclusão, além de também tipificar o tráfico dentro dos limites do território nacional. Em 2009, com o advento da Lei 12.015, passou-se a punir a finalidade da exploração sexual, foram criadas as figuras equiparadas de agenciamento, aliciamento ou compra da pessoa traficada, assim como de transporte, transferência ou alojamento para qualquer que detivesse conhecimento da participação no crime, e transformaram-se as qualificadoras em causas de aumento de pena, limitando a aplicação da pena de multa somente aos casos em que houvesse objetivo especial de obtenção de vantagem econômica.

A Lei 13.344/2016, que atualmente disciplina a matéria atinente ao tráfico interno e internacional de pessoas, foi um dos mais relevantes trabalhos desenvolvidos a partir do relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito do Tráfico Nacional e Internacional de Pessoas no Brasil que tramitou no Senado Federal durante 20 meses, entre os anos de 2011 e 2012, e constitui o marco regulatório para prevenção e repressão a esse ilícito, representando o esforço do legislativo brasileiro de coadunar o ordenamento jurídico pátrio ao que dispõem as normas internacionais sobre a questão.

Diz-se sobre o tráfico de pessoas que se trata de um tema complexo, multifacetado e multidimensional, envolvendo práticas diversas, meios variados e múltiplas finalidades. Justamente por isso, a tipificação anterior se mostrava insuficiente para o eficaz enfrentamento ao crime, pelo que especialistas já apontavam há tempos para a necessidade de mudanças legislativas que pautassem não apenas a criminalização da conduta, mas também a assistência às vítimas através de políticas públicas eficazes e prevenção adequada.

Em que pesem os avanços concernentes a uma legislação mais humanizada e a ampliação de seu alcance a outras formas de cometimento do crime, é forçoso constatar que o texto da lei padece de alguns desajustes no que tange ao processo de elaboração da matéria especificamente penal. Trata-se de assunto que mobiliza moralidades e incita a comoção e o clamor popular, e algumas de suas disposições denotam falhas em termos de técnica legislativa, o que de modo algum ilide sua importância.

O presente artigo, desenvolvido a partir de uma pesquisa bibliográfica e documental, propõe traçar uma análise sobre a evolução legislativa da matéria no ordenamento jurídico brasileiro, e refletir sobre a eficácia dos diplomas normativos internacionais destinados ao combate do crime de tráfico de pessoas. Para o cumprimento de tal desiderato, a abordagem foi realizada através do método dialético, pelo confronto das normas com a realidade por elas regida, e as transformações por elas impostas reciprocamente, sendo os procedimentos orientados pelo método hermenêutico, através do qual buscou-se traçar a evolução, a compreensão e a contextualização de leis e decretos pátrios, revogados e vigentes, além de documentos internacionais aos quais o Brasil manifestou adesão.

O critério utilizado para seleção da bibliografia referenciada foi o de pertinência temática direta com o tráfico de pessoas, a prostituição e a migração, compreendendo livros, artigos, dissertações e teses redigidos por antropólogos, sociólogos, filósofos, além

de juristas tradicionais e contemporâneos que se debruçaram sobre o estudo desses assuntos. Diversos instrumentos legais foram editados sobre a matéria, e, entre eles, buscou-se aqui analisar os que foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, seja por meio de elaboração própria, seja através dos procedimentos constitucionalmente disciplinados para a internalização de tratados e convenções internacionais. Com isso, pretendeu-se apontar como as normas internacionais e nacionais sobre o tráfico de pessoas evoluíram no sentido de resguardar os direitos fundamentais dos sujeitos envolvidos na prática das condutas compreendidas como delituosas.

Assim, a pesquisa permitiu constatar que, ao longo dos anos, foram consideravelmente ampliados os debates e o alcance das ações que buscam prevenir e combater o tráfico de pessoas para contemplar, além da exploração sexual, também aquele destinado à exploração de outras formas de trabalho, à servidão, à remoção de órgãos, à adoção ilegal, além de se instituir a responsabilidade do Poder Público em promover o adequado acolhimento às vítimas através da execução de políticas e normas de forma articulada e eficaz, pelo que pôde-se concluir que, entre todos os documentos revisados, a Lei 13.344/2016, a despeito de algumas falhas pontuais identificadas no texto, foi o que mais contribuiu para o efetivo enfrentamento ao tráfico, conjugando ações de repressão pautadas na observância de garantias fundamentais com estratégias de prevenção e assistência às vítimas.

O presente artigo apresenta-se como um desdobramento da pesquisa de doutoramento da autora, tanto para acompanhar as mudanças ocorridas no plano legislativo após a defesa da tese, mas também e principalmente, pelo desafio imposto em razão da prática docente, muito mais que tão somente de atualização de conteúdo, de incentivar nos estudantes, durante o processo de ensino e aprendizagem do Direito Penal na graduação, o desenvolvimento de reflexões críticas sobre as normas e as realidades sobre as quais elas dispõem.

2. Normas internacionais sobre o tráfico de pessoas

A mobilização social em torno do tráfico de pessoas não é pauta recente. Em 1904 foi firmado o Acordo concluído em Paris entre várias potências para repressão do tráfico de mulheres brancas, ao qual o Brasil aderiu no ano seguinte, após aprovação do Congresso Nacional, por meio do Decreto 5.591, de 13 de julho de 1905. Nesse acordo há uma menção exclusiva às mulheres – em um momento histórico no qual elas reivindicavam emancipação política, direito ao voto e igualdade de direitos com os homens, a restrição imposta pelo Acordo de Paris ao direito de ir e vir, de viajarem desacompanhadas, muitas vezes fugindo da pobreza ou de uma vida na qual não enxergavam perspectivas de realização pessoal, atuava como forma de negação da autonomia feminina, ainda na medida em que a "proteção especial" a elas conferida resultava da impossibilidade de defenderem, elas próprias, seus direitos e interesses por meio da participação direta em um

processo democrático (FRISSO, 2010, p. 198) – no Brasil, mulheres só puderam votar a partir da decretação do Código Eleitoral de 1932.

O alarme social foi então criado para conter a mobilidade internacional de mulheres europeias (as "brancas"), usando para isso do apelo vocabular da escravidão ao apropriar-se do termo "tráfico", até então presente exclusivamente nos discursos pró-abolição, comparando a prostituição com a escravidão enquanto condições degradantes da dignidade da pessoa humana, sem que houvesse relação consequencial entre ambos os fenômenos, apenas metafórica. Nessa época, quando uma mulher empreendia a travessia do Atlântico desacompanhada, presumia-se que fosse coagida à prostituição – nota-se que o movimento antitráfico começou sua trajetória em sentido inverso ao atual, da Europa para a América. O art. 2º do Acordo prescreve a instituição de uma verdadeira "polícia portuária de costumes", bastando à adoção de ações repressivas a mera suspeita. Sobre o alarde social no início do Século XX a respeito do tráfico de mulheres e a formulação de leis para conter o crime, Goldman (2011, p. 247) denunciava que não passava de estratégia para afastar o interesse público de problemas sociais importantes, sem, contudo, apresentar resultados efetivos.

Além disso, a ênfase na expressão "escrava branca" denota, de certo modo, uma afirmação de "primazia racial" –- de acordo com Doezema (1998, p. 44), um apelo ao conservadorismo, ao controle da sexualidade e autonomia financeira de mulheres, à contenção do crescimento do poder da classe trabalhadora, além de incidir em estereótipos racistas, da mulher branca sujeitada ao apetite sexual de homens de cor – a invenção política eugenista do "mito do estuprador", durante muito tempo largamente utilizada para justificar violências de toda sorte, como linchamentos, mortes e a criminalização de homens negros ao tempo em que ocultava violações cometidas por homens brancos (DAVIS, 2016, p. 188).

Em 1910, realizou-se outra Conferência em Paris, que teve como resultado a Convenção Internacional Relativa à Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas, ratificada no Brasil pelo Decreto 4.756, de 28 de novembro de 1923.

Em 1921, em Genebra, a Sociedade das Nações consolidou nova Convenção para repressão do tráfico de mulheres e crianças, cujo instrumento brasileiro de ratificação foi depositado em 1933, tendo sido promulgada pelo Decreto 23.812, de 30 de janeiro de 1934. Com o fim da Primeira Guerra Mundial, a hegemonia da Europa como centro das decisões mundiais foi sendo atenuada. Com a morte de grande parte da população masculina jovem nos países envolvidos, a crise econômica do pós-guerra sinalizava seu impacto nas famílias. Afora a mudança no cenário político, o diferencial dessa Convenção em relação à anterior foi a inclusão das crianças em seu texto. No mais, como em qualquer período de crise, as pessoas empreendem a busca por trabalho onde vislumbram oportunidades.

Também em Genebra foi firmada a Convenção internacional relativa à repressão do tráfico de mulheres maiores, em 11 de outubro de 1933, à qual o país aderiu por nota da delegação do Brasil em Berna ao Secretariado da Liga das Nações, e promulgou através

do Decreto 2.954, de 10 de agosto de 1938. Pretendendo complementar o acordo e as convenções precedentes, adota as recomendações constantes no relatório apresentado ao Conselho da Sociedade das Nações pelo Comitê do tráfico de mulheres e de crianças sobre os trabalhos de sua 12ª sessão, pugnando pela incriminação não apenas do delito consumado, mas também da tentativa e dos atos preparatórios.

O Protocolo de Emenda da Convenção para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças concluída em Genebra, a 30 de setembro de 1921, e da Convenção para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores, concluída em Genebra, a 11 de outubro de 1933, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1947, em Lake Success, Nova York, promulgado pelo Brasil por meio do Decreto 37.176, de 15 de abril de 1955, mesmo após grave colapso econômico (1929), uma nova guerra (1939-1945), a intensificação de migrações das regiões que serviram de palco aos conflitos e as consequentes perdas humanas, sociais e financeiras dessa conjuntura, teve como principal objetivo sinalizar a transição da Liga das Nações para a Organização das Nações Unidas enquanto instituição internacional encarregada de promover a manutenção da paz, segurança, intermediação (pretensamente) imparcial entre os países que a compõem e difusão das ideias e das práticas de defesa dos direitos humanos, não modificando definições, apenas adequando as Convenções à conjuntura internacional pós-guerra.

As transformações, entrementes, já se encaminhavam, e, em 21 de março de 1950, foi concluída em Lake Success, Nova York, a Convenção para a repressão do tráfico de pessoas e do lenocínio, com seu Protocolo Final, assinada pelo Brasil em 5 de outubro de 1951, com depósito do instrumento de ratificação junto ao Secretário das Nações Unidas, promulgada através do Decreto 46.981, de 8 de outubro de 1959. Nesse documento, a prostituição é tratada de forma veemente como violência em si mesma, a partir de argumentos fundados em uma moral bastante conservadora, contrapondo-se-lhe a dignidade da pessoa humana, o bem-estar do indivíduo, da família e da sociedade, já a partir do Preâmbulo. Sua redação ignora por completo a autodeterminação das pessoas envolvidas, mas pela primeira vez inclui "pessoas de um e outros sexo" também entre as vítimas. Há um forte movimento de resgate de valores morais tradicionais, típico de períodos tensos e turbulentos (fim da Segunda Guerra Mundial e início da Guerra Fria), e a propagação (principalmente através da televisão e do cinema) do "american way of life", estilo e projeto de vida que acentuava as desigualdades de gênero ao definir uma divisão conservadora de papéis masculinos e femininos, em que a prostituição era inconciliável com a ideia de felicidade neles concebida e por eles imposta. Cria-se uma rudimentar noção de cooperação internacional de combate ao tráfico no art. 14, na medida permitida pelos meios de comunicação de dados disponíveis naquele momento. O art. 15 sugere uma sistematização de informações, mas não fornece uma base muito adequada de quais devam ser-lhes os conteúdos: suspeitas e presunções são misturadas a práticas aparentadas, tentadas e consumadas de cometimento do assim chamado delito de tráfico. O art. 16 sugere medidas de prevenção, suporte a prostitutas na forma de reabilitação e ressocialização, como se a prostituição fosse uma degradação moral, um perigo, um mal

intrínseco, do qual mulheres devessem ser resgatadas. No art. 17, esboça-se o verdadeiro objetivo de tal cruzada moral: o controle migratório. De acordo com Castilho (2008, p. 14), os Estados que ratificaram essa Convenção, enquanto não a denunciarem, continuam vinculados aos compromissos nela estabelecidos.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, foi assinada pelo Brasil, em Nova York, no dia 31 de março de 1981, aprovada pelo Congresso Nacional por intermédio do Decreto Legislativo 93, de 14 de novembro de 1983, com instrumento da ratificação depositado em 01 de fevereiro de 1984, entrada em vigor em 02 de março e promulgação em 20 de março; pelo Decreto 89.460, estabeleceram-se reservas relacionadas à igualdade entre homens e mulheres no tocante à legislação sobre liberdade de ir e vir, de escolha de residência e domicílio e no tocante a medidas adequadas para eliminar a discriminação contra a mulher em assuntos relativos ao casamento e às relações familiares, como igualdade de direitos e responsabilidades para contrair, manter e dissolver matrimônio, escolha do nome, profissão e ocupação e ainda igualdade entre os cônjuges em matéria de propriedade, aquisição, gestão, administração, gozo e disposição dos bens, tanto a título gratuito quanto a título oneroso. Posteriormente, pelo Decreto Legislativo 26, de 22 de junho de 1994, o Congresso Nacional revogou o citado Decreto Legislativo 93, retirando as mencionadas reservas em 20 de dezembro daquele ano. Por fim, o Decreto 89.460/84 foi expressamente revogado pelo Decreto 4.377, de 13 de setembro de 2002, aprovando-se o texto da Convenção em sua integralidade, o qual prevê, em seu art. 6º, que os Estados-Partes devem tomar medidas apropriadas, inclusive mediante alteração nas leis, para suprimir todas as formas de tráfico e exploração da prostituição da mulher.

2.1. O Protocolo de Palermo

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional foi adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000 e promulgada no Brasil pelo Decreto 5.015, de 12 de março de 2004. O fluxo do tráfico se inverteu notavelmente na década de 1990; o panorama mundial que se descortinava era a globalização, com grave acentuação das diferenças econômicas e sociais entre os países. A popularização da internet permitiu sua consolidação como veículo de comunicação em massa e armazenagem de dados, e a globalização da informação atinge um nível sem precedentes históricos, em uma velocidade de comunicação nunca dantes vista, integrando pessoas, culturas e costumes. Em uma Europa unificada, diversos países foram obrigados a impor controles mais severos sobre a circulação de pessoas, notadamente aquelas provenientes de países periféricos. Políticos de extrema direita ascenderam ao poder criminalizando estrangeiros, associando-os ao terrorismo, fenômeno que ganhou grande repercussão no início do milênio, bem como ao narcotráfico. Aos imigrantes foi atribuída a responsabilidade pelas crises sociais, constituindo o ódio importante elemento de agregação na luta contra o inimigo bárbaro comum. Movimentos antimigração (a exemplo de neonazistas e *skinheads*) proliferaram

nos países que ostentam prosperidade econômica para o mundo. Sob a classificação de "crime organizado transnacional" (cuja definição consta do art. 3.2) são enfeixados lavagem de dinheiro, tráfico de drogas, armas e pessoas, desde que ocorram entre dois ou mais países. Resta evidenciado que a preocupação com as repercussões econômicas de tais práticas é o eixo central entre elas. As divergências legislativas entre os países convenentes se descortinam na ênfase dada a tais categorias delitivas nas opções de políticas de segurança e controle social – aqueles mais empenhados contra o tráfico de pessoas são justamente os que envidam seus esforços na consecução do objetivo de "imigração zero".

No Brasil, o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo 231, de 29 de maio de 2003, o texto do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças (mais conhecido como Protocolo de Palermo), adotado em 15 de novembro de 2000. A vigência internacional se iniciou em 29 de setembro de 2003, entrando em vigor para o Brasil em 28 de fevereiro de 2004, e o Governo depositou o instrumento de ratificação junto à Secretaria-Geral da ONU em 29 de janeiro de 2004, assumindo, portanto, compromisso de cumprimento e adequação da legislação interna aos seus ditames. Foi encaminhado à sanção presidencial e promulgado em 12 de março de 2004 o Decreto 5.017, determinando a execução e o cumprimento das diretrizes do Protocolo, sujeitando à aprovação do Congresso Nacional atos que possam resultar em revisão do seu conteúdo ou que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Representa atualmente a principal referência normativa sobre a matéria, sem, todavia, revogar as convenções anteriores.

Uma nova ordem mundial foi inaugurada no início do século, cuja grande característica é a insegurança. Os ataques ao *World Trade Center* e ao Pentágono em 11 de setembro de 2001 foram o estopim de (re)ações violentas voltadas contra países islâmicos. À ocupação do Afeganistão seguiu-se a do Iraque, e nos EUA e na Europa o ódio aos estrangeiros agregou mais um elemento: a ameaça do terrorismo. A ascensão ao poder de partidos de esquerda em vários países da América Latina sinalizava um acirramento na tensão sul-norte. Esse foi o pano de fundo para a edição do Protocolo destinado à prevenção, repressão e punição do tráfico. O segundo parágrafo do preâmbulo demonstra a pretensão de esgotar todos os aspectos relativos ao tráfico de pessoas, o que não foi feito pelos instrumentos internacionais atinentes à matéria anteriormente promulgados. Entretanto, talvez o mais importante de todos os aspectos, a atenção às perspectivas de quem migra, foi, mais uma vez, ignorado.

Uma forte divergência política e ideológica, permeada por diferentes concepções a respeito da prostituição e atividades a ela vinculadas, fez-se presente por ocasião dos debates que culminaram com a edição do Protocolo de Palermo, através de coalizões formadas por organizações não governamentais: a *Human Rights Caucus - HRC* e a *Coalition Against Trafficking in Women* (CATW), respectivamente. (DITMORE e WIJERS, 2003).

A HRC formou-se através da coalizão de ONGs que defendiam um conceito amplo de tráfico que não se fixasse somente na exploração sexual como modalidade e na mulher

como vítima. *International Human Rights Law Group* (EUA), *Global Alliance Against Trafficking in Women* (Tailândia), *Asian Women`s Human Rights Council* (Filipinas/Índia), *La Strada* (Polônia, Ucrânia, República Tcheca), *Fundación Esperanza* (Colômbia, Países Baixos, Espanha), *Ban-Ying* (Alemanha), *Foundation for Women* (Tailândia), *KOK-NGO Network Against Trafficking in Women* (Alemanha), *Women's Consortium of Nigeria, Women, Law and Developement in Africa* (Nigéria) se posicionaram conjuntamente a favor de uma distinção conceitual clara entre prostituição e tráfico, este caracterizado por elementos como coação, fraude, engano, abuso de autoridade, não necessariamente presentes no comércio de serviços sexuais por parte de pessoas adultas e capazes de expressarem anuência com a atividade por elas desempenhada; também, para essas organizações, o conceito de tráfico deveria alcançar todos os deslocamentos nos quais se verificassem quaisquer formas de exploração do trabalho humano. Para Sanghera (2005, p. 10), a tônica dos discursos oficiais sobre tráfico de pessoas é resultado da ausência de uma distinção crítica entre tráfico de pessoas, migração e prostituição, o que tem como consequência a marginalização de migrantes e, especialmente, a criminalização de mulheres que se inserem na indústria do sexo fora de seus países de origem.

A Coalizão contra o Tráfico de Mulheres se apresenta como uma organização não governamental que promove os direitos das mulheres trabalhando em nível internacional no combate à exploração sexual em todas as suas formas. Foi fundada em 1988 por Kathleen Barry, e foi a primeira ONG internacional com foco voltado para o tráfico humano, especialmente de mulheres e meninas, tendo obtido *status* consultivo especial junto ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas em 1989 (CATW; KEMPADOO, 1998, p. 30). Tendo firmado parcerias com a *European Women's Lobby*, a *International Abolitionist Federation*, *Soroptimist International, International Human Rights Federation* e *Equality Now*, defendeu o posicionamento de que a prostituição deveria ser erradicada para um eficaz combate ao tráfico, independentemente do discernimento e do consentimento das pessoas envolvidas. De acordo com sua fundadora (BARRY, 1984, p. 67), a prostituição consiste em escravidão sexual feminina, incentivada por fatores como pobreza e subalternidade dos papéis sociais desempenhados por mulheres, o que inexoravelmente implica vulnerabilidade de meninas e jovens. Para tanto, concorrem ações e omissões de governos, que ela acusa de negligentes ou cúmplices.

Essas duas coalizões polarizaram entendimentos e influenciaram sobremaneira os representantes dos países envolvidos nas discussões, de modo que, apesar da flagrante ausência de concordância acerca da questão do consentimento por parte dos países engajados nas discussões, o Protocolo para Prevenção, Supressão e Punição do Tráfico de Pessoas, especialmente de Mulheres e Crianças, foi finalmente aditado à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional em 29 de setembro de 2003, depois de quase cinco anos decorridos desde a apresentação da sua primeira minuta de projeto (A/AC.254/4/Add.3) proposta pelos Estados Unidos na sessão inaugural do Comitê *Ad Hoc* para Elaboração da Convenção.

O *lobby* de grupos com ideologias tão divergentes nas discussões que culminaram com a edição do Protocolo de Palermo, aliado a interesses políticos dos representantes de países com direito a voto, projetou em sua redação algumas lacunas e contradições, não obstante constitua importante instrumento de orientação para elaboração de normas de prevenção e punição do tráfico de pessoas nos Estados signatários.

A ênfase dada às reivindicações de grupos feministas aqui propõe apenas pautar uma perspectiva da questão de gênero nas discussões pertinentes ao tráfico de pessoas e à elaboração de alguns de seus marcos legais, não pretendendo resumir a matéria a esse ponto, e nem mesmo esgotá-lo, mas tão somente delimitar o tema para viabilizar a abordagem pretendida. Definir a pressão exercida por coletivos de mulheres como únicas determinantes, ou mesmo as principais, dos problemas atribuídos ao teor do documento seria ignorar a palavra final dada pelos governos, que afinal eram os que detinham poderes de deliberação e decisão por meio de seus representantes na ONU, e defenderam interesses dos mais variados matizes sob o manto dos argumentos apresentados pelas coalizões (PISCITELLI, 2008, p. 36). Muitos desses interesses não guardavam relação com a defesa dos direitos das vítimas, mas se destinavam à afirmação de valores teocráticos e sexualmente conservadores, criminalização da prostituição, reserva de mão de obra precarizada, controle epidemiológico de IST/AIDS, sanções e retaliações a países de alinhamento político distinto daqueles economicamente mais poderosos e/ou, sobretudo, tencionavam reduções drásticas nos índices de entrada e permanência de pessoas jovens e pobres oriundas de países periféricos – os migrantes indesejados.

Editado o Protocolo de Palermo, cumpre verificar, pela análise de seus dispositivos, o que foi alegado anteriormente, ratificando a compreensão de que ele encerra, a despeito de sua importância no cenário político internacional, algumas omissões e questões em aberto.

O art. 3º busca conceituar o tráfico de pessoas, e o faz de forma prolixa e imprecisa, com fórmulas casuísticas seguidas de cláusulas genéricas, o que demanda interpretação analógica para captação dos meandros dessas definições. Entrementes, a interpretação analógica não provê uma aplicação deliberadamente arbitrária da lei, posto que os limites têm de constar no corpo da própria norma. Ademais, por se tratar de norma penal, a interpretação deve favorecer os réus em caso de dúvidas. As ações descritas nesse dispositivo colocam em um mesmo plano deliberações conscientes e fraudes, e o que geralmente se interpreta como vulnerabilidade pode variar de pouca idade, discernimento mental reduzido até pobreza pura e simples de agentes maiores e capazes.

A respeito da complexidade das ações envolvidas nessa conceituação – como já dito, difusa e excessiva – Sprandel e Dias (2011, p. 157) enfatizam as implicações dessa indeterminação na interpretação da norma por vários atores sociais, como juristas, governantes, defensores de direitos humanos, cientistas sociais e, mais ainda, das pessoas que por meio dela tiveram coibidas suas atividades e daquelas que ficaram de fora do espectro de proteção da norma.

O art. 5º determina que as medidas legislativas para estabelecimento das condutas descritas no art. 3º sejam penalizáveis apenas quando praticadas com dolo direto, na forma tentada e consumada, com e sem coautoria, em grau de organização, execução, planejamento ou orientação. No Brasil, houve alteração do art. 231 do Código Penal (que tratava do tráfico internacional para fins de exploração sexual, não mais apenas de mulheres, mas de pessoas, sem acepção de gênero), tendo sido acrescido a este o art. 231-A (que tipificava o tráfico interno); tais modificações foram promovidas através das Leis 11.106/2005, 12.015/2009, e, mais recentemente, a 13.344/2016, que revogou expressamente os referidos artigos, instituindo o art. 149-A, sem, contudo, produzir impactos significativos em termos de atuação de organizações criminosas. Entretanto, a primeira revisão legislativa apontada trouxe para a condição de vítima pessoas juridicamente pertencentes ao sexo masculino, independente da identidade de gênero, o que inclui também travestis e mulheres transexuais que não tivessem promovido a retificação legal de gênero em seus documentos identitários. A novel alteração normativa foi a mais próxima aos ditames do Protocolo, representando a transformação mais significativa promovida pelo Estado brasileiro.

O art. 6º preconiza que cada Estado-Parte garanta medidas que propiciem às vítimas do tráfico assistência para que suas opiniões e preocupações sejam apresentadas e tomadas em conta em fases adequadas do processo penal instaurado contra os autores das infrações, sem prejuízo dos direitos da defesa. Entretanto, a participação de tais pessoas em processos e inquéritos é, em geral, imposta, não facultada, e as permissões de estada são concedidas na justa medida da utilidade delas em relação aos procedimentos de tais ações. Contempla assistência física, psicológica e social, e a cooperação com ONGs para fornecimento de alojamento, informação, assistência médica, psicológica e material, além de oportunidades de emprego, educação e informação, mas é omisso na indicação de fundos e fontes de financiamento dessas ações, que demandam formação adequada, sensibilização e capacitação de profissionais, além de toda uma estrutura de suporte e contínuo investimento de recursos financeiros para manutenção; o art. 7º menciona a consideração da possibilidade de concessão de residência temporária ou permanente, sem critérios para aplicação de uma ou de outra. No Brasil, atualmente existe a previsão expressa da possibilidade de concessão de autorização de residência a quem tenha sido vítima de tráfico de pessoas, de trabalho escravo ou de violação de direito agravada por sua condição migratória, podendo tal pessoa requerer autorização de residência por prazo indeterminado, conforme disposto no art. 30, inciso II, alínea *g*, da Lei 13.445/2017 (Lei de Migração) e no art. 158, inciso I, § 1º, do Decreto 9.199/2017, que regulamenta o referido diploma normativo, fazendo-se necessária a formulação de políticas para efetivação das medidas de proteção, assistência e inclusão previstas no art. 6º.

O art. 8º trata do repatriamento das vítimas de uma forma vaga, podendo representar exclusão; assegura a segurança no retorno, mas não dá a dimensão dessa segurança, e menciona que essa volta deve ser preferencialmente voluntária. Também trata de processos judiciais relacionados ao tráfico que envolvam essa pessoa. De acordo com Silva e

Blanchette (2010, p. 148), o Protocolo de Palermo não se volta para resguardar direitos fundamentais, entre os quais o de ir e vir, mas para conferir ao Estados mecanismos para reforçar o controle do fluxo migratório, relegando as vítimas à clandestinidade e a procedimentos de deportação ou expulsão, caracterizados sob uma falsa proteção expressa no vocábulo "repatriação".

O art. 9º, sobre a prevenção do tráfico, preconiza adoção de programas e medidas que se reputem eficientes para prevenção e combate ao tráfico, e para proteger as vítimas (novamente destacando mulheres e crianças) de nova vitimização. A questão é: a que custo? Cerceando a liberdade de indivíduos adultos? Como acertadamente preceitua Nederstigt (2010, p. 313), as estratégias de enfrentamento ao tráfico de pessoas devem ser pautadas pelo respeito aos direitos humanos, entre os quais se inclui o envolvimento de pessoas e grupos considerados em risco de sujeição ao tráfico na formulação, execução e monitoramento de tais estratégias.

O dispositivo ora analisado também dispõe sobre campanhas de informação e difusão através dos órgãos de comunicação – os quais, mais do que em qualquer outra época, passaram a ocupar um lugar de destaque na formação de opinião, manipulação de ideologias, paradigmas e pânicos, dado o avanço da tecnologia e a velocidade que tem imprimido à propagação de ideias e notícias; ainda preceitua adoção de medidas sociais e econômicas que visem à dissuasão do tráfico – as quais demonstram serem mais desencorajadoras de deslocamentos. Ressaltando a importância de analisar histórias pessoais das pessoas reputadas como vítimas para a construção de uma política eficaz de combate ao tráfico de pessoas, como ação estratégica voltada para coibir a violências, ameaças, abusos e fraudes, não desencorajar a migração em uma perspectiva totalizante e abstrata, centrada na generalização de uma vulnerabilidade social que só pode ser aferida de forma individualizada, Sprandel e Dias (2010, p. 168) admoestam que, para qualificar o debate sobre o tráfico de pessoas e dar conta da amplitude do alcance de suas definições, é necessário considerar as experiências de sujeitos que migram à procura de melhores condições de vida e conferir-lhes proteção.

Cabe destacar que as medidas e os programas a serem estabelecidos para redução da pobreza e da falta de oportunidades devem prescindir do mote de combate ao tráfico, sendo sua necessidade bastante clara a todos os cidadãos, não apenas àqueles considerados vítimas potenciais do crime organizado. A articulação do governo com outros setores da sociedade é louvável, desde que se proponha ao debate com todos os grupos interessados, implementando-se medidas legislativas, educacionais, sociais e culturais que desestimulem a procura que fomenta o tráfico em quaisquer de suas modalidades.

No art. 11 já parece delinear-se de forma mais clara a real intenção da norma: reforços no controle fronteiriço, mas em uma direção apenas, aquela que orienta pessoas oriundas de países pobres rumo a países desenvolvidos. São estes que, sistematicamente, têm recrudescido a guarda de suas fronteiras para os imigrantes indesejados – os que chegam para trabalhar, não para consumir, e que devem ser repatriados

sob qualquer alegação, seja de que são criminosos, seja de que são vítimas, o que atinge em especial pessoas jovens.

Ademais, as políticas contra a migração expressadas pelos países desenvolvidos podem acabar gerando discriminação negativa para as mulheres oriundas dos países periféricos. Quando se trata de gênero percebe-se que o puro e simples apontamento para a vulnerabilidade pode transformar-se em discurso igualmente patriarcal e sexista, que põe mulheres na passividade e as impossibilita de alterarem as condições sociais em que vivem (MEDEIROS, 2013, p. 92).

A ressalva aos compromissos internacionais relativos à liberdade de circulação de pessoas alcança tão somente o já permitido trânsito aos nacionais de países constituintes de uma mesma comunidade e situações formalizadas de refúgio ou asilo, que sequer constituem direitos subjetivos do estrangeiro; nesse caso, não há obrigatoriedade, são liberalidades do Estado no exercício da sua discricionariedade, mesmo assim em casos nos quais haja ameaça à vida, à liberdade ou a outros direitos fundamentais da pessoa humana – e aqui caberia questionar as diferenças da compreensão do que vem a ser fundamental em cada país, e até do que significa pessoa humana. Uma vez admitidos, cumprindo a rígida disciplina restritiva da liberdade de locomoção a que são submetidos, gozam do princípio do *non-refoulement* (não repatriação), cuja interpretação é eminentemente política.

Também merece destaque a reiteração da possibilidade de anulação de vistos e recusas de ingresso de pessoas suspeitas de envolvimento com o tráfico internacional de pessoas, ações essas que se voltam eminentemente contra as "vítimas". Assim, mesmo que no art. 14 haja uma previsão expressa de interpretação e aplicação de medidas de controle de modo que não haja discriminação das vítimas, em consonância com princípios de não discriminação reconhecidos internacionalmente, essa não tem sido a práxis nos tradicionais destinos internacionais de quem migra para esses países.

Da leitura de seus dispositivos, é possível verificar na redação final do Protocolo para Prevenção, Supressão e Punição do Tráfico de Pessoas, especialmente de Mulheres e Crianças, a projeção de contributos antagônicos na forma de contradições entre alguns de seus dispositivos, inconsistência e imprecisão de alguns conceitos, o que pode, eventualmente, torná-lo mais um protocolo de intenções, um instrumento de negociações políticas alheias aos direitos das vítimas, do que uma ferramenta de efetivo combate ao crime, dadas as dificuldades enfrentadas na sua aplicação em algumas situações concretas de maior grau de complexidade.

Tais documentos internacionais, por tratarem de matéria afeta aos Direitos Humanos, possuem caráter supralegal, de acordo com a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal, situando-se hierarquicamente abaixo da Constituição e acima da legislação ordinária (MAZZUOLI, 2011, p. 111-112); além disso, uma vez ratificados pelo Brasil e incorporados através de decretos ao seu ordenamento, vinculam o Estado aos compromissos políticos e jurídicos nele consignados, a exemplo da adequação de suas normas sobre as matérias objeto dos tratados e convenções aos quais manifestou adesão.

3. Precedentes normativos brasileiros sobre tráfico de pessoas

No Brasil, o tráfico de pessoas, ainda que não sob tal nomenclatura e abrangência, constitui crime desde 1890, quando foi promulgada a primeira legislação penal da então recém-proclamada república. Até 2005, com a Lei 11.106, apenas mulheres eram reconhecidas como vítimas desse crime. No Código Penal de 1890, a conduta era classificada como lenocínio, e sua prática se efetivava mediante abuso de fraqueza ou miséria, através constrangimento por intimidações ou ameaças, ou ainda a prestação de assistência, habitação e auxílios para lucrar, de forma direta ou indireta, com o tráfico da prostituição, punida com pena privativa de liberdade entre 1 e 2 anos em estabelecimento prisional, além de multa.

Em 1940, foi promulgado o Código Penal atualmente vigente no país, sob a égide da Ditadura do Estado Novo. Nele, o tráfico internacional de pessoas se encontra incriminado desde o texto original. Nélson Hungria, um dos mais tradicionais doutrinadores do Direito Penal brasileiro, que foi ministro do Supremo Tribunal Federal e membro da Comissão Revisora do Anteprojeto do Código Penal, elenca o tráfico como modalidade de lenocínio (HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1981, p. 259), consistente no recrutamento e no transporte, de um país a outro, de mulheres destinadas à prostituição. Define a prostituição como um "mal necessário", mas condena as atividades a ela relacionadas como "parasitismo da libidinagem", e as pessoas que nelas se engajam como "espécimes mais abjetos do gênero humano" e outras expressões que denotam preservação da moralidade sexual então vigente, e que ainda hoje dá o tom na formulação de normas e políticas que tratem de aspectos vinculados a sexualidade de forma direta ou indireta.

Hungria traça uma evolução histórica da repressão ao tráfico de mulheres no mundo a partir de 1885, desde legislações locais até normas internacionais, discutidas em diversos congressos internacionais e conferências, definindo os autores deste delito como "'fornecedores' dos mercados do amor sexual", apontando como meios para sua prática a sedução, a fraude, a violência, e, principalmente, o casamento, ilustrando sua afirmação com exemplos citados ao rodapé da obra. Ele ainda considera, baseado no relatório da Comissão Especial da Sociedade das Nações, de 1927, que não há organizações e máfias internacionais, tão somente associações locais, e pontua ainda que há muita fantasia e narrativas novelescas sobre a questão.

A primeira redação do art. 231 do Código Penal contempla a promoção ou a facilitação da entrada, no território nacional, de mulher que nele venha exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exercê-la em outro país, sancionando com pena de reclusão entre 3 e 8 anos somente os atos relacionados ao transporte, deixando de fora o recrutamento, desconsiderando o conceito fixado no Relatório da Comissão Especial da Sociedade das Nações. O tráfico interno amoldava-se à conduta descrita no art. 228, favorecimento da prostituição. A concordância da vítima e mesmo seu efetivo engajamento na atividade não eram elementos necessários para a caracterização do crime. Mesmo irrelevante a anuência, sua obtenção por expedientes capazes de eivar de vícios o consentimento – tais

como incapacidade para sua expressão por idade superior a 14 e inferior a 18 anos, além de emprego de violência, ameaça ou fraude – tornam o crime qualificado, aumentando a pena e somando a essa a correspondente à agressão praticada. Se a vítima apresentasse idade inferior a 14 anos, a realização de qualquer prática sexual, tivesse ou não cunho comercial, era presumida como violência, ainda que sem recurso à *vis absoluta*. Comprovada a intenção de lucro, também se estabelecia a pena de multa. A respeito dos bens jurídicos tutelados pela norma, Sales e Alencar (2010, p. 75) apontam que moral sexual, honra sexual das mulheres e da família e bons costumes sexuais são valores defendidos durante as legislações criminais de todo o período republicano, por serem considerados imprescindíveis para a manutenção de uma sociedade ordeira e moralizada nos moldes desejados por integrantes da elite política e social do país.

Para adequar a legislação pátria aos ditames internacionalmente estabelecidos, foi editada a Lei. 11.106/2005 (a qual alterou a redação do artigo 231 do Código Penal e acresceu-lhe o artigo 231-A, que tratavam, respectivamente, do tráfico internacional de pessoas – e não mais apenas de mulheres – e do tráfico interno). Violência, ameaça e fraude não eram elementos do tipo, mas qualificadoras, em que se vislumbrava nitidamente a preponderância das posturas antiprostituição. Sobre a regulação da sexualidade pela via legislativa, pertinente é a observação de Rubin (2011, p. 159-160), de que rotineiramente se editam leis para controlar comportamentos sexuais quando estes despertam preocupação sociais e conturbação política, por meio de pânicos e campanhas morais que marcam cada época, manifestando-se tal controle sempre e com mais ênfase sobre áreas afetas à obscenidade, trocas monetárias, homossexualidade, crianças e adolescentes – o que denota o que ela própria e Carole Vance denominaram "pânico sexual" (apud PISCITELLI; GREGORI; CARRARA, 2004, p. 9-10).

A redação daquele dispositivo do Código Penal foi posteriormente alterada pela Lei. 12.015/2009, que tratou de explicitar, já na definição do tipo, a modalidade do tráfico à qual se aplicava – para fins de exploração sexual, – além de restringir a punibilidade das ações de transporte, transferência e alojamento apenas a casos em que o dolo restasse comprovado, sem que tais condutas fossem penalmente puníveis em outras modalidades de tráfico, como aquele destinado ao provimento de mão de obra para fins de exploração do trabalho análogo à condição de escravo (de natureza não sexual) e para remoção de órgãos; também cuidou o legislador de instituir como causa de aumento de pena ter a vítima idade inferior a 18 anos ou discernimento mental reduzido por enfermidade ou deficiência, e ainda a posição de autoridade, coabitação ou dever de cuidado, proteção ou vigilância sobre esta por parte dos imputados pelo delito de que tratavam os artigos 231 e 231-A.

Outrossim, o último instrumento legal citado altera a redação do Título VI do Código Penal Brasileiro, que deixou de ser "Dos crimes contra os costumes" e passou a ser "Dos crimes contra a dignidade sexual". Para Nucci (2010, p. 139-140), tal transformação foi bem-vinda na medida em que "costumes" apontam para "bons costumes", ideia associada ao decoro sexual, o que contradiz a liberdade consagrada como direito

fundamental na Constituição de 1988, devendo ser exercida de forma plena, desde que não cause prejuízo a outras pessoas. Assim, a dignidade sexual é lida como derivada da dignidade humana, devendo ser interpretada de forma a proteger, não tutelar as liberdades individuais ou ditar comportamentos em matéria de sexualidade. Dispõe o autor ainda que o princípio da intervenção mínima demanda uma revisão ainda maior do Código Penal, com a revogação de tipos penais que têm como bem jurídico protegido apenas a moralidade sexual, podendo ser consideradas ofensivas a códigos éticos e morais subjetivos, mas que não necessariamente são prejudiciais a terceiros.

A dignidade e a liberdade sexual aviltadas pela prática desses delitos guardavam relação mais estreita com a intimidade do indivíduo – direito fundamental inviolável (CF art. 5º, X), diretamente ligado à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (CF art. 1º, III) – do que com a moralidade pública subjacente aos costumes, conceito juridicamente dúbio e flexível a interpretações diversas, muitas das quais voltadas contra as vítimas, tendo em vista o machismo arraigado na sociedade brasileira. Sobre essa imprecisão, Silveira (2008, p. 334-335) considera as leis brasileiras ainda são carregadas de um forte cunho moralista, e que em um Direito Penal que se arvore não sexista, isento de discriminações, não deve haver tipos abertos e não restritos ao exercício da liberdade individual, devendo ser previstos como crimes apenas condutas que importem constrangimentos pessoais, não devendo todos os comportamentos de cunho sexual serem criminalizados, apenas aqueles que violem a liberdade de outrem, a manifestação válida e inequívoca de sua vontade.

Entretanto, se por um lado, "costume" é um conceito de escólio bastante abrangente, "dignidade humana" também parece padecer de uma ausência de uniformidade semântica, com variações interpretativas no tempo, no espaço e no alvitre de seu intérprete. Não obstante esteja elencado entre os princípios da República Federativa do Brasil (cf. art. 1º, III, da Constituição Federal), seu conteúdo carece de precisão terminológica para balizar sua aplicação. Para Rabenhorst (2001, p. 117), a dignidade humana constitui um "princípio prudencial", uma cláusula aberta, cuja interpretação é informada pela admissibilidade de determinadas formas de manifestação da autonomia humana por parte de quem a realiza.

De acordo com Barroso (2013, p. 9-10), "(...) em termos práticos, a dignidade, como conceito jurídico, frequentemente funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta os seus próprios valores". No tocante à dignidade sexual enquanto bem jurídico corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, Nucci (2010, p. 43-44) admoesta que a moralidade sexual não deve ser lida com lentes moralistas, já que dignidade sexual e bons costumes sexuais são conceitos distintos; assevera que a dignidade sexual guarda relação com a intimidade, privacidade e autoestima das pessoas, e que a interferência do Estado só se justifica para afastar práticas de violência contra adultos ou que afetem o saudável desenvolvimento físico, psíquico, emocional e sexual de crianças e adolescentes.

Além de tudo o que foi anteriormente explanado, as alterações sucessivamente promovidas nos diplomas legais nacionais passaram ao largo das questões relativas à organização, execução, planejamento ou orientação da prática delituosa, pelo que, no Brasil, o tráfico de pessoas não fosse visto como modalidade do crime organizado (observando as disposições da Organização das Nações Unidas sobre a matéria), mas como crime contra a dignidade sexual (mais recentemente, contra a liberdade individual).

O conceito de criminalidade organizada foi introduzido no Brasil através da ratificação da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, que entrou em vigor internacional em 29 de setembro de 2003, e, para o Brasil, em 28 de fevereiro de 2004. Antes disso, existiam menções no ordenamento jurídico brasileiro a organizações criminosas sem quaisquer definições, tipificação, especificação de procedimentos ou norte de aplicação, *v.g.*, Lei 9.034, de 3 de maio de 1995, que basicamente equiparava a criminalidade organizada ao tipo penal de formação de quadrilha ou bando, antiga nomenclatura atribuída para a prática do ilícito atualmente definido como associação criminosa (art. 288 CP). Esse diploma legal foi expressamente revogado pelo advento da Lei 12.850/2013, que, entre outras alterações promovidas, definiu associação criminosa como grupo criminoso formado por 4 ou mais pessoas, com divisão de tarefas, voltado à obtenção de vantagens de qualquer natureza, mediante a prática de crimes graves, objetivamente, aqueles cuja pena máxima seja superior a 4 anos ou o cometimento de delitos transnacionais, revogando ainda de forma tácita os dispositivos conflitantes presentes na Convenção, como a estipulação da pena mínima para definição da gravidade da infração e do número mínimo de envolvidos apara a caracterização de grupo criminoso organizado, pois, de acordo com o art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, "A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior." A despeito das obrigações internacionalmente assumidas pelo Brasil, não se vislumbra ser a observância dos dispositivos presentes nas Convenções e Tratados ratificados pelo estado Brasileiro objeto de preocupação do legislador pátrio no exercício da atividade legiferante, em que pese a previsão expressamente contida no § 2º do art. 5º da CF/1988. Assim, o país descumpre sistematicamente compromissos sem que se utilize do instrumento formal de denúncia, que se traduz em manifestação de vontade do Estado denunciante de deixar de ser parte em um acordo internacional, devendo ainda haver um intervalo entre tal ato e o desfazimento do vínculo jurídico resultante de sua condição de parte no mesmo acordo, o que em geral é previsto de forma expressa nos textos dos documentos, mediante notificação escrita dirigida ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas (SILVA, 2008, p. 110-111).

As modificações introduzidas pela Lei 12.850/2013, por mera exegese objetiva de seus dispositivos, alcançam o crime de tráfico de pessoas ainda que não tenha havido concurso de pessoas para seu cometimento, por incorrer em infração penal prevista em Protocolo aditado a uma Convenção Internacional, ambos, conforme já informado alhures, devidamente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do

processo legislativo próprio, e ainda, porque a pena cominada para a prática não qualificada do delito em comento pode alcançar 8 anos de reclusão, o que atenderia ao outro critério especificado.

Por fim, em 6 de outubro de 2016, foi sancionada a Lei 13.344, a mais recente regulação sobre tráfico de pessoas, publicada no dia seguinte, com período de *vacatio legis* de 45 dias.

4. Marco regulatório para enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil: a Lei 13.344/2016

A Lei 13.344, de 6 de outubro de 2016, é a que atualmente dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas. Seu texto foi resultado da apresentação, ao Congresso Nacional, do Projeto de Lei do Senado 766/2011, como conclusão do relatório parcial da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar o tráfico nacional e internacional de pessoas no Brasil, suas causas, consequências, rotas e responsáveis, no período de 2003 e 2011, compreendido na vigência da Convenção de Palermo, presidida pela Senadora Vanessa Grazziotin (PCdoB-AM).

A CPI do Senado iniciou suas atividades em abril de 2011, tendo aprovado seu relatório final em dezembro de 2012. Nos seus 20 meses de atuação, foram promovidas audiências em Brasília, Manaus, Natal, Salvador, realizadas diligências no Rio de Janeiro, Goiânia, Washington e Nova Iorque, coletadas informações juntos a adidâncias policiais[1] e traçada a constituição e modo de atuação da rede de enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil. Várias entidades com diferentes visões sobre o tema foram instadas a contribuírem para o debate, que evidenciou a migração voluntária como descaracterização da prática criminosa, realidade retratada por muitos estudos e pesquisas, e ainda foram lançadas conjecturas sobre a realização de grandes eventos no Brasil e sua relação com o aumento de casos de tráfico e exploração. Diversas situações foram expostas, como a adoção ilegal de crianças, inclusive com a suspeita de finalidade de tráfico de órgãos, exploração de trabalhadores rurais em Pernambuco e imigrantes bolivianos em São Paulo na indústria de confecções que fornecem roupas para grifes caras, e vislumbrou uma suspeita de tráfico interno de adolescentes na rota Amazonas – São Paulo.

Como desdobramento dessa CPI, foram propostas alterações legislativas no disciplinamento do tráfico de pessoas, de modo a harmonizar a redação das normas em vigor e, consequentemente, o alcance de seus efeitos ao Protocolo de Palermo, deixando de focar exclusivamente na questão da exploração sexual e abrangendo outras formas de exploração, como aquela que alimenta o ciclo produtivo com o trabalho análogo à condição de escravo e a destinada à remoção de órgãos, então puníveis por via oblíqua por alguns

1. Unidades de fortalecimento da cooperação policial internacional.

dispositivos do Código Penal que apenas atribuíam a responsabilidade pela sua prática aos exploradores diretos, não cominando sanção aos atos conexos, como aliciamento, transporte, alojamento, havendo ou não dolo nessas ações. O relatório da CPI foi elaborado pela Senadora Lídice da Mata (PSB-BA), contendo em suas 221 páginas um levantamento minucioso de ações promovidas para combate ao tráfico nos Estados e Distrito Federal, revelando uma falha estrutural na sistematização dos dados por parte de algumas unidades da federação.

Uma de suas contribuições mais efetivas no enfrentamento ao tráfico de pessoas foi a apresentação do PLS 766/2011, que após regular tramitação, ensejou a publicação da Lei 13.344/2016.

Já de início, a norma dita sua aplicabilidade nos eixos de prevenção, repressão e atenção às vítimas, que era uma demanda antiga de entidades, movimentos e instâncias vinculadas ao combate ao tráfico, bem como preocupação presente no Protocolo de Palermo.

Os princípios do enfrentamento estabelecidos no art. 2º são bastante similares aos que pautam a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (instituída pelo Decreto 5.949/2006), expressando não apenas conjuntos de valores, prescrições éticas ou programáticas, mas mandamentos de otimização cuja eficácia prática alicerça tanto processos decisórios legislativos para elaboração das normas quanto a aplicação, a interpretação e a execução dessas. Compreendem o respeito à dignidade da pessoa humana, a promoção e garantia da cidadania e dos direitos humanos, universalidade, indivisibilidade e interdependência destes, não discriminação por motivo de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, nacionalidade, atuação profissional, raça, religião, faixa etária, situação migratória ou outro *status*, transversalidade das dimensões referentes a esses marcadores sociais da diferença na formulação de políticas públicas, atenção integral às vítimas diretas e indiretas, independentemente de nacionalidade e de colaboração em investigações ou processos judiciais, além da proteção integral da criança e do adolescente.

No art. 3º, são estabelecidas diretrizes, normas orientadoras que se articulam e reúnem postulados, fundamentos e procedimentos para nortear a elaboração, planejamento, construção, organização, execução e avaliação das metas e objetivos voltados para a prevenção, repressão e acolhimento das vítimas do delito, refletindo parte das diretrizes gerais estabelecidas na Política, sem, contudo, esmiuçar as diretrizes específicas de cada eixo de sua atuação – prevenção, repressão/responsabilização dos autores e atenção às vítimas. Prevê fortalecimento do pacto federativo, articulação com organizações governamentais e não governamentais nacionais e estrangeiras, incentivo ao controle social na discussão das políticas sobre tráfico de pessoas, estruturação da rede de enfrentamento, já bastante sólida em diversas regiões do país a partir da implementação

da Política, porém ainda bastante incipiente em outras[2], fortalecimento da atuação em áreas de maior incidência do crime, estímulo à cooperação internacional, fomento a estudos e pesquisas, preservação do sigilo dos procedimentos administrativos e judiciais e gestão integrada para coordenação da política e dos planos nacionais de enfrentamento ao tráfico de pessoas.

Sobre esses planos, o primeiro deles foi elaborado por Grupo Interministerial instituído pelo mesmo decreto que promulgou a Política Nacional, com três eixos estratégicos, a saber, prevenção e repressão ao tráfico de pessoas, responsabilização dos seus autores e garantia de atenção às suas vítimas, estabelecendo para isso prioridades e ações a serem adotadas através do cumprimento de atividades de implementação incumbida a órgãos atuantes nas diversas áreas afetas à execução da Política. O I Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas – I PNETP, foi aprovado pelo Decreto 6.347, de 8 de janeiro de 2008, que também instituiu o Grupo Assessor de Avaliação e Disseminação do Plano, cuja execução foi prevista para dois anos.

De acordo com o Relatório do I PNETP, grande parte das prioridades estabelecidas tiveram suas ações implementadas por meio das atividades propostas com execuções bem sucedidas, e alguns órgãos, mesmo não tendo recebido qualquer incumbência direta, envidaram esforços para desenvolver ações para coibir o tráfico de pessoas nos seus respectivos âmbitos de atuação, como o Ministério do Desenvolvimento Agrário no tocante ao trabalho escravo e a Polícia Rodoviária Federal, considerada parceira de primeira hora no combate ao tráfico interno através do monitoramento das estradas e rodovias. Algumas ações tiveram sua implementação prorrogada, outras se encontravam em andamento quando da elaboração do relatório.

Para dar continuidade à execução da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, foi elaborado o II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas – II PNETP, instituído pelo Decreto 7.901, de 4 de fevereiro de 2013. Diferentemente do primeiro plano, o segundo se inseriu em um processo de discussão mais amplo; ambos foram disponibilizados para consulta pública no *site* do Ministério da Justiça, visando uma abertura à participação da sociedade civil nas discussões, mas, no II PNETP, houve também a chamada para realização de plenárias livres, com metodologia previamente definida para aprimorar a sistematização das sugestões apresentadas; diversas organizações promoveram tais plenárias, fomentando o debate, o intercâmbio de experiências e o levantamento de novas propostas de ação de forma articulada e capilarizada. O II PNETP instituiu ainda um Comitê Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, cujas ações devem ser coordenadas com Conselhos que tratem de aspectos tangencialmente relacionados à temática, destinado a conjugar ações de órgãos públicos e organizações privadas para consecução do fim a que se destina, sendo imbuído da responsabilidade pela propositura de estratégias de implementação da Política Nacional, incentivo de ações

2. De acordo com informações constantes no *site* do Ministério da Justiça e Segurança Pública: [www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/redes-de-enfrentamento].

de estímulo ao estudo e à pesquisa da temática, acompanhamento da implementação dos Planos e articulação de ações com instâncias cujas atividades tangenciem o enfrentamento ao tráfico de pessoas para assegurar a intersetorialidade das políticas e coordenação as atividades de todos os conselhos com atribuições conexas nos mais diversos níveis.

Vale destacar que entre os dias 15 de maio e 18 de agosto de 2017, o Ministério da Justiça, em cooperação com o Escritório das Nações unidas contra as Drogas e o Crime, realizou consulta pública virtual para avaliação do II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e captação de subsídios para redação do III Plano, que foi aprovado pelo Decreto 9.440, de 3 de julho de 2018, com prazo de execução até 2022, sob o comando da Coordenação Tripartite da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Suas metas e ações, articuladas nas esferas federal, estadual, distrital e municipal, em colaboração com organizações da sociedade civil e organismos internacionais, distribuem-se pelos eixos temáticos gestão da política, gestão da informação, capacitação de agentes para o enfrentamento, responsabilização dos autores de crimes, assistência às vítimas, prevenção e conscientização pública, de modo a prevenir e reprimir a prática delituosa, responsabilizando seus autores e dando o suporte necessário às pessoas atingidas por tais condutas.

No âmbito da Lei 13.344/2016 são elencados como meios de prevenção ao tráfico de pessoas a implementação de medidas intersetoriais e integradas em diversas áreas estratégicas, como saúde, educação, trabalho, segurança pública, justiça, direitos humanos, dentre outras, além de promoção de campanhas de conscientização, do estímulo à mobilização da sociedade civil e fomento a projetos voltados para prevenir o crime.

No que concerne à repressão, preconiza cooperação entre órgãos dos sistemas de justiça e segurança, nacionais e estrangeiros, integração de políticas e ações de investigação e responsabilização de seus agentes e formação de equipes conjuntas para proceder a essas ações.

A norma também contempla a proteção e o atendimento às vítimas, assegurando assistência jurídica, social, de trabalho e de saúde física e psíquica, atenção às suas especificidades, preservação de sua intimidade, prevenção contra atos investigativos invasivos e atentatórios à sua dignidade, atendimento humanizado e informações sobre inquéritos policiais e processos judiciais em que estejam envolvidas, políticas que requerem massivos investimentos para captação não apenas de recursos financeiros, mas também e sobretudo humanos. Garante ainda interrupção da situação de violência ou exploração, prestação de assistência a vítimas localizadas fora do território nacional pela rede consular brasileira, e, com relação a crianças e adolescentes, a busca de sua reinserção familiar e comunitária.

No que concerne às disposições processuais, a lei dispõe que o juiz, por iniciativa própria, a pedido do Ministério Público ou da autoridade policial pode, caso haja indícios suficientes da prática do crime, determinar sequestro, hipoteca legal e arresto relacionados a bens, direitos ou valores, para assegurar pagamento de despesas processuais,

pena pecuniária e de multa, além de eventual reparação às vítimas, podendo ser os bens antecipadamente alienados se deterioráveis, depreciáveis ou de difícil conservação.

Confere-se autorização ao Poder Público para criar sistema de informações voltado para coletar e sistematizar dados e informações cadastrais de vítimas e suspeitos que auxiliem no enfrentamento ao tráfico junto a órgãos públicos e empresas privadas, como empresas prestadoras de serviço de telecomunicações, provedores de acesso à internet, instituições financeiras, empresas de transporte, administradoras de cartão de crédito, requisitados pela autoridade policial ou ministerial para instruir procedimentos investigativos e ações penais, devendo o acesso a informações mais restritas ser precedido de prévia autorização judicial.

Há ainda modificações instituídas no Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980, posteriormente revogada pela Lei de Migrações, Lei 13.445/2017), no Código de Processo Penal e nas partes geral (dispondo sobre os requisitos para concessão do livramento condicional a autores de condutas caracterizadas como tráfico de pessoas, delito equiparado a crime hediondo sem, contudo, integrar o rol previsto no art. 1º da Lei 8.072/90) e especial do Código Penal, a cujas mudanças dar-se-á maior destaque no próximo tópico.

4.1. Mudanças instituídas pela Lei 13.344/2016 na Parte Especial do Código Penal Brasileiro

A Lei 13.344/2016, em seus art. 13 e 16, modificou a parte especial do Código Penal, passando a incriminar o tráfico de pessoas no art. 149-A, que absorveu as condutas incriminadas nos art. 231 e 231-A, revogando-os de forma expressa, prevalecendo, porém, continuidade normativa típica. A pena aplicável varia de 4 a 8 anos de reclusão, além de multa e cumulação material com o crime praticado de forma conexa – exploração sexual, remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, redução à condição análoga à de escravo, submissão à servidão e adoção ilegal.

Sobre o tráfico de pessoas, conforme informações disponibilizadas no *site* do Ministério da Justiça, trata-se de um fenômeno complexo e multidimensional. Envolve uma multiplicidade de condutas, emprega meios variados e atende a finalidades específicas. Ao todo, oito verbos nucleares descrevem as condutas que se enquadram em tal prática criminosa – agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar e acolher as vítimas são ações que podem ser praticadas por um ou mais sujeitos, isolada ou cumulativamente, pelo que constitui tipo misto alternativo, repercutindo a quantidade e a gravidade das ações praticadas na individualização e aplicação da pena. As ações de transporte, transferência, alojamento e acolhimento implicam crimes permanentes, cuja consumação se protrai no tempo, admitindo flagrante enquanto estiverem sendo praticadas.

Os meios empregados para viciar o consentimento são grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso – sendo livre e válido, o consentimento oferecido pela vítima sobre direitos disponíveis exclui a tipicidade das condutas praticadas, demanda antiga de

diversas organizações que enfatizavam a necessidade de respeito aos direitos humanos, à autonomia e à capacidade de agência das pessoas envolvidas, notadamente quando as práticas se vinculam à migração para exercício da prostituição e outras atividades ligadas ao mercado do sexo, quando empreendidas por pessoas adultas e plenamente capazes de administrarem a própria liberdade, não sendo reputado como válido o consentimento para tráfico de órgãos e tecidos, já que a integridade física é bem jurídico indisponível, nem servindo para ilidir a garantia de direitos trabalhistas e a disciplina de procedimentos destinados à adoção, regidos por leis próprias. Destinam-se as práticas à finalidade multidimensional de dolosamente deslocar a vítima para remoção de seus órgãos, tecidos ou partes do corpo, redução a condições análogas à de escravo, submissão a servidão, adoção ilegal ou exploração sexual. Admite a tentativa e é cumulável materialmente com outros delitos praticados, conforme o bem jurídico atingido além da liberdade individual.

Constitui crime comum, mas pode ser praticado por funcionário público, contra vítima criança, adolescente (em casos que envolvem vulneráveis, devem ser observadas as disposições diferenciadas acerca da prescrição do crime), pessoa idosa ou com deficiência, com prevalecimento de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou superioridade hierárquica, situações sobre as quais incidirá aumento de pena de 1/3 até metade, também aplicável à retirada da vítima do território nacional, não mais ao seu ingresso, como no revogado art. 231, penalizando de maneira mais grave o crime praticado contra vítima brasileira em território estrangeiro do que contra a estrangeira em território brasileiro. A pena poderá ser reduzida na mesma proporção caso o agente não tenha antecedentes e não integre organização criminosa, variando a diminuição na inversa proporção ao grau de submissão da vítima, e de maneira diretamente proporcional à sua colaboração na libertação desta.

Sobre a distinção da nacionalidade da vítima para a causa de aumento de pena, acertada é a crítica de Cunha e Pinto (2016, p. 15), de que se trata de erro grosseiro, e que, mesmo não se tratando de hipótese de incidência de causa de aumento de pena, não se trata de indiferente penal, mantendo suas características de tráfico transnacional para fins de fixação de competência da Justiça Federal para processo e julgamento.

A despeito do Protocolo de Palermo considerar o tráfico de pessoas como modalidade de crime organizado, as atuais disposições tutelam primordialmente a liberdade individual, não a paz pública, e tangenciam outros valores aviltados pelas práticas a ele ligadas, premiando autores que não estejam envolvidos com associações criminosas ao cometerem uma ou mais entre as condutas típicas – as quais dificilmente serão viabilizadas por apenas uma pessoa. A ação penal é pública incondicionada, sendo atribuída a competência à Justiça Federal nos casos que envolvam tráfico internacional.

Cumpre apontar, ainda, para o fato de que, malgrado agora sejam puníveis outras formas de tráfico além daquele destinado à exploração sexual, o que já era há muito tempo pleiteado por instituições e movimentos empenhados no enfrentamento ao crime,

unificar a tipificação de todas as modalidades em um único dispositivo denota ausência de razoabilidade técnica e proporcionalidade entre os bens jurídicos atingidos, prescrevendo uma mesma pena para a tutela de valores de relevância tão distinta quanto liberdade individual, organização do trabalho, estado de filiação, dignidade sexual, integridade física, vida e saúde pública.

Considerações finais

Desde o Código Penal de 1890, o Brasil tem se empenhado em reprimir o tráfico de pessoas, mas a própria compreensão do delito sofreu profundas alterações ao longo dos anos, impulsionadas por transformações no cenário político nacional e internacional, refletidas nas moralidades mobilizadas por essas mudanças.

Durante muito tempo, apenas mulheres foram consideradas vítimas e se voltaram as ações governamentais tão somente para a repressão do tráfico para fins de exploração da prostituição, invisibilizando a exploração de outras formas de trabalho que não os de natureza sexual, além de também negligenciar o praticado para remoção de órgãos e tecidos e adoção ilegal, o que só foi solucionado bem recentemente, através do advento da Lei 13.344/2016, que, malgrado algumas pequenas falhas, é a mais completa e humanizada norma sobre a matéria já editada no Brasil.

Uma política eficaz de enfrentamento do tráfico não pode prescindir do protagonismo das pessoas reputadas como vítimas. Nos atuais processos decisórios, elas sequer são coadjuvantes, mas meras alegorias usadas como justificativas para recrudescimento de políticas migratórias e restrição a direitos fundamentais. Todos os esforços envidados e recursos dispendidos em operações espetaculares de resgate seriam mais bem empregados na proteção e no amparo das pessoas que de fato são submetidas a situações de engano, fraude, abuso, coerção, violência e escravidão – vítimas reais, não personagens fictícias.

É importante frisar a urgência de mitigar os fatores de vulnerabilidade, precariedade e instabilidade no mercado de trabalho, fragilidade dos suportes e das relações sociais, irregularidade de acesso aos serviços públicos ou outras formas de proteção social, os quais não são passíveis de serem combatidos pela reprodução de respostas criminais cada vez mais duras, mas pela contínua formulação das políticas públicas para geração de emprego e renda e ainda para valorização das diferenças constitutivas das pessoas, o que agrega às sociedades valores representados em vasta pluralidade de ideias, de culturas, de experiências. Vulnerabilidade social deve ser enfrentada pelo Estado em sua atuação positiva na promoção de políticas públicas para combater as causas da marginalização das pessoas que se encontram em tal situação. Somente assim poderão ser oferecidas alternativas consideráveis pelas vítimas ao trabalho em condições iníquas, seja ele de natureza sexual ou não, à venda de órgãos ou tecidos de seus corpos, ao auferimento de lucro financeiro na entrega de seus filhos para adoção, à indevida negociação sobre

seus direitos fundamentais, pois que inalienáveis. A depender da eficácia dessas políticas, a migração para o trabalho, paulatinamente deixaria de ser considerada um destino inexorável para se firmar como escolha profissional consciente, a doação de órgãos e tecidos seria feita de forma altruísta, livre, voluntária e dentro dos parâmetros estabelecidos na Lei 9.434/1997, a entrega de filhos para adoção seria feita de forma consciente e conforme procedimentos legalmente estabelecidos (ou não seria cogitada), resguardando-se assim plenamente os direitos fundamentais e inalienáveis à liberdade e à dignidade.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Trad. Humberto Laport de Mello. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARRY, Kathleen. *Female sexual slavery*. New York: New York University Press, 1984.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Tráfico de pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo. *Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas*. Brasília: Ministério da Justiça, 2007.

CATW. *Coalition Against Trafficking in Women*. Disponível em: [www.catwinternational.org].

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Tráfico de pessoas*: Lei 13.344/2016 comentada por artigos. Salvador: JusPodivm, 2016.

DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*. São Paulo: Boitempo, 2016.

DITMORE, Melissa; WIJERS, Marjan. The negotiations on the UN protocol on trafficking in persons. *Nemesis*, v. 4, p. 79-88, 2003.

DOEZEMA, Jo. Forced to Choose: Beyond the Voluntary v. Forced Prostitution Dichotomy. In: KEMPADOO, Kamala; DOEZEMA, Jo (Org.). *Global Sex workers: rights, resistance, and redefinition*. New York: Routledge, 1998.

FRISSO, Giovanna Maria. Especialmente mulheres: reflexões sobre a autonomia individual e a caracterização do tráfico de pessoas. *I Prêmio Libertas*: enfrentamento ao tráfico de pessoas. Brasília: SNJ/MJ, 2010 (Série Pesquisas e Estudos).

GOLDMAN, Emma. Tráfico de mulheres. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 37, p. 247-262, jul.-dez. 2011.

HUNGRIA, Nélson. LACERDA, Romão Côrtes de; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. arts. 197 a 249. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 8.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011.

MEDEIROS, Monique Ximenes Lopes de. *A criminalização da migração internacional das trabalhadoras do sexo e o seu tratamento como vítimas do tráfico de pessoas*: o papel do livre consentimento. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2013.

NEDERSTIGT, Frans Willem Pieter Marie. Situações de vulnerabilidade para ser traficada. *I Prêmio Libertas*: enfrentamento ao tráfico de pessoas. Brasília: SNJ/MJ, 2010 (Série Pesquisas e Estudos).

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Ed. RT, 2010.

PISCITELLI, Adriana. Entre as "máfias" e a "ajuda": a construção de conhecimento sobre tráfico de mulheres. *Cadernos Pagu*. Campinas, n. 31, p. 29-63, jul.-dez. 2008.

PISCITELLI, A.; GREGORI, M. F. e CARRARA, S. (Org.). *Sexualidades e saberes*: convenções e fronteiras. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RUBIN, Gayle. Tráfico sexual – entrevista: Gayle Rubin com Judith Butler. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 21, p. 157-209, 2003.

SALES, Lília Maia de Moraes. ALENCAR, Emanuella Cardoso Onofre de. Contribuições para o debate sobre o tráfico de pessoas a partir da experiência do Escritório de Prevenção e Combate ao Tráfico de Seres Humanos no Estado do Ceará. *I Prêmio Libertas*: enfrentamento ao tráfico de pessoas. Brasília: SNJ/MJ, 2010 (Série Pesquisas e Estudos).

SANGHERA, Jyioti. Unpacking the trafficking discourse. In: KEMPADOO, Kamala (Org.). *Trafficking and prostitution reconsidered*: new perspectives on migration, sex work and human rights. Boulder: Paradigm, 2005.

SILVA, Ana Paula da; BLANCHETTE, Thaddeus Gregory. Mulheres vulneráveis e meninas más. *I Prêmio Libertas*: enfrentamento ao tráfico de pessoas. Brasília: SNJ/MJ, 2010 (Série Pesquisas e Estudos).

SILVA, Roberto Luiz. *Direito internacional público*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais*: bases críticas para a reforma do direito penal sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SPRANDEL, Marcia Anita; DIAS, Guilherme Mansur. A temática do tráfico de pessoas no contexto brasileiro. *Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana*, Brasília, v. 35, p. 155-170, jul.-dez. 2010.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Adoção internacional ilícita e o tráfico de crianças e adolescentes, de Alencar Frederico Margraf e Letícia Pereira Castro – *RT 996*/445-465 (DTR\2018\19934);
- O problema do consentimento no tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual, de Luciana Maibashi Gebrim e Cristina Zackseski – *RBCCrim* 119/49-74 (DTR\2016\4871);
- Trabalho escravo na indústria da moda: o sistema do suor como expressão do tráfico de pessoas, de Renato Bignami – *RDT* 158/35-59 (DTR\2014\9456); e
- Tráfico internacional de pessoas e corrupção: uma simbiose invisível, de Priscilla Brito Silva Vieira e Bruno Amaral Machado – *RBCCrim* 169/289-320 (DTR\2020\7975).

Corrupção e violação de direitos humanos: uma correlação necessária? Apontamentos críticos ao debate Peters–Davis

Corruption and human rights' violation: a necessary correlation? Critical notes on the Peters–Davis debate

Ranieri L. Resende

Pesquisador Pós-doutoral Bolsista Visitante, *Max-Planck-Institut für ausländisches* öffentliches *Recht und Völkerrecht* (MPIL, 2020). Doutor em Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Pesquisador Doutoral Visitante, *New York University* (NYU, 2017-18). Bolsista Doutorado Nota 10, Fundação Carlos Chagas Filho (FAPERJ, 2018-19). Membro Associado, *New York City Bar Association* (NYCBA). Advogado (OAB/DF).
ORCID: [http://orcid.org/0000-0003-4869-7460].
ranieri@ranieriresende.law

Recebido em: 18.05.2020
Aprovado em: 16.08.2020
Última versão do autor: 28.08.2020

Áreas do Direito: Constitucional; Direitos Humanos

Resumo: Visa o presente artigo investigar o problema fundamental se a corrupção gera a violação de direitos humanos, a partir dos principais argumentos deduzidos por Anne Peters e Kevin Davis em seus respectivos artigos de confrontação, a fim de identificar as possíveis falácias e inconsistências argumentativas, com base nos parâmetros normativos do direito internacional dos direitos humanos.

Palavras–chave: Corrupção – Direito internacional público – Direitos humanos – Causalidade – Argumentação jurídica.

Abstract: The present article aims at investigating the elementary problem of whether the corruption generates a human rights' violation, considering the main arguments presented by Anne Peters and Kevin Davis in their confronting articles, in order to identify possible fallacies and argumentative inconsistencies based on the International Human Rights Law's parameters.

Keywords: Corruption – International Law – Human Rights – Causality – Legal Argumentation.

Sumário: 1. Introdução. 2. Problema central: corrupção viola direitos humanos? 3. Primeira distinção categórica: estado de corrupção sistêmica *versus* práticas corruptivas individuais. 4. Segunda distinção categórica: corrupção pública *versus* corrupção privada. 5. Nexo causal puro e exclusão de categorias de direitos humanos. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

Em face de sua atualidade perante as pautas jurídica e política latino-americanas, em especial no Brasil,[1] conexões entre o combate à corrupção e a proteção de direitos humanos demonstram-se capazes de provocar interessantes questionamentos e análises.

Nesse sentido, um rico debate acadêmico teve sua arena em recente número do periódico *European Journal of International Law* (v. 29, n. 4), em torno do problema conceitual se os atos de corrupção se configuram violações de direitos humanos e, via de consequência, em que medida o combate à corrupção promove necessariamente a proteção dos direitos humanos.

Sobre o tópico, dissertaram em dois excelentes materiais confrontantes Anne Peters,[2] no *paper* intitulado "Corrupção como uma Violação de Direitos Humanos Internacionais",[3] e Kevin Davis,[4] no artigo "Corrupção como uma Violação de Direitos Humanos Internacionais: Uma Resposta a Anne Peters"[5]. *A posteriori*, uma segunda manifestação de Peters foi divulgada no *blog* da revista a título de tréplica (Risco e Oportunidade de Humanização do Direito Anticorrupção Internacional),[6] em que se buscou contra-argumentar as respectivas críticas ao texto original.[7]

A relevância do problema não é puramente acadêmica, como podem indicar os posicionamentos de membros destacados do Judiciário brasileiro ao se alinharem, aparentemente, à tese de que a prática corruptiva deveria ser considerada uma violação autônoma

1. Cf. TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2019a; VALLE, 2018.
2. Diretora do *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Alemanha), professora em diversas instituições como *Universität Basel* e *University of Michigan*, Anne Peters possui trabalhos representativos nas áreas de direitos humanos, direito internacional e direito público europeu (MPIL, 2020).
3. PETERS, A., 2018.
4. Professor da *New York University School of Law* (Estados Unidos), Kevin E. Davis desenvolveu pesquisas significativas nos campos do direito regulatório, contratos e direito anticorrupção (NYU, 2020).
5. DAVIS, 2018.
6. PETERS, A., 2019.
7. A respeito do tópico também escreveu criticamente Franco Peirone (2018), da *Universiteit Maastricht*, em artigo publicado no mesmo número do periódico. Para fins da presente análise, no entanto, serão abordadas de forma estrita as linhas argumentativas centrais do Debate Peters-Davis.

de direitos humanos.[8] Tal entendimento traria consigo o potencial de gerar a consequência de atribuir aos autores de crimes de corrupção uma responsabilidade jurídico-penal agravada, presumidamente, por circunstâncias vinculadas à repercussão social da ação delitiva.

À primeira vista, tal subsunção silogística transparece verdadeira, ou seja, da corrupção decorre um prejuízo ao gozo de direitos humanos, na medida em que o argumento se situa calcado no comprometimento material de serviços públicos e na diminuição da fruição qualitativa e quantitativa de faculdades jurídicas essenciais pela população.

Entretanto, a análise do problema está a merecer alguns aprofundamentos, especialmente com vistas a identificar possíveis falácias e inconsistências argumentativas internas dos artigos sob cotejo, à luz dos parâmetros normativos do direito internacional dos direitos humanos, externados mediante tratados e manifestações jurídicas das instâncias internacionais responsáveis por sua interpretação institucional.[9]

2. Problema central: corrupção viola direitos humanos?

No artigo que inaugurou a discussão, Anne Peters ressalta a importância da luta contra a corrupção na posição de estratégia global que se faz notar mediante a alta adesão internacional a tratados disciplinadores do tema, a exemplo da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003), com 187 (cento e oitenta e sete) ratificações registradas até fevereiro de 2020.[10]

Ainda que com menor grau de agregação, acompanha tal tendência a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, elaborada sob a iniciativa da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (1997), com 44 (quarenta e quatro) ratificações registradas até maio de 2018.[11]

Do ponto de vista histórico, interessante registrar que as normas internacionais reguladoras das práticas anticorrupção se desenvolveram de modo acelerado nas últimas décadas, haja vista a mudança progressiva operada em especial nas políticas internas de Estados de maior desenvolvimento econômico comparado, os quais tradicionalmente permitiam que suas corporações nacionais pagassem suborno a autoridades públicas estrangeiras e admitiam, mediante regulamentação própria, que tais valores fossem deduzidos das correspondentes receitas tributáveis.[12]

De volta ao artigo iniciador do debate, a autora toma de empréstimo o conceito adotado pela organização internacional não governamental *Transparency International*, para

8. Cf. TV MIGALHAS, 2018, 35'40" – 38'30"; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015.

9. Cf. STEINER, 2000; ALVAREZ, 2014.

10. UNITED NATIONS, 2020.

11. ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2020.

12. POGGE, 2006, p. 140.

quem "corrupção é todo abuso de poder confiado para ganhos privados",[13] de modo a assumir uma amplitude não restrita ao abuso do poder público e reconhecer hipóteses de corrupção entre entidades privadas ou atores não estatais (v.g.: corporações e Federação Internacional de Futebol – FIFA).

Ao avançar seu argumento, Anne Peters traz à tona a necessidade de precisar quais seriam os sujeitos penais atingidos pelos crimes conectados aos atos de corrupção.[14] Para parte das doutrinas penalistas alemã[15] e brasileira[16], o universo de pessoas abrangidas pode ser sintetizado em figuras indeterminadas como "toda a coletividade" ou "a sociedade como um todo", tendo também por sujeito passivo material algo amplíssimo como "o Estado". Tal simplificação, no entanto, evidencia-se insuficiente para revelar as múltiplas dimensões subjetivas que circundam o fenômeno jurídico da corrupção.

A esse respeito, figura-se viável identificar as vítimas imediatas de algumas práticas corruptivas em especial,[17] a exemplo de contratos públicos em que as eventuais empresas competidoras são imediatamente atingidas pelo delito, em face da quebra de isonomia mínima entre os concorrentes de um processo licitatório.

Com vistas ao combate a esse tipo específico de corrupção, a Organização Mundial do Comércio (OMC) revisou seu Acordo Plurilateral sobre Compras Governamentais (*Agreement on Government Procurement*)[18] e inovou ao incluir expressamente obrigações relativas à prevenção de práticas corruptivas perante os Estados-Partes,[19] na condição de medidas vinculadas aos princípios de transparência e de imparcialidade (artigo IV.4.c)[20].

Conjuntamente, situações similares podem ser verificadas quando usuários de determinados tipos de serviços ou produtos são prejudicados de forma direta, nas hipóteses em que atos de corrupção atinjam o acesso facilitado de consumidores a medicamentos ou atendimentos médicos em hospitais públicos ou conveniados com o poder público.[21]

Com referência à última hipótese, interessante recordar o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos registrado no julgamento do caso *Ximenes Lopes vs. Brasil* (2006),[22] ao estatuir que os serviços de saúde efetivados por instituições particulares de

13. TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2020.
14. PETERS, A., 2018, p. 1254-1255.
15. Cf. NIEHAUS, 2019, p. 221-234, 230.
16. Cf. BITENCOURT, 2018, passim.
17. PETERS, A., 2018, p. 1255.
18. Vigência internacional desde abril de 2014. O Estado brasileiro não é signatário de nenhuma das versões do Acordo Plurilateral sobre Compras Governamentais da OMC.
19. Cf. SCHEFER, 2013.
20. "As entidades pactuantes realizarão contratações públicas de uma maneira transparente e imparcial que [...] previna práticas de corrupção" (tradução nossa). (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2020).
21. Cf. ALBUQUERQUE; SOUZA, 2017, p. 6-9.
22. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006, § 95.

forma complementar, por intermédio de contratos ou convênios firmados com entidades públicas, equivalem a serviços de natureza pública prestados sob a titularidade do Estado.

De outro lado, uma das críticas essenciais de Kevin Davis reside na imprescindibilidade de individualização das respectivas condutas empíricas,[23] de acordo com a qual haveria a necessidade de se identificar o ato corruptivo especificamente considerado e a amplitude concreta das respectivas consequências (caso a caso), na condição de requisito para qualquer esforço válido em prol de buscar as vítimas efetivas ou potenciais da atuação delituosa consistente na ação ou omissão dos agentes – corrupto e corruptor – envolvidos.

De acordo com tal contestação argumentativa, não estaria clara uma relação causal suficiente para admitir que todo e qualquer ato de corrupção suponha a violação direta de direitos humanos, em face do caráter abstrato de sujeitos meramente conceituais ("toda a coletividade", "a sociedade como um todo" ou "o Estado"). Via de consequência, o autor se posiciona contrariamente à pressuposição inaugural de Anne Peters.[24]

Consoante exemplifica Kevin Davis,[25] um hipotético desvio de finalidade de fundos públicos dirigidos originariamente para a área de saúde, com posterior destinação à pasta da defesa militar não seria fundamento, *per se*, para admitir que todas as falhas e deficiências no cumprimento das obrigações estatais vinculadas à saúde pública teriam por causa necessária o ato corruptivo sob trato, na medida em que diversos outros fatores poderiam contribuir para tal conjuntura (v.g.: problemas relacionados à má gestão qualitativa dos recursos humanos e materiais disponibilizados).

Não obstante se reconheçam diferentes sentidos de razão em parte dos argumentos expostos em ambos os artigos sob trato, demonstra-se imprescindível considerar algumas distinções elementares entre as categorias estruturais dos discursos cotejados.

De parte a parte, não foram objeto da devida atenção as dicotomias relacionadas à "corrupção sistêmica v. individual" e à "corrupção pública v. privada", juntamente com a dificuldade gerada pela exigência de um nexo de causalidade de caráter excludente, ou materialmente inverificável.

3. Primeira distinção categórica: estado de corrupção sistêmica *versus* práticas corruptivas individuais

A título fundamental, configura-se imprescindível diferenciar o ato corruptivo individualmente considerado para fins penais, com relação à prática corruptiva ampla e generalizada em um determinado Estado.

23. DAVIS, 2018, p. 1290-1291.

24. PETERS, A., 2018, p. 1256.

25. DAVIS, 2018, p. 1291.

Com referência à última perspectiva, interessante ressaltar a referência feita por Anne Peters à decisão da Suprema Corte indiana adotada em 2012,[26] ao estatuir que a existência de um estado de corrupção sistêmica seria, por si só, uma violação aos direitos humanos. Evidentemente, tal entendimento encontra suporte na posição do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC), externada no desempenho de sua atividade precípua de interpretar o Pacto Internacional homônimo de 1966.[27]

Mesmo diante da ausência de menção explícita ao vocábulo "corrupção" nos principais tratados de direitos humanos, inclusive em ambos os Pactos Internacionais de 1966 e nas Convenções Africana, Americana e Europeia de Direitos Humanos,[28] a atuação interpretativa das instituições deles derivadas atualiza e complementa os significados jurídicos dirigidos à adequada aplicação das respectivas normas convencionais internacionais[29].

Em seu Comentário Geral 24/2017 sobre as obrigações estatais centradas nos direitos econômicos, sociais e culturais conectados à atividade empresarial, o CDESC considera expressamente que a corrupção constitui um dos maiores obstáculos à efetiva promoção dos direitos humanos, em face da fragilização da capacidade de o Estado mobilizar recursos para a prestação de serviços públicos essenciais, a par de incentivar a prática discriminatória no acesso aos serviços públicos por quem não disponha de recursos para arcar com eventuais práticas ilícitas de suborno.[30]

Dados estatísticos gerais permitem admitir a existência de conexões amplamente aceitas entre um estado de corrupção sistêmica e a deficiente implementação de direitos humanos, consoante podem evidenciar as tendências de correspondência global entre baixos Índices de Desenvolvimento Humano – IDH (Nações Unidas)[31] e altos Índices de Percepção de Corrupção – IPC (Transparência Internacional)[32].

A título exemplificativo, *contrario sensu*, Estados como Noruega, Alemanha, Canadá, Austrália e Singapura situam-se dentre as 13 melhores posições no *ranking* do IDH e, concomitantemente, entre os 12 menores Índices de Percepção de Corrupção (dados de 2019).

De uma forma geral, portanto, quanto mais baixo o nível de corrupção genericamente reconhecida, mais alta seria a propensão à efetividade dos direitos humanos.

---

26. PETERS, A., 2018, p. 1258.
27. Trata-se do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), elaborado sob os auspícios das Nações Unidas e devidamente ratificado pelo Brasil (Decreto Legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991; Decreto 591, de 6 de julho de 1992).
28. MURRAY; SPALDING, 2015.
29. MECHLEN, 2009, p. 926-930.
30. COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, 2017, § 20.
31. UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAM, 2019.
32. TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2019b.

Nesse sentido, afigura-se razoavelmente adequado assumir que um cenário de corrupção geral e estruturada produz o esvaziamento progressivo da fruição de faculdades jurídicas vinculadas aos direitos humanos e liberdades fundamentais,[33] especialmente no tocante aos direitos sociais em sentido lato (v.g.: acesso à saúde, à educação, à seguridade social e ao meio ambiente sadio), de modo a atingir em maior amplitude as populações mais dependentes de assistência estatal direta ou indireta.

Do ponto de vista econômico, o Banco Mundial apoia-se conjuntamente em estudos empíricos para sustentar que as pessoas pobres tendem a sofrer as mais danosas consequências da corrupção, quando comparadas com componentes de outras classes que possuam ganhos pecuniários mais significativos.[34]

Nada obstante, é fundamental levar em conta que a referência "metapenal" do fenômeno jurídico da corrupção possui uma diferença categórica importante com relação ao regime legal criminal aplicável às práticas corruptivas especificamente consideradas,[35] haja vista ser a disciplina penal apenas um dos mecanismos por intermédio dos quais se configura viável tratar normativamente a matéria[36].

Aqui reside uma confusão capaz de provocar falácias de divisão em alguns discursos jurídicos, em especial quando se admite que algo verdadeiro para o conjunto deve ser necessariamente verdadeiro para as suas partes, ou em situações em que uma característica aplicável ao todo também deve ser assumida com relação a cada um de seus componentes abrangidos.[37]

Ainda que um quadro de corrupção sistêmica possua correspondência com violações de direitos humanos, destacadamente no tocante à efetividade de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, não se demonstra adequado expandir tal conclusão para reconhecer de forma antecipada que toda e qualquer prática corruptiva viole diretamente direitos humanos.

Elevar tal premissa à sua máxima potência poderá induzir a outra conclusão não menos falaciosa, de que toda medida de combate à corrupção gerará o efeito vinculado de promover os direitos humanos, inclusive quando forem identificadas atuações anticorrupção contrárias aos correspondentes standards legais de proteção individual.

A esse respeito, Kevin Davis elenca algumas hipóteses desviantes de práticas anticorruptivas nacionais:[38]

33. Sob o prisma da efetividade, a perspectiva aqui adotada acerca da "fruição de faculdades jurídicas vinculadas aos direitos humanos e liberdades fundamentais" aproxima-se do tripé formulado por Amartya Sen (2000, p. 84-85), composto por *rights, opportunities and entitlements*.

34. WORLD BANK, 2020.

35. LÓPES DE LEMOS, 2017, p. 131-135.

36. MACCORMICK, 2007, p. 208.

37. Cf. TOULMIN; RIEKE; JANIK, 1984, p. 171-173; BLACK, 2018, cap. 12; ATIENZA, 2013, p. 157-162.

38. DAVIS, 2018, p. 1291.

a) contrárias ao devido processo legal;

b) com a finalidade de atingir seletivamente defensores de direitos humanos ou adversários políticos;

c) que visem desregular programas governamentais, de modo a restringir o gozo de direitos humanos, especialmente aqueles de abrangência coletiva.

Com vistas a evitar o risco do uso arbitrário de políticas de combate à corrupção, uma série de direitos humanos de caráter fundamental merece especial observância, a citar:[39] direito a um julgamento justo; direito à presunção de inocência; garantia contra a autoincriminação; direito à privacidade e à propriedade individual.

Imperioso concluir, nesse aspecto, que o argumento sustentado por Anne Peters acerca da correlação necessária entre corrupção e violação de direitos humanos configura-se viável, tão somente à medida que se refira a um estado sistêmico ou generalizado de corrupção, mas, não necessariamente, com referência a toda e qualquer prática corruptiva individualmente considerada.

4. Segunda distinção categórica: corrupção pública *versus* corrupção privada

Em anterior trabalho de direito comparado acerca do tratamento diferenciado decorrente da aplicação do regime de cotas para mulheres perante os sistemas alemão, estadunidense e comunitário europeu,[40] Peters reconhece a perspectiva instrumental de medidas positivas em prol de um melhor equacionamento das graves distorções comparativas de acesso e, em conexão, dirigidas a mitigar os efeitos das relações de desigualdade social evidenciados em determinados grupos, para além de posicionamentos demasiadamente liberais a respeito.

Nesse ponto, a igualdade meramente formal poderá ceder parte de seu espaço de regência para se harmonizar com o prisma material do princípio da isonomia, especialmente quando se tratar de um Estado constitucionalmente carregado de pretensões sociais.

À luz de referida distinção de natureza substantiva, outro ponto fundamental é trazido pela pesquisadora alemã em seu artigo,[41] ao argumentar que a finalidade comum a alguns tipos de corrupção reside em criar relações de desigualdade, por intermédio do tratamento discriminatório direto ou indireto. Nesse tocante, restariam vulnerados

39. INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY, 2010, p. 63-64.

40. PETERS, A., 1996, passim.

41. PETERS, A., 2018, p. 1265-1267.

automaticamente os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos[42] (art. 2.1)[43] e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 2.2)[44], ambos de 1966, os quais proíbem a adoção de práticas discriminatórias condicionadoras da fruição dos direitos e liberdades neles previstos.

A esse respeito, alguns contra-argumentos se apresentam importantes. Especialmente com referência à prática ilícita de suborno de agentes públicos, verifica-se uma forte tendência a admitir a relação entre a discriminação proibida pelas citadas normas internacionais e a outorga de privilégios legais aos componentes de determinadas classes econômicas que conseguem pagar pelo acesso distintivo a produtos e serviços públicos, de modo a gerar a subsequente exclusão das pessoas destituídas de recursos financeiros para tal custeio extraordinário.

Entretanto, a partir da concepção de corrupção adotada pela Transparência Internacional e assumida pela autora,[45] o "abuso de poder confiado para ganhos privados" não se restringiria ao setor público e alcançaria as ocorrências de corrupção entre pessoas e entes não estatais, distintamente da posição conceitual do Banco Mundial que atrela o exercício de funções públicas ao abuso de poder na ação corruptiva[46].

Nesse sentido, uma distinção essencial merece aprofundamento no tocante à hipótese de violação de direitos humanos, quando as entidades ou as pessoas envolvidas na prática corruptiva não possuírem qualquer vinculação com o setor público, nem haja a supressão ou o comprometimento de faculdades jurídicas fundamentais de terceiros.

Aqui não se olvida da significativa expansão material da abrangência constitucional operada a partir do julgamento do caso *Lüth* pelo *Bundesverfassungsgericht* alemão (1958), o qual estatuiu, dentre outras inovações, a perspectiva de fazer valer os direitos fundamentais não apenas na esfera do direito público, mas também no âmbito das relações privadas,[47] ou seja, entre particulares.

Tal mudança na perspectiva subjetiva das obrigações resultantes dos direitos fundamentais decorreu, conjuntamente, da necessidade de proteção da liberdade e da

42. Construído sob a égide das Nações Unidas e devidamente ratificado pelo Brasil (Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991; Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992).

43. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo. língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

44. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

45. PETERS, A., 2018, p. 1254-1255.

46. WORLD BANK, 1997.

47. Cf. ALEXY, 2002, p. 9-10.

dignidade individuais contra a violência social, face aos abusos promovidos sob a titularidade de entes privados.[48]

Ainda que se identifique variações a respeito da assimilação da doutrina do *Drittwirkung der Grundrechte* na jurisprudência constitucional comparada com referência aos efeitos horizontais dos direitos fundamentais entre terceiros,[49] é notória a sua agregação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a partir do julgamento do caso *Blake v. Guatemala* (1998)[50] e consolidada na Opinião Consultiva 18/03 (2003),[51] ao considerar que as normas internacionais de direitos humanos geram obrigações diretas para os particulares (caráter *erga omnes*), acerca das quais compete aos Estados aplicar a devida diligência nas operações de "respeitar" e "fazer respeitar".[52]

Do ponto de vista dos sujeitos alcançáveis pelo direito internacional dos direitos humanos, em suma, não se identificam graves empecilhos argumentativos à premissa de que entes privados podem figurar na posição de violadores de obrigações dessa natureza.[53] Entretanto, a perspectiva objetiva da violação de direitos humanos por agentes corruptores e corruptos estritamente privados está a merecer algumas ressalvas no tocante ao enquadramento jurídico do respectivo fato gerador empírico.

Entre os casos de práticas corruptivas estritamente privadas, Antonio Argandoña elenca alguns exemplos interessantes relacionados a operações verificáveis entre corporações:[54]

> a) oferta de presentes de valor relevante a gerentes de compras de companhias clientes, com vistas a gerar a predisposição de transações no futuro;
>
> b) pagamentos e premiações dirigidos a gerentes ou empregados de empresas, com o fito de obter preferência em contratos de distribuição, licença ou franquia;
>
> c) pagamentos a gerentes de empresas de varejo, para que determinado produto fique exposto em posição privilegiada perante os consumidores finais;
>
> d) valores e benefícios relevantes destinados a jornalistas, em prol de induzir notícias ou relatos positivos a respeito de determinada corporação, seus produtos e serviços.

À parte o eventual caráter ilícito ou antiético relacionado a tais ações, a princípio, não se evidencia razoável concluir que as citadas condutas titularizadas por entidades estritamente privadas se configurem práticas corruptivas violadoras de direitos humanos.

---

48. Cf. ZIPPELIUS, 1996, p. 282-283.
49. Cf. TUSHNET, 2003, p. 81-84.
50. Iniciativa do Juiz Cançado Trindade concentrada nas razões de seu voto separado (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1998).
51. MIJANGOS Y GONZÁLEZ, 2008, p. 12 et seq.
52. CANÇADO TRINDADE, 1996, p. 60-66. Cf. FIX-ZAMUDIO, 2013, p. 760-761.
53. Cf. RESENDE, 2006, p. 192-193.
54. ARGANDOÑA, 2003, p. 256-257.

Tal assertiva decorre, em primeiro lugar, da baixíssima relevância qualitativa dos bens jurídicos envolvidos nas situações supra exemplificadas, em sentido contrário à essencialidade substantiva que marca a concepção de direitos humanos.

De modo complementar, registre-se que nem toda violação jurídica (geral) será imprescindivelmente uma violação de direitos humanos, sob pena de ignorar a especialidade própria dos princípios regentes desse campo do direito internacional e retirar-lhe a correspondente autonomia.[55]

Um critério teoricamente aplicável a essa distinção pode se vincular à ausência de performances discriminatórias à luz dos Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos (art. 2.1) e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 2.2), ou seja, quando não se constatar que a diferenciação de tratamento proporcionado entre entes privados tenha comprometido o acesso substancial a direitos e liberdades estabelecidos em normas protetivas de direitos humanos, inclusive com referência a terceiros.

Nessa linha, verifica-se a existência de práticas corruptivas entre entidades privadas que carregam consigo o alto potencial de atingir estruturalmente direitos humanos, como em situações exemplificadas por Susan Rose-Ackerman,[56] nas quais empresas atuem na posição de corruptoras de dirigentes de sindicatos profissionais.

Em cenários tais, a liberdade de associação, o direito de greve e o direito à negociação coletiva são fraturados em sua base representativa material, de modo a criar uma ilegitimidade sindical concreta e contaminante, em grave violação de tratados de direitos humanos, a destacar as Convenções 87/1948 e 98/1949, ambas da Organização Internacional do Trabalho (OIT), cujos conteúdos normativos abrangem direitos sociais fundamentais.[57]

Portanto, um teste de verificação deverá ser aplicado caso a caso, com vistas a viabilizar a análise de toda a amplitude da conduta, de suas diversas reverberações concretas a curto, médio e longo prazos e das faculdades jurídicas porventura atingidas, em sentido divergente à correspondência geral defendida por Anne Peters.

5. Nexo causal puro e exclusão de categorias de direitos humanos

Por fim, algumas observações merecem destaque no tocante às práticas corruptivas típicas relacionadas ao exercício da função pública por um ou mais agentes envolvidos, dentro da linha conceitual adotada pelo Banco Mundial,[58] com foco no tipo de nexo causal exigido para vincular corrupção e violação de direitos humanos.

55. Cf. D'AMATO, 1982, p. 1127-1129.

56. ROSE-ACKERMAN, 1978, p. 194 et seq.

57. Nos termos da Declaração OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998 (Cf. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2002).

58. WORLD BANK, 1997.

Segundo sustenta Kevin Davis em seu artigo de confrontação,[59] o processo decisório contaminado pela corrupção tende a qualificar-se arbitrário e pode ser fato gerador de violação direta de direitos humanos dirigidos, por exemplo, a proteger pessoas contra detenções arbitrárias, violências à integridade pessoal, intervenções indevidas na privacidade e no direito a um julgamento justo, à medida que atinge o requisito de imparcialidade estruturante da própria atuação estatal concreta (comissiva ou omissiva).

O autor ressalta, porém, o caráter indeterminado do impacto geral do ato de suborno na fruição de direitos humanos, a depender da conduta específica adotada pelo agente público recebedor da vantagem indevida, da individualização das vítimas e dos danos especificamente perpetrados, razão pela qual não haveria uma correspondência necessária, mas estritamente conjuntural, entre corrupção e violação de direitos humanos.

Apesar de atraente e persuasivo, tal argumento se apresenta passível de algumas críticas.

Em sua recente obra "Entre Impunidade e Imperialismo: A Regulação do Suborno Transnacional",[60] o mesmo Kevin Davis elenca duas situações extremas de corrupção com o grave atingimento da saúde e da segurança coletivas e do meio ambiente, as quais contradizem parcialmente o seu postulado anterior.

O primeiro exemplo se situa nas alegações de que um consórcio de empresas teria subornado autoridades públicas brasileiras para que fosse viabilizada a construção da megausina hidrelétrica de Belo Monte na região Amazônica, mesmo diante das severas objeções relacionadas aos riscos de destruição de ecossistemas ambientalmente sensíveis e de deslocamento forçado de comunidades indígenas e ribeirinhas.

Infelizmente, os riscos alertados à época realizaram-se e permanecem a gerar seus gravíssimos efeitos, apesar de todos os esforços nacionais e internacionais em sentido contrário à realização da obra.[61]

Outra ocorrência citada por Davis refere-se à atuação da empresa multinacional Innospec,[62] que teve seus produtos proibidos em diversos países em razão de serem combustíveis compostos por uma alta concentração de chumbo, cuja poluição atmosférica causa significativos danos ao meio ambiente e à saúde humana, destacadamente no desenvolvimento neurológico de crianças.

Em 2010, a Innospec reconheceu haver pagado suborno a diversas autoridades públicas indonésias e iraquianas, a fim de que seus produtos altamente poluentes fossem permitidos pelas respectivas agências governamentais, com o intuito deliberado de postergar o seu banimento nacional.[63]

59. DAVIS, 2018, p. 1291-1292.

60. DAVIS, 2019, p. 62 et seq.

61. Cf. PETERS, I., 2011; ZHOURI, 2012, p. 45-65.

62. DAVIS, 2019, p. 62 et seq.

63. GRANDJEAN, 2013, p. 129.

Se, de um lado, a corrupção de agentes públicos propicia relações socioeconômicas de privilégios ilegítimos a determinadas pessoas e corporações em detrimento dos demais sujeitos excluídos do processo (discriminação direta), de outro, evidencia-se inegável sua contribuição para o aprofundamento de desigualdades na aplicação de normas protetivas de direitos humanos e do meio ambiente (discriminação indireta).

Na condição de argumento sustentável, não se apresenta adequado exigir uma estreitíssima vinculação causal entre determinada conduta corruptiva e vítimas individuais de danos ambientais graves, como podem evidenciar as agravadas situações de comunidades indígenas e tradicionais arbitrariamente deslocadas (caso Belo Monte), ou de crianças permanentemente prejudicadas pela contaminação coletiva por chumbo (caso Innospec).

Ao restringir as hipóteses de violações diretas de direitos humanos aos casos em que se constatar o comprometimento de direitos civis e políticos imediatamente atingidos pela prática de corrupção, Davis exclui da equação uma vasta gama de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais que são inequivocamente comprometidos por comportamentos corruptivos de grande amplitude nos postos governamentais mais altos (*Grand Corruption*),[64] ou por estados de corrupção sistêmica (*Massive Corruption*)[65].

Em face de casos de corrupção pública promotora de danos propagados em um amplo meio ambiente abrangido e perante uma vasta diversidade de populações (v.g.: Belo Monte e Innospec), revela-se irrazoável afastar o reconhecimento de violações diretas de direitos humanos,[66] ainda que a apuração acerca do universo total de vítimas dependa da eleição de critérios e mecanismos confiáveis de ulterior investigação.

Caso se considerasse tal premissa válida, somente seria usual aceitar o vínculo de causalidade entre corrupção e violações de direitos civis e políticos, esses fortemente individualizantes na sua formatação normativa, à medida que a falha de implementação dos direitos sociais (*lato sensu*) raramente evidenciaria um nexo causal puro com as condutas corruptivas públicas, diante de seu caráter estruturalmente coletivo e difuso.

Avançar nessa perspectiva significaria retirar a própria natureza jurídica dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, de modo a convertê-los em meras sugestões abstratas de políticas públicas dirigidas aos Estados, e cujo descumprimento não resultaria em qualquer responsabilidade estatal decorrente de eventuais atos internacionalmente ilícitos.

Em sentido contrário estatui a Corte Interamericana de Direitos Humanos em sua Opinião Consultiva 23/2017, ao elencar as obrigações jurídico-internacionais dos Estados com relação ao meio ambiente e aos direitos humanos, entre as quais se destacam:[67]

64. PETERS, A., 2018, p. 1254-1255.

65. Cf. WARF, 2019, p. 111 et seq.

66. Cf. MACHADO; QUEZADO, 2018, p. 165-167.

67. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017, § 242.

a) obrigação de prevenir danos ambientais significativos dentro e fora de seu território;

b) obrigação de regular, supervisionar e fiscalizar atividades desempenhadas sob sua jurisdição que possuam risco de dano ambiental significativo, inclusive com a realização de estudos de impacto ambiental;

c) obrigação de atuar em conformidade com o princípio de precaução, a fim de evitar a ocorrência de danos irreversíveis à vida, à integridade pessoal e ao meio ambiente;

d) obrigação de viabilizar a participação pública das pessoas sob sua jurisdição nos processos de tomada de decisões que possam afetar o meio ambiente.

Na oportunidade, o Tribunal Interamericano levou em conta a integração essencial do direito ao meio ambiente sadio previsto no artigo 11 do Protocolo de San Salvador (1988) ao disposto no artigo 26 do Pacto de San José (1969), no tocante às obrigações internacionais diretamente decorrentes dos direitos econômicos, sociais e culturais.[68]

Com certa proximidade interpretativa caminhou também a Corte Internacional de Justiça (*Costa Rica c. Nicaragua et vice versa*, 2015).

Em referido *case*, ambos os Estados costarriquenho e nicaraguense deduziram contrapostas alegações centradas em duas categorias de princípios, com referência estruturante aos princípios gerais de direito internacional, a incluir o respeito à integridade territorial, soberania e proibição do uso arbitrário da força, sequenciada pelos princípios de direito ambiental internacional, a abranger a obrigação de devida diligência na prevenção de danos transfronteiriços, agregada pela imprescindibilidade da verificação antecipada de prováveis impactos ambientais, além do dever de notificação e consulta recíproca.[69]

Impulsionada pelo cenário argumentativo apresentado pelas partes, a Corte da Haia reconheceu explicitamente a existência de obrigações internacionais gerais conectadas ao meio ambiente, a exemplo da obrigação de realizar a prévia análise de impacto ambiental de obras de infraestrutura que evidenciem risco de danos ambientais em áreas relacionadas a fronteiras e da obrigação de reparar os danos ambientais materiais eventualmente ocorridos.[70]

Uma posição extrema acerca da exigência de um vínculo de causalidade estreitíssimo para conectar corrupção e violação de direitos humanos, como a defendida por Kevin Davis em seu artigo, não se coaduna com a amplitude e a indivisibilidade típica do regime jurídico-internacional dos direitos humanos[71] ou, no mínimo, com a interdependência material que caracteriza direitos e obrigações convencionais desta natureza[72].

---

68. ABELLO-GALVIS; AREVALO-RAMIREZ, 2019, p. 220-221.

69. YOTOVA, 2016, p. 446.

70. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2015, §§ 104, 137-144, 173, 229.

71. Consoante explicitado nas duas grandes conferências globais de direitos humanos, realizadas em 1968 e 1993 sob os auspícios das Nações Unidas (Cf. LEÃO, 2009, p. 94-99).

72. Cf. INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2018, p. 229-231.

Considerações finais

Consoante bem salientado por Anne Peters em sua tréplica,[73] se o estado de direito (*Rule of Law*) evidencia uma condição indispensável para o respeito dos direitos humanos, a ele se conecta a capacidade de os Estados promoverem sistemas de governança responsável direcionados a erradicar a prática da corrupção.

Tal compreensão não impede, no entanto, que se considere parcialmente sustentáveis os argumentos trazidos por ambos os autores em seus artigos dialógicos, para concluir que não se demonstra adequada a tese de que toda prática corruptiva se qualifica, *a priori*, violadora de direitos humanos, ainda que reconhecidamente ilícita e/ou antiética.

Com relação ao tópico, importante agregar duas distinções categóricas aplicáveis, identificadas nas seções anteriores do presente artigo:

> a) admitindo que um estado de corrupção sistêmica ou massiva se configure, *per se*, uma violação de direitos humanos, tal assertiva não gera a conclusão necessária de que todos os atos corruptivos sejam, individualmente, violadores de direitos humanos (falácia de divisão);
>
> b) considerando a corrupção todo "abuso de poder confiado para ganhos privados",[74] evidencia-se viável identificar práticas corruptivas individualizadas estritamente privadas sem o comprometimento imediato ou mediato das faculdades jurídicas extraíveis dos Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966[75].

Uma observação merece destaque no tocante aos atos de corrupção pública,[76] na medida em que o argumento centrado na indeterminação prévia das vítimas, ou no caráter difuso dos danos, não se demonstra suficiente para afastar o reconhecimento de sua relação causal com as subsequentes violações de direitos humanos identificáveis, especialmente com referência aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.

Por fim, considera-se um critério elegível para o teste de verificação investigar se a prática corruptiva concreta, ou o tratamento discriminatório por ela gerado, foi capaz de produzir uma violação obrigacional vinculada à falha (imediata ou mediata) no acesso substancial aos direitos e às liberdades elencados nas aplicáveis normas internacionais protetivas de direitos humanos, sem que para tanto se pressuponha um nexo de causalidade genérico e automático, tampouco restrinja-se a sua ocorrência apenas às hipóteses de atingimento da estrita categoria dos direitos civis e políticos.

---

73. PETERS, A., 2019.

74. Na concepção adotada pela *Transparency International*.

75. Aplicável, conjuntamente, a outras normas internacionais protetivas de direitos humanos.

76. Na concepção adotada pelo *World Bank*.

Se há algo possível de se concluir, ao término desta curta exposição, é que a alta complexidade da dinâmica relacional entre corrupção e direitos humanos não admite generalizações fáceis. Diante disso, a seriedade argumentativa do debate Peters-Davis muito contribui para desmistificar eventuais perspectivas dogmáticas simplificadoras que, por vezes, tendem a permear as análises políticas e jurídicas a respeito do tópico.

Referências

ABELLO-GALVIS, Ricardo; AREVALO-RAMIREZ, Walter. Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion OC-23/17: Jurisdictional, Procedural and Substantive Implications of Human Rights Duties in the Context of Environmental Protection. *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, v. 28, n. 2, p. 217-222, 2019. DOI: [https://doi.org/10.1111/reel.12290]. Acesso em: 21 ago. 2020.

ALBUQUERQUE, Aline; SOUZA, Camila Nascimento de. Corrupção na saúde no Brasil: reflexão à luz da abordagem baseada nos direitos humanos. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília, v. 13, p. 1-17, 2017.

ALEXY, Robert. Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin, Bd. 61, p. 7-33, 2002.

ALVAREZ, José E. What are International Judges for? The Main Function of International Adjudication. In: ROMANO, Cesare P. R.; ALTER, Karen J.; SHANY, Yuval (ed.). *Oxford Handbook of International Adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2014. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.1093/law/9780199660681.003.0008]. Acesso em: 12 dez. 2018.

ARGANDOÑA, Antonio. Private-to-private Corruption. *Journal of Business Ethics*, v. 47, n. 3, p. 253-267, 2003.

ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte especial 5: crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BLACK, Max. *Critical Thinking*: An Introduction to Logic and Scientific Method. [s.l.]: Muriwai Books, 2018.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Direito internacional dos direitos humanos, direito internacional humanitária e direito internacional dos refugiados: aproximações ou convergências. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEYTRIGNET, Gérard; RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana*: direitos humanos, direito humanitário, direito dos refugiados. San José: Instituto Interamericano

de Direitos Humanos; Comitê Internacional da Cruz Vermelha; Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996. p. 29-121.

COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. *General Comment No. 24 (2017) on State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities*. 2017. Disponível em: [https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11]. Acesso em: 18 mar. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Blake vs. Guatemala*: Sentencia de 24 de enero de 1998 (Fondo). Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf]. Acesso em: 10 maio 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-23/17*: Medio Ambiente y Derechos Humanos (Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y la integridad personal – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). 15 nov. 2017. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf]. Acesso em: 25 mar. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Ximenes Lopes vs. Brasil*: Sentença de 4 de julho de 2006 (Mérito, Reparações, Custas). Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf]. Acesso em: 10 abr. 2020.

D'AMATO, Anthony. The Concept of Human Rights in International Law. *Columbia Law Review*, New York, v. 82, n. 6, p. 1110-1159, 1982.

DAVIS, Kevin E. *Between Impunity and Imperialism*: The Regulation of Transnational Bribery. New York: Oxford University Press, 2019.

DAVIS, Kevin E. Corruption as a Violation of International Human Rights: A Reply to Anne Peters. *European Journal of International Law*, Firenze, v. 29, n. 4, p. 1289-1296, 2018.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. Relaciones entre los tribunales constitucionales latinoamericanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. México: Tirant lo Blanch, 2013. p. 673-765.

GRANDJEAN, Philippe. *Only One Chance*: How Environmental Pollution Impairs Brain Development – and How to Protect the Brains of the Next Generation. New York: Oxford University Press, 2013.

INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY. *Integrating Human Rights in the Anti-Corruption Agenda*: Challenges, Possibilities and Opportunities. Geneva, 2010. Disponível em: [www.ichrp.org/files/reports/58/131b_report.pdf]. Acesso em: 14 abr. 2020.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica), Judgment, *I.C.J. Reports 2015*, p. 665. Disponível em: [www.icj-cij.org/files/case-related/150/150-20151216-JUD-01-00-EN.pdf]. Acesso em: 25 mar. 2020.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up, 1998. In: *The International Labour Organization's Fundamental Conventions*, 2002. Disponível em: [www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_095895.pdf]. Acesso em: 21 ago. 2020.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Yearbook of the International Law Commission*. New York, 2011, A/CN.4/SER.A/2011/Add.1 (Part 3). New York: United Nations, 2018. Disponível em: [https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2011_v2_p3.pdf&lang=EFS]. Acesso em: 14 maio 2020.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *La construcción jurisprudencial de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

LÓPES DE LEMOS, Ana Parés. Pluriofensividad de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales: corrupción y cohecho. *Foro – Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Madrid, v. 20, n. 1, p. 127-187, 2017.

MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law*: An Essay in Legal Theory. New York: Oxford University Press, 2007.

MACHADO, Bruno Amaral; QUEZADO, Marina. Corrupção pública pelos olhos da criminologia: dano social e violação dos direitos humanos. *Revista Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 17, p. 133-174, 2018.

MECHLEN, Kerstin. Treaty Bodies and the Interpretation of Human Rights. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Nashville, v. 42, n. 3, p. 905-947, 2009.

MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier. The Doctrine of Drittwirkung der Grundrechte in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 1.08, p. 1-31, 2008. Disponível em: [https://indret.com/the-doctrine-of-the-drittwirkung-der-grundrechte-in-the-case-law-of-the-inter-american-court-of-human-rights/?edicion=1.08]. Acesso em: 10 maio 2020.

MPIL. Personen. Direktoren/innen. *Peters, Anne*. Disponível em: [www.mpil.de/de/pub/institut/personen/institutsleitung/direktoren/peters.cfm]. Acesso em: 27 ago. 2020.

MURRAY, Matthew; SPALDING, Andrew. Freedom from Official Corruption as a Human Right. *Governance Studies at Brookings*, jan. 2015. Disponível em: [www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/Murray-and-Spalding_v06.pdf]. Acesso em: 20 mar. 2020.

NIEHAUS, Holger. Annäherungen an einen Korruptionsbegriff des (deutschen) Strafrechts. In: GRAEF, Peter; RABL, Tanja (Hrsg.). *Was ist Korruption?* Begriffe, Grundlagen und Perspektiven gesellschaftswissenschaftlicher Korruptionsforschung. 2. Auf. Baden-Baden: Nomos, 2019. p. 221-234.

NYU. School of Law. Faculty. *Kevin E. Davis*. Disponível em: [https://its.law.nyu.edu/facultyprofiles/index.cfm?fuseaction=profile.overview&personid=22193]. Acesso em: 27 ago. 2020.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*: Ratification Status. Disponível em: [www.oecd.org/daf/anti-bribery/WGBRatificationStatus.pdf]. Acesso em: 27 mar. 2020.

PEIRONE, Franco. Corruption as a Violation of International Human Rights: A Reply to Anne Peters. *European Journal of International Law*, Firenze, v. 29, n. 4, p. 1297-1302, 2018.

PETERS, Anne. Corruption as a Violation of International Human Rights. *European Journal of International Law*, Firenze, v. 29, n. 4, p. 1251-1287, 2018.

PETERS, Anne. Frauenquoten im Rechtsvergleich: Neueste Entwicklungen im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland und der Vereinigten Staaten von Amerika sowie im Europarecht. In: JOERDEN, Jan C. (Hrsg.). *Diskriminierung – Antidiskriminierung*. Berlin: Springer-Verlag, 1996. p. 235-263.

PETERS, Anne. The Risk and Opportunity of the Humanisation of International Anti-Corruption Law: A Rejoinder to Kevin E. Davis and Franco Peirone. *EJIL Talk!: Blog of the European Journal of International Law*, 18 fev. 2019. Disponível em: [www.ejiltalk.org/the-risk-and-opportunity-of-the-humanisation-of-international-anti-corruption-law-a-rejoinder-to-kevin-e-davis-and-franco-peirone]. Acesso em: 13 mar. 2020.

PETERS, Ina. Der Belo Monte Staudamm: Paradebeispiel für eine erfolgreiche Zivilgesellschaft in Brasilien? *GIGA Focus Lateinamerika*, Hamburg, v. 9, 2011. Disponível em: [www.giga-hamburg.de/de/system/files/publications/gf_lateinamerika_1109.pdf]. Acesso em: 21 mar. 2020.

POGGE, Thomas W. Relational Conceptions of Justice: Responsibilities for Health Outcomes. In: ANAND, Sudhir; PETER, Fabienne; SEN, Amartya (ed.). *Public Health, Ethics, and Equity*. New York: Oxford University Press, 2006. p. 135-161.

RESENDE, Ranieri Lima. O regime jurídico da responsabilidade das organizações internacionais: a concepção do ato internacionalmente ilícito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 170, p. 191-207, 2006.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption*: A Study in Political Economy. New York: Academic Press, 1978.

SCHEFER, Krista Nadakavukaren. Will the WTO Finally Tackle Corruption in Public Purchasing? The Revised Agreement on Government Procurement. *ASIL Insights*, Washington, v. 17, n. 11, 2013. Disponível em: [www.asil.org/insights/volume/17/issue/11/will-wto-finally-tackle-corruption-public-purchasing-revised-agreement]. Acesso em: 13 abr. 2020.

SEN, Amartya. *Development as Freedom*. New York: Archor Books, 2000.

STEINER, Henry J. Individual Claims in a World of Massive Violations: What Role for the Human Rights Committee? In: ALSTON, Philip; CRAWFORD, James (ed.). *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 15-54.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Notícias. *Villas Bôas Cueva prega mudança de comportamento e intolerância à corrupção*. 18 nov. 2015. Disponível em: [www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2015/2015-11-18_15-31_Villas-Boas-Cueva-prega-mudanca-de-comportamento-e-intolerancia-a-corrupcao.aspx]. Acesso em: 13 maio 2020.

TOULMIN, Stephen; RIEKE, Richard; JANIK, Allan. *An Introduction to Reasoning*. 2. ed. New York: Macmillian Publishing Co., 1984.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *25 Corruption Scandals that Shook the World*. 2019a. Disponível em: [www.transparency.org/news/feature/25_corruption_scandals]. Acesso em: 10 abr. 2020.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Anti-Corruption Glossary*: Corruption. Disponível em: [www.transparency.org/glossary/term/corruption]. Acesso em: 17 mar. 2020.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2019*. 2019b. Disponível em: [www.transparency.org/cpi2019]. Acesso em: 19 mar. 2020.

TUSHNET, Mark. The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law. *International Journal of Constitutional Law*, New York, v. 1, n. 1, p. 79-98, 2003.

TV MIGALHAS. *Ministro Barroso palestra em Harvard – "Corrupção, Governança e Direitos Humanos"*. [2018]. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=j-QbourMqCk]. Acesso em: 13 maio 2020.

UNITED NATIONS. Status of Treaties. *United Nations Convention against Corruption*. Disponível em: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-14&chapter=18&clang=_en]. Acesso em: 27 mar. 2020.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAM. *2019 Human Development Index Ranking*. Disponível em: [http://hdr.undp.org/en/content/2019-human-development-index-ranking]. Acesso em: 19 mar. 2020.

VALLE, Luis del. Exporting Corruption: Beyond Brazil's Car Wash Scandal. *Al Jazeera*, 10 mar. 2018. Disponível em: [www.aljazeera.com/

blogs/americas/2018/03/exporting-corruption-brazil-car-wash-scandal-180307110441253.html]. Acesso em: 10 abr. 2020.

WARF, Barney. *Global Corruption from a Geographic Perspective*. Cham: Springer, 2019.

WORLD BANK. *Combating Corruption*. Disponível em: [www.worldbank.org/en/topic/governance/brief/anti-corruption]. Acesso em: 18 mar. 2020.

WORLD BANK. *Helping Countries Combat Corruption*: The Role of the World Bank. Set. 1997. Disponível em: [www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/corrptn.pdf]. Acesso em: 20 mar. 2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Revised Agreement on Government Procurement*. Disponível em: [www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.htm]. Acesso em: 14 abr. 2020.

YOTOVA, Rumiana. The Principles of Due Diligence and Prevention in International Environmental Law. *Cambridge Law Journal*, Cambridge, v. 75, n. 3, p. 445-448, 2016. DOI: [https://doi.org/10.1017/S0008197316000672]. Acesso em: 21 ago. 2020.

ZHOURI, Andréa. Belo Monte: crise do sistema ambiental e da democracia. In: ZHOURI, Andréa (Org.). *Desenvolvimento, reconhecimento de direitos e conflitos territoriais*. Brasília: ABA, 2012. p. 45-65. Disponível em: [https://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br/wp-content/uploads/2014/05/ZHOURI-A.-org-Desenvolvimento-Reconhecimento-de-Direitos-e-Conflitos-Territoriais1.pdf]. Acesso em: 10 abr. 2020.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft*. 2. Auf. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A corrupção como desvio de recursos públicos (a agressão da corrupção aos direitos humanos), de Regis Fernandes de Oliveira – *RT* 820/423-430, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 1/1381-1390 e *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo* 3/123-132 (DTR\2004\143);
- Corrupção: obstáculo à implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, de M. Madeleine Hutyra de Paula Lima – *RDCI* 33/174-205 e *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 3/883-920 (DTR\2000\763); e
- Sobre a criminalização da corrupção entre particulares e a tutela dos direitos humanos e fundamentais, de Rodrigo Oliveira de Camargo e Vinicius de Melo Lima – *RBCCrim* 134/219-265 (DTR\2017\2537).

Ecocídio e responsabilidade empresarial nos crimes ambientais

Ecocide and corporate liability in environmental crimes



Assista agora aos comentários do autor para este artigo

Raphael Boldt

Pós-Doutor em Criminologia pela Universität Hamburg, com bolsa concedida pelo DAAD. Doutor e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), com estágio doutoral na Johann Wolfgang Goethe-Universität (Frankfurt am Main). Professor nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Membro do Grupo de Pesquisa CNPq Direito, Sociedade e Cultura (FDV). Advogado.
ORCID: [http://orcid.org/0000-0002-1625-9856].
raphaelboldt@hotmail.com

Recebido em: 09.05.2020
Aprovado em: 16.08.2020
Última versão do autor: 24.08.2020

Áreas do Direito: Penal; Ambiental

Resumo: Em 2013, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal afastou a teoria da dupla imputação em crimes ambientais e reconheceu a possibilidade de processar penalmente uma pessoa jurídica, mesmo não havendo ação penal em curso contra a pessoa física. O entendimento do STF maximizou a possibilidade de condenação criminal de empresas por crimes ambientais e reforçou a necessidade de mudanças da cultura organizacional, sobretudo com o advento do Projeto de Lei 2787/19, responsável por tipificar o crime de ecocídio no Brasil. O texto assume a ilegitimidade da flexibilização dos requisitos de responsabilidade jurídico-penal na seara penal ambiental para analisar, no atual contexto de hipertrofia do direito penal e de responsabilização criminal das organizações corporativas, as principais alternativas com o objetivo de diminuir os riscos de desastres e escândalos ambientais, apresentando o *compliance* ambiental como instrumento importante de aprimoramento de

Abstract: In 2013, the Federal Supreme Court dismissed the double imputation theory on environmental crimes and recognized the possibility of criminal prosecution of a legal entity, even though there is no ongoing criminal action against the individual. The understanding of the Supreme Court maximized the possibility of criminal conviction of companies for environmental crimes and reinforced the need for changes in organizational culture, especially with the advent of Bill 2,787/19, responsible for typifying the crime of ecocide in Brazil. The text assumes the illegitimacy of the flexibilization of the requirements of juridical-criminal responsibility in the environmental criminal area to analyze, in the current context of criminal law hypertrophy and criminal responsibility of corporate organizations, the main alternatives aiming at reducing the risks of disasters and environmental scandals, presenting environmental compliance as an important tool to improve

processos destinados à racionalização do uso de recursos naturais e redução dos custos processuais.

Palavras-chave: Ecocídio – Responsabilidade empresarial – *Compliance* – Crimes ambientais – Direito penal econômico.

processes aimed at rationalizing the use of natural resources and reducing procedural costs.

Keywords: Ecocide – Corporate liability – Compliance – Environmental crimes – Economic criminal law.

Sumário: Introdução. 1. A responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais. 1.1. Breve panorama da responsabilização das pessoas jurídicas na Alemanha. 1.2. A responsabilidade penal empresarial na jurisprudência brasileira: sistema da dupla imputação e RE 548.181/PR. 2. O crime de ecocídio e o Tribunal Penal Internacional: relevância para o ordenamento jurídico brasileiro. 3. O *compliance* ambiental como instrumento de adequação das práticas empresariais e contenção do poder punitivo. Considerações finais. Referências.

Introdução

Em 2013, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal reconheceu, por maioria de votos, a possibilidade de se processar criminalmente uma pessoa jurídica, mesmo não havendo ação penal em curso contra pessoa física. A decisão determinou o processamento de ação penal contra a Petrobras, por suposta prática de crime ambiental no ano de 2000, no estado do Paraná. Para a Ministra Rosa Weber, a decisão do Superior Tribunal de Justiça violou a Constituição Federal, ao deixar de aplicar o comando previsto no artigo 225, § 3º, segundo o qual as condutas lesivas ao meio ambiente sujeitam as pessoas físicas e jurídicas a sanções penais e administrativas. De acordo com a relatora do RE 548.181/PR, a Constituição não estabelece nenhum condicionamento para a previsão, como fez o STJ ao aplicar a teoria da dupla imputação.

A questão da responsabilização criminal da pessoa jurídica tem sido discutida pelos penalistas há muito tempo e pode ser considerada um dos temas mais controvertidos no campo da dogmática penal e da política criminal. Para além das divergências quanto à responsabilidade penal da pessoa jurídica, é inegável a relevância da tutela ambiental, uma vez que o meio ambiente equilibrado é reconhecido constitucionalmente como um direito fundamental das gerações atuais e futuras[1].

Essa discussão ganhou novos contornos com o Projeto de Lei 2.787/19, responsável por tipificar o crime de ecocídio no Brasil. Para os defensores da proposta legislativa, ela reflete o projeto constitucional no campo ambiental e consolida uma concepção do Direito desenvolvida a partir da ideia de interdependência do ser humano do ecossistema e do reconhecimento dos deveres da geração atual em relação às gerações futuras.

1. Art. 225, Constituição da República.

No plano filosófico, o compromisso constitucional com as gerações posteriores funda-se em uma perspectiva ética que, para Hans Jonas, deriva do "princípio responsabilidade" (*Das Prinzip Verantwortung*)[2]. Embora Jonas não restrinja a responsabilidade ao âmbito jurídico, concebendo-a em termos morais como a profunda preocupação com o poder que o indivíduo possui enquanto ser responsável, a ética futura exposta pelo autor legitima a fundamentação do dever para com as futuras gerações, reivindicando, com seu imperativo, a permanência da vida na terra por meio da responsabilidade do homem para com a natureza.

Apesar de não ignorarmos a necessidade de proteger juridicamente o meio ambiente e de reconhecermos a importância de pensar uma ética para o futuro, principalmente em razão dos riscos inerentes ao hiperdimensionamento da civilização tecnológica, a expansão do direito penal e a criminalização da pessoa jurídica surgem como estratégias inadequadas e pouco eficientes do ponto de vista das promessas constitucionais.

Assim, o percurso investigativo partirá das seguintes questões norteadoras: em que medida a eventual tipificação do ecocídio no Brasil poderá coibir a prática de atos lesivos ao meio ambiente? Quais as consequências da formulação desse novo tipo para a responsabilidade penal da pessoa jurídica? A hipótese ora apresentada gira em torno da impossibilidade de modificar o atual cenário de crise ambiental no país por intermédio da mera criminalização do ecocídio. Ainda assim, apesar do caráter simbólico do Projeto de Lei 2.787/19, o tipo penal em questão demandará das empresas estratégias preventivas mais adequadas ao quadro de acirramento das normas penais e de flexibilização dos critérios de imputação penal, especialmente após o julgamento do Recurso Extraordinário 548.181/PR pelo STF.

Embora reconheçamos os limites de uma abordagem estritamente jurídica do problema em questão[3], cuja ênfase principal está na aplicação dos mecanismos legais existentes para proteger o meio ambiente, algumas questões fundamentais ainda demandam respostas mais consistentes, como ocorre, por exemplo, com o problema da imputação no Direito Penal Ambiental[4], principalmente diante das peculiaridades inerentes à pessoa jurídica.

---

2. JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa e Luis Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto EDPUC-RJ, 2006.

3. Nas palavras de Rob White, para quem vê os danos ambientais meramente como uma violação à norma penal, essa abordagem tem limitações claras. Em particular, o foco no direito penal oferece uma visão demasiadamente estreita, que pode obscurecer as maneiras pelas quais o Estado facilita as práticas ambientais destrutivas e a vitimização ambiental. WHITE, Rob. *Crimes Against Nature*: Environmental criminology and ecological justice. Portland: Willan Publishing, 2008. p. 182.

4. Para um amplo panorama sobre tais questões: AMMÜLLER-GRADL, Hanna. *Die Zurechnungsproblematik als Effektivitätshindernis im Deutschen Umweltstrafrecht*: Untersuchung im Hinblick auf das Rechtsgut der Umweltdelikte. Schriften zum Strafrecht, Band 271. Berlin: Duncker & Humblot, 2015. p. 14.

Nesse sentido, valendo-se do método dialético e de uma perspectiva interdisciplinar que articula dogmática penal e criminologia crítica, o presente estudo pretende problematizar e repensar a flexibilização dos requisitos de responsabilidade jurídico-penal das empresas na seara ambiental, para analisar, no atual contexto de hipertrofia punitiva e de modificação dos critérios de responsabilização criminal das organizações corporativas (a seguir, II), os desafios e as consequências concretas oriundos da tipificação do ecocídio (a seguir, III). Esse diagnóstico desembocará na reflexão sobre as principais alternativas com o objetivo de diminuir os riscos de desastres e escândalos ambientais, apresentando o *compliance* ambiental como instrumento importante de contenção do poder punitivo e aprimoramento de processos destinados à racionalização do uso de recursos naturais e redução dos custos processuais (a seguir, IV).

1. A responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais

1.1. Breve panorama da responsabilização das pessoas jurídicas na Alemanha

A discussão sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica é antiga, mas continua atual e tem ganhado novos contornos no Brasil e no exterior. Recentemente, a Ministra da Justiça alemã, Christine Lambrecht, declarou que na Alemanha as sanções impostas às corporações são frágeis se comparadas com outros países e que deseja aumentar significativamente as penas para as empresas, afirmando ainda que "se em uma empresa os dirigentes maximizam o lucro por meio de atividades criminosas, ou se aprovam práticas delituosas nos andares inferiores para promover os negócios, os tribunais devem ter mais liberdade para responsabilizar empresas inteiras"[5]. Embora Lambrecht tenha apresentado um Projeto de Lei com o objetivo de endurecer o tratamento punitivo das corporações no campo dos crimes econômicos[6], o Direito Penal Ambiental segue a mesma tendência, ainda que nem sempre tenha sido assim.

O problema da responsabilidade criminal de sociedades empresariais ou de quaisquer outras estruturas jurídicas dotadas de personalidade coletiva vincula-se à discussão sobre a natureza jurídica do ente coletivo. A responsabilização penal da pessoa jurídica depende, portanto, da teoria adotada quanto à sua natureza, com a consequência imediata de reconhecer a viabilidade da intervenção penal ou de afastá-la em matéria ambiental.

Em virtude das deficiências dos modelos de responsabilidade criminal corporativa, parte considerável dos penalistas alemãs se opõe à introdução da responsabilização

5. Frankfurter Allgemeine Zeitung. *Justizministerin will Strafen für Unternehmen drastisch verschärfen*. Disponível em: [www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/justizministerin-will-strafe-fuer-unternehmen-verschaerfen-16345654.html]. Acesso em: 19.09.2019.

6. A nova Lei de Sanções de Crimes Corporativos está inserida no Projeto de Lei de Combate à Criminalidade Corporativa (*Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität*).

corporativa em grande escala. Embora as objeções não sejam universais e recentemente exista uma aparente modificação de perspectiva no plano dogmático, esses autores argumentam que a criminalização da pessoa jurídica contraria os princípios básicos do direito penal alemão. Para eles, existem três limitações insuperáveis: a incapacidade de ação, a ausência de culpabilidade e a impossibilidade de sujeitar as corporações à sanção penal[7].

Ainda que à pessoa jurídica se possam impor determinadas obrigações legais, ela não possui os elementos de um sujeito moral, o que impede a sua responsabilidade penal. Essa diferença significativa indica que a responsabilização das corporações pressupõe adaptar e transformar conceitos básicos do direito penal, de modo a adequá-lo às características especiais de uma pessoa coletiva.

Se a maioria dos países europeus avançou na admissão da responsabilidade criminal corporativa, na Alemanha a resistência foi mais intensa, prevalecendo o reconhecimento de uma forma indireta de responsabilidade corporativa por má conduta de executivos e gerentes de pessoas jurídicas. Segundo Dubber e Hörnle, é importante notar que a relutância alemã remonta a certos princípios do século XIX subjacentes à filosofia idealista. Até o final do século XVIII, a responsabilidade criminal de entes coletivos era um fenômeno bem conhecido e frequentemente aplicado nos termos da legislação pertinente ao território que hoje se considera a Alemanha.

A antiga regra que impedia a responsabilização criminal das empresas (*societas delinquere non potest*) foi abandonada em prol de uma abordagem que possibilitou às potências regionais emergentes subjugarem as entidades locais. Foi apenas com o advento da responsabilidade individual de Kant que a responsabilidade criminal das corporações perdeu prestígio na Alemanha. Na mesma época, o grande jurista alemão Carl Friedrich von Savigny desenvolveu a "teoria da ficção" das empresas, sustentando que o reconhecimento das pessoas jurídicas estava enraizado na ficção de que a vontade individual de cada um de seus representantes era considerada como a vontade da pessoa coletiva. Entretanto, Savigny concluiu que essa ficção poderia levar à responsabilidade civil, porém jamais à responsabilização criminal das corporações. Embora a teoria de Savigny tenha sido posteriormente desafiada por Otto von Gierke – partidário da existência de uma "verdadeira personalidade corporativa" da pessoa jurídica – o Código Penal do Império Alemão, redigido em 1870, aderiu à teoria de Savigny e à responsabilidade criminal restrita à pessoa física[8].

Em 1968, um compromisso legislativo solucionou o conflito entre a oposição doutrinária à responsabilidade criminal corporativa e a demanda pelo confisco dos lucros oriundos de atividades criminosas no âmbito das corporações. Desde então, o § 30 da

7. DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. *Corporate criminal liability*: a comparative approach. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 334 e ss. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 423 e ss.

8. DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. *Corporate criminal liability*: a comparative approach. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 333.

Lei de Contraordenações (*Ordnungswidrigkeitengesetz – OWiG*) permite a imposição de multa administrativa (*Geldbußen*) a pessoas jurídicas se um órgão ou representante com funções de controle cometer uma infração penal ou administrativa, violando, assim, uma obrigação da pessoa jurídica. Para impor essa multa administrativa, não é necessário identificar a pessoa que tenha cometido a infração, sendo suficiente demonstrar que alguém, agindo em nome do ente coletivo, cometeu um crime. O Estado pode aplicar a multa administrativa à empresa com a mera informação de que um dos funcionários cometeu uma infração penal ou administrativa em nome da pessoa coletiva ou que o funcionário responsável não foi capaz de impedir ou desencorajar a prática dessa infração. O Código Penal alemão também prevê a possibilidade de confiscar o produto do crime quando este for praticado em nome da pessoa jurídica. Esse arranjo legal cumpre as principais funções de responsabilidade criminal corporativa e permite ao Estado responsabilizar financeiramente a corporação pelos delitos cometidos por seus agentes e até mesmo por infrações de meros funcionários, se eles não foram suficientemente supervisionados, privando a empresa de qualquer lucro ilícito decorrente de violações cometidas em seu nome.

Há alguns anos, o Tribunal Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof*) utilizou a figura jurídica elaborada por Claus Roxin da *autoria mediata por força do domínio de um aparelho de poder organizado* para reconhecer a responsabilidade criminal de proprietários de pessoa coletiva, diretores de estabelecimento ou quaisquer superiores hierárquicos, reafirmando o conhecido acórdão de 26 de julho de 1994, no qual o Tribunal decidiu pela responsabilidade criminal dos membros do Conselho de Defesa Nacional da ex-República Democrática Alemã por sete homicídios de fugitivos para a República Federal da Alemanha, ao longo do muro de Berlim. O Tribunal sugeriu o alargamento da referida figura a ponto de abranger "a responsabilidade na exploração de empresas econômicas". Esse entendimento, criticado pelo próprio Roxin[9], permitiu que os administradores e as pessoas com funções de chefia fossem condenados como autores mediatos nas infrações penais cometidas por seus empregados, desde que estes agissem no âmbito de suas funções, em obediência às instruções recebidas e no interesse da empresa[10].

No famoso caso do "aerosol para limpeza de couros", o Tribunal Federal de Justiça absolveu o químico responsável pelo produto devido ao seu limitado âmbito funcional, mas condenou outros gerentes da empresa por danos à saúde dos consumidores, apesar das incertezas quanto à relação de causalidade entre o uso do produto e os sintomas. A decisão foi muito criticada por flexibilizar excessivamente os critérios de imputação, mas o tribunal manteve a sentença condenatória sob o argumento de que os diretores não

9. ROXIN, Claus. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil. Band 2. München: Verlag C.H. Beck, 2003, §25.

10. Cf. TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico*: parte general y especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 175 e 176. SOUSA MENDES, Paulo de. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000. p. 30-31.

retiraram o produto do mercado mesmo diante da suspeita de que ele era nocivo à saúde das pessoas[11].

Como se pode notar, as discussões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica são marcadas por dissensos quase infindáveis. Se por um lado torna-se cada vez mais necessário tomar consciência da gravidade crescente dos problemas ambientais, decorrentes especialmente de atividades industriais, por outro, nem mesmo a existência de diversos paradigmas de responsabilidade criminal[12] tem sido suficiente para solucionar a questão. No caso específico da Alemanha, influência marcante no campo da dogmática jurídico-penal para inúmeros países latino-americanos, o desenvolvimento de arranjos teóricos variados[13] na tentativa de tornar o direito penal – com seu sistema de participação e autoria projetado para a responsabilidade individual – acessível à punição de pessoas jurídicas, tem desencadeado problemas consideráveis[14], a ponto de se demandar atualmente uma alteração na legislação penal.

Apesar das inúmeras tentativas de adequar a teoria do delito à imputação de pessoas jurídicas, parte considerável dos penalistas alemães ainda se opõe à incriminação dos entes corporativos, permitindo apenas a punição de diretores ou conselhos administrativos[15]. No Brasil, as divergências no campo doutrinário também são bastante conhecidas, entretanto, no tocante à jurisprudência dos tribunais superiores, as discussões parecem se diluir e há uma explícita tendência no sentido da criminalização da pessoa jurídica, independentemente da imputação do fato delituoso à pessoa física.

11. TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico*: parte general y especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 173.

12. Tome-se como exemplo a *corporate liability*, cujo "padrão de responsabilidade teria como principal traço caracterizador a ideia-força de que os atos de gestão ou administração, na condição de serem geradores de responsabilidade criminal, não correm apenas por conta das pessoas singulares que os tiverem praticados, mas são imputáveis à própria pessoa coletiva. [...] Trata-se, portanto, da responsabilidade criminal da pessoa coletiva pelos fatos ilícitos criminais praticados pelos seus representantes, contanto que estes tenham agido no interesse econômico da própria pessoa coletiva, num contexto funcional ou em violação de *business-related safety rules*." (Ibidem, p. 22).

13. Entre tantos modelos de responsabilidade da empresa desenvolvidos na Alemanha, alguns merecem destaque, como os propostos por Klaus Tiedemann, Ernst Lampe e Günter Heine. Sobre o tema: TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Pessoa jurídica e culpabilidade no direito penal econômico. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza. *Comentários ao direito penal econômico brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

14. Cf. WÖRNER, Liane. Täterschaft und Teilnahme vor den Herausforderungen von Gremienentscheidungen und Organisationsverschulden - aus deutscher Sicht. *Zeitschrift für Strafrecht und Kriminologie*, n. 5, p. 27-46, 2017.

15. Ibidem, p. 32.

1.2. A responsabilidade penal empresarial na jurisprudência brasileira: sistema da dupla imputação e RE 548.181/PR

A questão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas no Brasil também se mostra tormentosa. Parte da doutrina defende a existência de autorização constitucional para a responsabilidade penal das empresas a partir da articulação de alguns dispositivos previstos na Constituição Federal. Nesse sentido, dispõe o art. 173, § 5º que "a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular". O art. 225, § 3º, por sua vez, estabelece que "as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

Para esses autores, a pessoa jurídica pode ser sujeito ativo de crimes ambientais, pois se trata de um ente real, com vontade e finalidade próprias, diversas das pessoas físicas que a compõem. Com efeito, para que seja possível a punição das empresas, é necessário o reconhecimento de sua culpabilidade, entendida como uma culpabilidade social e coletiva, emanada de decisões autônomas.

Essa tem sido a posição predominante entre os ambientalistas e na jurisprudência dos tribunais superiores, conforme se pode observar em trecho da decisão proferida no Recurso Especial 564.960/SC:

> "Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal. VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito. VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral. VIII. De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado."

É importante destacar que, na visão daqueles que defendem a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais, dois requisitos cumulativos previstos no artigo 3º da Lei 9.605/98[16] são imprescindíveis: a) decisão do representante legal ou contratual do ente coletivo e; b) infração penal praticada no interesse ou benefício da pessoa jurídica. Essa era a posição consagrada pelos tribunais brasileiros que, na esteira das decisões

16. Dispõe o mencionado artigo que "as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade".

do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, entendiam ser viável a responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes ambientais desde que ocorresse a dupla imputação, isto é, a pessoa jurídica e a pessoa física deveriam constar obrigatoriamente na denúncia oferecida pelo Ministério Público, sob pena de inépcia da inicial.

Apesar de prevalecer nos tribunais o mencionado sistema da dupla imputação, em 2013 a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de processar criminalmente uma pessoa jurídica, ainda que inexistisse ação penal em curso contra a pessoa física. O caso referiu-se a processo no qual a Petrobras havia sido denunciada pela prática de crime ambiental no ano de 2000, no Paraná. Segundo a Ministra Rosa Weber, a decisão do Superior Tribunal de Justiça violou a Constituição Federal, ao deixar de aplicar o comando expresso previsto no artigo 225, § 3º, segundo o qual as condutas lesivas ao meio ambiente sujeitam as pessoas físicas e jurídicas a sanções penais e administrativas. Para a relatora do Recurso Extraordinário 548.181/PR, o texto constitucional não condiciona a responsabilização penal das corporações ao processamento simultâneo da empresa e da pessoa física, de modo que "a norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação". Para a ministra, "a dificuldade de identificar o responsável leva à impossibilidade de imposição de sanção por delitos ambientais. Não é necessária a demonstração de co-autoria da pessoa física"[17].

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça não aderiu à nova posição do Supremo e continuou a aplicar a teoria da dupla imputação até agosto de 2015, quando a Quinta Turma determinou o prosseguimento de ação penal em que apenas a pessoa jurídica figurava no polo passivo da relação jurídico processual. No julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 39.173/BA, o STJ afastou a tese de que a pessoa jurídica não poderia ser responsabilizada pelo delito sem a responsabilidade solidária da pessoa física. Em seu voto, o Relator, ministro Reynaldo Soares da Fonseca, reconheceu que

> "num primeiro momento, a jurisprudência desta Corte adotou a teoria da dupla imputação necessária em crimes contra o meio ambiente, ao fundamento de que a responsabilização penal da pessoa jurídica não poderia prescindir da imputação concomitante da pessoa física que agia em nome da pessoa jurídica (ou em seu benefício)."

Entretanto, complementou o ministro,

> "em momento posterior, sobreveio manifestação da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, refutando a tese da dupla imputação e admitindo a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização de pessoa física pelo mesmo crime."[18]

17. STF, RE 548.181, 1ª T., rel. Min. Ministra Rosa Weber, j. 06.08. 2013, *DJe* 21.10.2014.

18. STJ, RMS 39.173/BA, 5º T.,rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 06.08. 2015, *DJe* 13.08.2015.

A decisão proferida no RE 548.181/PR estabeleceu um novo padrão no que se refere à responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de crimes ambientais, contrariando os adeptos da tese de que as empresas não são capazes de delinquir, sendo, pois, imprescindível a construção de teorias do delito e da pena próprias para os entes coletivos[19], compatíveis com a sua natureza fictícia. Mais do que isso, a mudança de entendimento dos tribunais superiores firmou um paradigma jurisprudencial capaz de oferecer um novo modelo de responsabilização e redesenhou a responsabilidade penal objetiva no contexto do direito penal ambiental.

2. O crime de ecocídio e o Tribunal Penal Internacional: relevância para o ordenamento jurídico brasileiro

Há muitos exemplos históricos de violações graves ao meio ambiente e, em meio a tantos casos, geralmente as situações mais danosas não decorrem de comportamentos individuais, senão de atividades industriais ou de qualquer outro gênero de ações coletivas. Por isso, alguns pesquisadores[20] sugerem que entre os fatores decisivos para a ampliação das agressões contra o ambiente está a ascensão da modernidade, período caracterizado por três elementos fundamentais: a crescente divisão do trabalho, o modo de produção capitalista e o surgimento do Estado-nação moderno. Com a modernização europeia, o "mercado livre" passou a ser exaltado como o veículo natural e mais eficiente para a coordenação de sociedades complexas e o Estado-nação racional-legal foi celebrado como a forma final da organização política. A exploração da natureza foi universalizada e mercantilizada e, no final das contas, os imperativos da modernidade tardia produziram a estrutura global em que as tendências ecocidas se aceleraram consideravelmente.

Em decorrência do quadro de degradação ambiental permanente e de inúmeras tragédias, vários ambientalistas têm demandado a criminalização do ecocídio e o seu reconhecimento como crime contra a humanidade. O termo refere-se à destruição ou à perda extensa do ecossistema de um determinado território, seja pela conduta humana, seja ou por outras causas, de modo a prejudicar as condições de vida dos habitantes do local afetado[21]. Enquanto alguns autores defendem que, em 2016, o Tribunal Penal Internacional (TPI) manifestou-se pela inclusão do ecocídio no rol de crimes contra a humanidade,

19. Ver a proposta de uma teoria do delito e uma teoria da pena direcionada às organizações empresariais em: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. O conceito construtivista de culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: exposição e resposta às críticas formuladas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 100, p. 415-451, jan.-fev. 2013.

20. Cf. BROSWIMMER, Franz J. *Ecocide*: A short history of the mass extinction of species. London/Sterling: Pluto Press, 2002.

21. HELLMAN, Jaqueline. The Fifth crime under international criminal law: ecocide? In: BRODOWSKI, Dominik; DE LA PARRA, Manuel Espinoza de los Monteros; TIEDEMANN, Klaus; VOGEL, Joachim. *Regulating corporate criminal liability*. Heidelberg: Springer, 2014. p. 278.

outros sinalizam para o equívoco dessa visão e entendem que inexiste previsão do mencionado delito no Estatuto de Roma[22].

Antes da manifestação do TPI, em 2010 a advogada Polly Higgins propôs, junto à Comissão de Direito Internacional, uma emenda ao Estatuto de Roma, defendendo a previsão do ecocídio como o quinto crime contra a paz, ampliando, com isso, a competência do Tribunal Penal Internacional para julgar: a) o crime de genocídio; b) crimes contra a humanidade; c) crimes de guerra; d) crime de agressão; e) ecocídio.

Apesar de ser um tema relativamente novo e ainda pouco discutido no Brasil, recentemente a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei 2.787/19, que prevê a alteração de dispositivos da Lei 9.605/98, com a tipificação do crime de ecocídio nos seguintes termos:

> "Art. 54-A. Dar causa a desastre ambiental com destruição significativa da flora ou mortandade de animais, do qual decorra contaminação atmosférica, hídrica ou do solo reconhecida em laudo pericial:
>
> Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, e multa.
>
> § 1º Se o crime é culposo:
>
> Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.
>
> § 2º Se do crime resulta morte de pessoa, a pena é aplicada independentemente da pena prevista para o crime de homicídio."[23]

Caso o Projeto de Lei realmente seja aprovado no Congresso e sancionado pelo Presidente da República, o Brasil seria apenas o décimo primeiro país do mundo a criminalizar o ecocídio[24].

Diante da relevância do tema e da necessidade de elaborar mecanismos mais adequados e eficazes à proteção ambiental, questiona-se: Em que medida a criminalização do ecocídio e sua introdução no catálogo de crimes contra a humanidade contribuiria para efetivar a tutela constitucional ambiental? Para aqueles que defendem o incremento da

22. Cf. STEYNER, Silvia. *Não existe crime de ecocídio no Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-ago-29/sylvia-steiner-nao-existe-crime-ecocido-tribunal-penal-internacional#_ftn1]. Acesso em: 27.11.2019.

23. Apesar de outras alterações relevantes, optamos, neste ensaio, por destacar somente o tipo previsto no artigo 54-A em virtude do simbolismo inerente ao delito e da temática selecionada. A natureza do texto inviabiliza o aprofundamento de todos os aspectos concernentes às modificações produzidas na Lei de Crimes Ambientais pelo Projeto de Lei em questão.

24. Atualmente, somente 10 países preveem o ecocídio como crime: Geórgia, Armênia, Ucrânia, Bielorússia, Cazaquistão, Quirguistão, Moldávia, Rússia, Tajiquistão e Vietnã. Para mais informações, ver: *Ecocide Law*. Disponível em: [https://ecocidelaw.com/the-law/existing-ecocide-laws]. Acesso em: 23.08.2019.

proteção jurídico-penal do meio ambiente[25], definir crimes ambientais como um crime contra a humanidade e a paz não seria apenas mais eficaz, mas também ofereceria resultados positivos, viabilizando a responsabilização de países e empresas perante a justiça criminal internacional. Uma regulamentação ambiental internacional sólida significaria que a adoção de estratégias de risco poderia levar os agentes a enfrentarem as consequências internacionais. Como signatário do Tratado de Roma, o Brasil reconhece a jurisdição do TPI e o novo dispositivo, em caso de ecocídio comprovado, permitiria que as vítimas recorressem ao Tribunal para pleitear a condenação dos autores do crime, sejam eles empresas, sejam chefes de Estado.

Entretanto, ainda que se reconheça o ecocídio como crime contra a humanidade, a sua tipificação no ordenamento pátrio e a responsabilização criminal perante tribunais brasileiros e internacionais podem levar à conclusão equivocada de que a legislação penal é o caminho ideal para a solução da grave crise ambiental contemporânea. No final das contas, a criação dos tipos penais em questão dificilmente será capaz de mudar o quadro de degradação ambiental crescente no país, servindo, conforme ocorreu com a Lei 9.605/98, apenas como resposta simbólica para o problema. Não obstante as divergências sobre a decisão do TPI, é importante ressaltar a existência de obstáculos jurídicos, econômicos e políticos que podem dificultar sobremaneira a concretização do entendimento do Tribunal.

No plano normativo, de acordo com o disposto no artigo 7 do Estatuto de Roma, consideram-se crimes contra a humanidade os atos praticados como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil, havendo o reconhecimento desse ataque. O dispositivo apresenta uma lista ilustrativa de atos ilegais que podem ser identificados como crimes contra a humanidade e destaca como elemento central a existência de um *ataque* dirigido à população civil. Além disso, alguns autores sugerem ainda que o cometimento de um crime contra a humanidade requer a presença do Estado, seja incentivando, seja executando tais condutas, o que permitiria diferenciar os crimes que não se sujeitam à jurisdição internacional dos crimes contra a humanidade. Assim, o reconhecimento de crime contra a humanidade pressupõe um *ataque*, condição inexistente na maioria dos eventos envolvendo crimes ambientais, tradicionalmente caracterizados pela destruição em grande escala do meio ambiente.

Além disso, a inclusão do ecocídio na relação de crimes contra a humanidade afetaria principalmente as empresas e os chefes de Estado, o que conduziria, mais uma vez, às inconclusivas discussões sobre a punibilidade das pessoas jurídicas. Conforme destacamos anteriormente, mesmo na Europa, onde a criminalização do ecocídio se discute

25. Verificar, por exemplo: KUHLEN, Lothar. Umweltstrafrecht — Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 105, 1993, p. 697-726. HELLMAN, Jaqueline. The fifth crime under international criminal law: ecocide? In: BRODOWSKI, Dominik; DE LA PARRA, Manuel Espinoza de los Monteros; TIEDEMANN, Klaus; VOGEL, Joachim. *Regulating corporate criminal liability*. Heidelberg: Springer, 2014.

mais intensamente e existe certo consenso em relação à responsabilidade penal das corporações, o problema parece distante de uma solução, tendo em vista as dificuldades de se compatibilizar a questão com a tradição jurídica dos Estados-membros da União Europeia[26].

Embora os crimes ambientais sejam uma preocupação internacional, é evidente a relutância de governos e empresas em assumirem a responsabilidade pela tutela do meio ambiente. O caso brasileiro é um exemplo elucidativo e demonstra a notória pressão das corporações sobre as autoridades a fim de proteger seus interesses financeiros, forçando as vítimas de danos ambientais a aceitarem uma compensação mínima. Indivíduos e empresas geralmente se deparam com sanções irrisórias ao cometer crimes contra o meio ambiente. Em alguns países, as empresas perceberam, inclusive, que é mais vantajoso violar a lei e sujeitar-se a um eventual ressarcimento pelos crimes praticados do que implementar medidas aptas a evitar danos ecológicos. Assumir o risco de possíveis condenações e a imposição de certas penalidades tornou-se parte integrante do custo inerente ao negócio, especialmente em países pobres ou em desenvolvimento, onde as empresas são mais poderosas do que os governos e a transformação do poder econômico em poder político ameaça não apenas o meio ambiente, mas a democracia e os direitos humanos[27].

Se por um lado a criação de um crime internacional poderia gerar a obrigação relacionada à proteção ambiental, também não se pode perder de vista que essa mesma obrigação somente faria sentido caso fosse observada pelas empresas e governos, o que parece pouco provável quando se trata de Direito Penal Ambiental e menos ainda em meio ao cenário de retrocessos decorrentes da ascensão de uma visão de mundo que rejeita evidências científicas e o valor do meio ambiente. Estratégias mais realistas apontam para alternativas à persecução penal e até mesmo para a análise econômica da questão, tendo em vista os prejuízos para o setor produtivo provenientes da degradação ambiental.

3. O *COMPLIANCE* AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE ADEQUAÇÃO DAS PRÁTICAS EMPRESARIAIS E CONTENÇÃO DO PODER PUNITIVO

A Lei 9.605/98 e a discussão sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica integram uma política criminal que se projetou no contexto de expansão do exercício do poder punitivo, criando, segundo Tangerino, "um novo vetor de combate à criminalidade

26. Para um estudo minucioso a respeito: BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Editorial Hamurabi, 2005, p. 65 e ss.

27. Nesse sentido, conferir: BODE, Thilo. *Die Diktatur der Konzerne*. Wie globale Unternehmen uns schaden und die Demokratie zerstören. Frankfurt am Main: S. Fischer Verlag, 2018.

econômica a partir da reconhecida dificuldade de se alcançar as práticas delitivas de pessoas físicas em meio a uma estrutura empresarial"[28].

Não obstante o objetivo principal da Lei de Crimes Ambientais seja a tutela do meio ambiente, os crimes corporativos nessa área geralmente perpassam a degradação ambiental e constituem autênticas violações à ordem econômica. Para além da natureza dos fatos praticados, observa-se atualmente que o legislador e os tribunais têm optado por um tratamento diferenciado em relação aos autores de tais crimes, o que reforça o caráter especial desses eventos, chamados por Tiedemann de "delitos especiais" ou *Sonderdelikte*[29], categoria da qual fazem parte os crimes econômicos.

Como se pode notar, desde a célebre obra de Sutherland sobre crimes de colarinho branco[30], muitos têm utilizado os autores dessa forma "especial" de criminalidade como o principal critério para elaborar a definição de Direito Penal Econômico, ou seja, pessoas de alto nível socioeconômico que delinquem no exercício de sua atividade profissional. Entretanto, se definirmos um crime por quem o pratica (e não pelo ato praticado), obtemos um conceito mais sociológico ou criminológico do que propriamente jurídico. Assim, desde a perspectiva jurídico-penal, seria preferível construir a definição de Direito Penal Econômico a partir do bem jurídico protegido, das condutas praticadas e suas finalidades, além das características objetivas desses delitos. Atualmente, é mais adequado compreender o Direito Penal Econômico como o ramo do Direito Penal voltado para uma categoria de crimes que ocorrem nas relações comerciais ou na atividade empresarial, praticados pelos administradores, diretores ou sócios, geralmente de forma não violenta e envolvendo fraude ou abuso de confiança.

Criada com o propósito de coibir condutas lesivas ao meio ambiente, a Lei 9.605/98 pode ser vista como parte desse subsistema que se orienta pelo conceito de "delito econômico" e que possui como traço comum as transgressões no campo dos chamados bens jurídicos coletivos ou supra individuais econômicos.

Quanto à responsabilização da pessoa jurídica, apesar das críticas doutrinárias, elas foram superadas pelos tribunais superiores e o atual posicionamento jurisprudencial no Brasil sinaliza para a consolidação de uma realidade que, desde a perspectiva doutrinária, deve ser reconhecida e compreendida como desafiadora. À doutrina, impõe-se, pois, a missão de "constranger" a jurisprudência e, nesse caso em especial, limitar o poder punitivo.

Considerando a contínua expansão penal por meio da elaboração de novos tipos penais – como ocorre, por exemplo, com a proposta de criminalização do ecocídio – e da

28. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Pessoa jurídica e culpabilidade no direito penal econômico. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza. *Comentários ao direito penal econômico brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 350.

29. Ibidem, p. 63.

30. SUTHERLAND, Edwin H. *White collar crime — the uncut version*. New Haven: Yale University Press, 1983.

flexibilização dos critérios de imputação no caso de responsabilidade da pessoa jurídica, surgiram algumas alternativas importantes com os objetivos de adequar as práticas corporativas e evitar a responsabilização civil e criminal por eventuais danos causados ao meio ambiente em razão das atividades empresariais. Uma dessas alternativas é o *compliance*, destinado a criar uma cultura empresarial manifestada em diretrizes que assegurem o cumprimento da lei, a prevenção e o gerenciamento de riscos como instrumentos de boa governança corporativa[31].

No Brasil, os programas de *compliance* surgiram na década de 1990, com o advento da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98), e, no campo financeiro, por meio da Resolução do BACEN 2.554, de 24.09.1998, que dispõe sobre a implantação e implementação de sistemas de controle internos. Com a Lei 12.683/12, o Estado passou a exigir que os entes privados de determinados setores, por meio de um sistema de autorregulação regulada, elaborassem deveres de *compliance*, evitando, com isso, a prática de crimes de lavagem de dinheiro.

Em 2013, durante o julgamento da APn 470 pelo Supremo Tribunal Federal, um dos corréus foi condenado na condição de *compliance officer* pelo crime de gestão fraudulenta, justamente por omitir informações irregulares nos relatórios de *compliance*[32]. Posteriormente, no mesmo ano, entrou em vigor a Lei 12.846/13, que definiu a responsabilidade empresarial nas esferas administrativa e civil pela prática de atos de corrupção, prevendo que, para a imposição das sanções, deve-se levar em consideração "a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica"[33].

Desde já, cumpre observar que embora o *compliance* seja uma opção que se propõe a criar uma nova cultura empresarial e promove condutas conforme o Direito a partir da autogestão e de premissas preventivas, ele também pode ser extremamente funcional à sofisticação e à expansão dos mecanismos de controle do sistema penal, provocando questionamentos fundamentais sobre a "privatização da prevenção criminal e do controle da criminalidade com sistemas autorreferenciais de 'autorregulação regulada'"[34].

---

31. RIOS, Rodrigo Sanchez; ANTONIETO, Caio. Criminal compliance: prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 23, v. 114, maio-jun. 2015. p. 351.

32. STF, APn 470, rel. Min. Luís Roberto Barroso, *DJe* 22.04.2013.

33. O artigo 7º, *caput*, assim expõe: "Serão levados em consideração na aplicação das sanções: (...) VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica".

34. SIEBER, Ulrich. Programas de compliance no direito penal empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. In: OLIVEIRA, William Terra de et al. *Direito penal econômico*: estudos em homenagem aos 75 do Professor Klaus Tiedemann. São Paulo: LiberArs, 2013. p. 291.

Além disso, Tangerino assinala que o *criminal compliance* está sujeito a todos os vícios tão bem denunciados pela criminologia crítica, "na medida em que se quer que as unidades básicas do capitalismo (pessoas jurídicas) promovam ética em um sistema econômico marcadamente anti-ético (capitalismo)"[35].

Apesar das críticas, necessárias e relevantes, acreditamos que um programa efetivo de *compliance* na área ambiental também pode contribuir para a limitação do poder punitivo, além de mitigar os impactos das atividades empresariais no meio ambiente e melhorar a imagem da empresa no mercado, vinculando-a a preservação ambiental. Cada vez mais, torna-se vital para o sucesso de qualquer organização o desenvolvimento de um programa de conformidade ambiental sólido e eficaz[36].

Como os programas de *criminal compliance* visam à prevenção de riscos decorrentes do descumprimento das normas que disciplinam a exploração da atividade econômica, sua implementação é anterior à ocorrência do fato criminoso, diferentemente do direito penal, que opera a partir da configuração do crime, ou seja, após a violação do bem jurídico penalmente tutelado. Como se percebe, o *criminal compliance* corresponde "a um conjunto de ações preventivas da sociedade empresária no sentido de evitar uma possível persecução criminal de seus agentes e, consequentemente, dela própria, enquanto pessoa jurídica"[37].

Se por um lado as atividades de *compliance* ambiental se pautam na imposição de responsabilidade aos envolvidos por conta de eventual não conformidade, por outro, elas buscam evitar danos ao meio ambiente, ou, pelo menos, reduzir dentro dos padrões legais esse risco, evitando, com isso, ações cíveis e criminais. No caso específico da responsabilização penal dos entes corporativos, com a nova posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de afastar o sistema da dupla imputação e consagrar uma questionável responsabilidade penal objetiva, o *compliance* pode ser um instrumento útil na mitigação das acusações e sanções penais.

Nesse sentido, acordos de leniência podem ser utilizados, com a responsabilização apenas das pessoas físicas, como ocorreu nos EUA após o caso Watergate. Nas palavras de Tangerino, "um arranjo possível é que um programa efetivo de integridade funcione como um *defense* da tradição de *Common Law*: genericamente falando, como uma causa de

35. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Pessoa jurídica e culpabilidade no direito penal econômico. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza. *Comentários ao direito penal econômico brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 377.

36. Um dos maiores desafios para as empresas está justamente na elaboração de um plano de conformidade eficiente, sobretudo diante da enorme quantidade de leis e regulamentos na área ambiental. Sobre o tema, Cf.: BREGMAN, Jacob I.; EDELL, Robert D. *Environmental compliance handbook*. London/Washington: Lewis Publishers, 2002.

37. BUONICORE, Bruno Tadeu; LEONHARDT, Daniel. Breves linhas de reflexão sobre criminal *compliance*. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, ano 14, n. 81, ago.-set. 2013. p. 111.

exclusão do delito ou de extinção de punibilidade"[38]. Essa é também a posição defendida por Goméz-Jara Díez, ao indicar a idoneidade do modelo norte-americano de exclusão de culpabilidade empresarial baseado nos programas de conformidade corporativos (*Corporate Compliance Programs*)[39]. Destarte, se os tribunais brasileiros sustentam que as organizações empresariais possuem uma capacidade de culpabilidade, consequentemente torna-se necessário desenvolver causas de exclusão dessa culpabilidade.

Adotando como referencial normativo a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13) e o critério de análise a ser considerado na imposição de sanções nos casos de corrupção previsto em seu artigo 7º, inciso VIII, torna-se viável sustentar a exclusão da culpabilidade nas hipóteses em que ficar comprovada a existência de um programa efetivo de *compliance* no âmbito da pessoa jurídica. Dessa forma, restaria afastado o crime ambiental e a responsabilização penal da pessoa jurídica, persistindo, contudo, o dever de reparar o dano.

Embora mais conservadora, e apesar dos problemas decorrentes da indeterminação dos parâmetros legais de fixação das penas na Lei de Crimes Ambientais[40], outra opção de utilização do *compliance* como instrumento de limitação do poder punitivo na seara ambiental visa à mitigação das penas por meio da criação de uma atenuante específica para as pessoas jurídicas, a ser inserida, portanto, no artigo 14 da Lei 9.605/98. Ainda no que diz respeito à aplicação da pena, caso o crime de ecocídio venha realmente a integrar o rol de crimes ambientais, a previsão de uma causa de diminuição referente à manutenção de programas de *compliance* pode funcionar como salutar medida de estímulo às empresas, sem obstar a censura proveniente da responsabilização criminal e a consequente rejeição de condutas lesivas ao meio ambiente expressa pela punição[41]. Apesar do nosso

38. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Pessoa jurídica e culpabilidade no direito penal econômico. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza. *Comentários ao direito penal econômico brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 372.

39. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. O conceito construtivista de culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: exposição e resposta às críticas formuladas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 100, jan.-fev. 2013. p. 449.

40. Solução semelhante foi proposta na Alemanha por meio da mencionada Lei de Sanções de Crimes Corporativos, na qual existem diversas regras para estimular a estruturação e a ampliação de programas de *compliance*, sendo a efetividade desses utilizado como base para a dosimetria da sanção e para a verificação da autorresponsabilidade da instituição, no caso em que o delito é praticado por membro não pertencente à Direção. Quanto às penas que podem ser aplicadas à pessoa jurídica, o artigo 21 prevê: "As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são: I – multa; II – restritivas de direitos; III – prestação de serviços à comunidade."

41. Sobre a ideia da pena como comunicação, Klaus Günther afirma que "a punição é uma forma de comunicação com o infrator, a vítima e a sociedade sobre as razões justificadas da legislação e as razões injustificadas do infrator". (GÜNTHER, Klaus. Criminal Law, Crime and Punishment as Communication. In: SIMESTER, AP; DU BOIS-PEDAIN, Antje; NEUMANN, Ulfrid. *Liberal criminal theory*: essays for Andreas von Hirsch. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2014. p. 133).

declarado ceticismo em relação à necessidade da resposta penal no contexto do Direito Penal Ambiental, a fragmentação do poder punitivo é uma estratégia imprescindível para tornar a punição mais racional e menos degradante.

Considerações finais

Parcela significativa da doutrina entende que o ecocídio foi reconhecido pelo Tribunal Penal Internacional (TPI) como crime contra a humanidade. Compreendido como a destruição ou perda extensa do ecossistema de um determinado território, seja pela conduta humana, seja por outras causas, de modo a prejudicar as condições de vida dos habitantes do local afetado, o ecocídio tem sido objeto de discussões em diversos países, inclusive no Brasil, em que atualmente tramita no Congresso o Projeto de Lei 2.787/19, que pretende coibir fatos semelhantes aos ocorridos em Mariana e Brumadinho.

Caso aprovado, o principal alvo do novo tipo serão as pessoas jurídicas, cuja responsabilidade penal provém, segundo entendimento dominante na jurisprudência, de autorização constitucional, nos termos do art. 225, § 3º, ao expor que "as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

Após o julgamento do RE 548.181/PR, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu um novo padrão no que se refere à responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de crimes ambientais e consolidou a questionável responsabilidade penal objetiva no contexto do Direito Penal Ambiental. Considerando a contínua expansão penal por meio da elaboração de novos tipos penais – como ocorre, por exemplo, com a proposta de criminalização do ecocídio – e da flexibilização dos critérios de imputação no caso de responsabilidade dos entes corporativos, o *compliance* pode ser visto como um instrumento ambivalente, utilizado tanto para ampliar e sofisticar o sistema penal quanto como instrumento de contenção do poder punitivo.

Assim, sem qualquer pretensão de universalização do instituto e apesar das suas reconhecidas limitações, propomos a adoção de um programa efetivo de *compliance* na área ambiental como estratégia capaz de reduzir os impactos das atividades empresariais no meio ambiente e mitigar as acusações e as sanções penais, nos seguintes moldes: (a) como critério de análise a ser considerado visando à exclusão da culpabilidade nas hipóteses em que ficar comprovada a existência de um programa efetivo de *compliance* no âmbito da pessoa jurídica, ou ainda; (b) positivado como atenuante específica para as pessoas jurídicas, a ser inserida no artigo 14 da Lei 9.605/98; (c) como causa de diminuição de pena prevista em eventual crime de ecocídio, caso esse venha realmente a integrar o rol de infrações penais ambientais.

Referências

AMMÜLLER-GRADL, Hanna. *Die Zurechnungsproblematik als Effektivitätshindernis im Deutschen Umweltstrafrecht*: Untersuchung im Hinblick auf das Rechtsgut der Umweltdelikte. Schriften zum Strafrecht, Band 271. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Editorial Hamurabi, 2005.

BODE, Thilo. *Die Diktatur der Konzerne*. Wie globale Unternehmen uns schaden und die Demokratie zerstören. Frankfurt am Main: S. Fischer Verlag, 2018.

BREGMAN, Jacob I.; EDELL, Robert D. *Environmental compliance handbook*. London/Washington: Lewis Publishers, 2002.

BUONICORE, Bruno Tadeu; LEONHARDT, Daniel. Breves linhas de reflexão sobre criminal compliance. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, ano 14, n. 81, p. 109-113, ago.-set. 2013.

BROSWIMMER, Franz J. *Ecocide*: a short history of the mass extinction of species. London/Sterling: Pluto Press, 2002.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal*: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. *Corporate criminal liability*: a comparative approach. Oxford: Oxford University Press, 2014.

ECOCIDE LAW. Disponível em: [https://ecocidelaw.com/the-law/existing-ecocide-laws]. Acesso em: 23.08. 2019.

FRANKFURTER ALLGEMEINE ZEITUNG. *Justizministerin will Strafen für Unternehmen drastisch verschärfen*. Disponível em: [www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/justizministerin-will-strafe-fuer-unternehmen-verschaerfen-16345654.html]. Acesso em: 19.09.2019.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. O conceito construtivista de culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: exposição e resposta às críticas formuladas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 100, p. 415-451, jan.-fev. 2013.

GÜNTHER, Klaus. Criminal law, crime and punishment as communication. In: SIMESTER, AP; DU BOIS-PEDAIN, Antje; NEUMANN, Ulfrid. *Liberal criminal theory*: essays for Andreas von Hirsch. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2014.

HELLMAN, Jaqueline. The fifth crime under international criminal law: ecocide? In: BRODOWSKI, Dominik; DE LA PARRA, Manuel Espinoza de los Monteros; TIEDEMANN, Klaus; VOGEL, Joachim. *Regulating corporate criminal liability*. Heidelberg: Springer, 2014.

JONAS, Hans. *o princípio responsabilidade*: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa e Luis Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto EDPUC-RJ, 2006.

KUHLEN, Lothar. Umweltstrafrecht — Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 105, p. 697-726, 1993.

RIOS, Rodrigo Sanchez; ANTONIETO, Caio. Criminal *compliance*: prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 23, v. 114, p. 341-376, maio-jun. 2015.

ROXIN, Claus. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil. Band 2. München: Verlag C.H. Beck, 2003.

SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* no direito penal empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. In: OLIVEIRA, William Terra de et al. *Direito penal econômico*: estudos em homenagem aos 75 do Professor Klaus Tiedemann. São Paulo: LiberArs, 2013.

SOUSA MENDES, Paulo de. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000.

STEYNER, Silvia. Não existe crime de ecocídio no Tribunal Penal Internacional. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-ago-29/sylvia-steiner-nao-existe-crime-ecocido-tribunal-penal-internacional#_ftn1]. Acesso em: 27.11.2019.

SUTHERLAND, Edwin H. *White collar crime — the uncut version*. New Haven: Yale University Press, 1983.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Pessoa jurídica e culpabilidade no direito penal econômico. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza. *Comentários ao direito penal econômico brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico*: parte general y especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

TIEDEMANN, Klaus; VOGEL, Joachim. *Regulating corporate criminal liability*. Heidelberg: Springer, 2014.

WHITE, Rob. *crimes against nature*: environmental criminology and ecological justice. Portland: Willan Publishing, 2008.

WÖRNER, Liane. Täterschaft und Teilnahme vor den Herausforderungen von Gremienentscheidungen und Organisationsverschulden - aus deutscher Sicht. *Zeitschrift für Strafrecht und Kriminologie*, n. 5, p. 27-46, 2017.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A responsabilidade penal isolada das pessoas jurídicas em crimes ambientais, de Carlos Henrique Almeida José e Azevedo – *RDA* 95/77-104 (DTR\2019\40146);
- A responsabilidade penal da pessoa jurídica por crime ambiental: visões doutrinária e jurisprudencial, de Beatriz Souza Costa – *RT* 934/205-221 (DTR\2013\6996); e
- Responsabilidade penal da pessoa jurídica no brasil e teoria da dupla imputação necessária: comentários ao acórdão RE 548.181 do STF, de Claudio Bidino – *RBCCrim* 123/383-405 (DTR\2016\24037).

Crime político: entre a extradição e a anistia no Supremo Tribunal Federal

Political crime: between extradition and amnesty in the Brazilian Supreme Court

Renata da Silva Athayde Barbosa

Doutora em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2019). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2014). Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2012). Tutora na Universidade de Maastricht. Membro da Associação Internacional de Direito Penal. Pesquisadora do Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio de Janeiro e do Maastricht Center for Human Rights. Bolsista de Doutorado Sanduíche da CAPES – PDSE.

ORCID: 0000-0002-0281-1363

renataabarbosa@gmail.com

Recebido em: 23.09.2019
Aprovado em: 29.05.2020
Última versão da autora: 08.06.2020

Áreas do Direito: Constitucional; Processual

Resumo: Este trabalho objetiva investigar, a partir da perspectiva doutrinária, legal e jurisprudencial, qual é, ou se há mais de um, conceito de crime político em matéria de anistia e extradição. A proposta é relevante pois, apesar da semelhante nomenclatura, a literatura penal carece de pesquisas recentes que comparem e relacionem o crime político nos referidos âmbitos, incorporando os arcabouços do terrorismo e dos crimes internacionais, e investigando a relação entre ambos. O método utilizado é o levantamento bibliográfico acerca dos temas, complementado pela análise qualitativa de casos no Supremo Tribunal Federal. Para tanto, o trabalho começa apontando e revendo o referencial teórico sobre o crime político, constatando uma generalização de um instituto que, em verdade, foi pensado a

Abstract: The aim of work is to investigate, from the doctrinal, legal and jurisprudential perspective, what is the, or if there is more than one, concept of political crime in the field of extradition and amnesty. The proposal is relevant because, despite the similar nomenclature, the literature in criminal law so far lacks contemporary research that analyses political crime in both extradition and amnesty framework. The method used is the bibliographic survey on the themes, complemented by the quantitative analysis of cases in the Federal Supreme Court. To this end, the work begins to review and revise the theoretical framework on political crime, including a generalization of an institute that, in fact, was thought from extradition. Then, it considers extradition-related cases and how the Federal

partir da extradição. Em seguida, analisaram-se casos referentes à extradição e como o Supremo Tribunal Federal interpreta o conceito de crime político na extradição, contrastando-o inclusive com o terrorismo e demais crimes internacionais politicamente motivados. A fim de trazer uma perspectiva contemporânea sobre o crime político na anistia, tratou-se não só da ADPF 153 julgada em 2010 e seus desdobramentos como também da não repercussão das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema no âmbito interno. Por fim, concluiu-se que o conceito de crime político registrado pela Lei 6.683, de 1979, e reforçado pela interpretação conferida pelo STF está em desacordo com toda jurisprudência internacional ligada à anistia, bem como o arcabouço normativo ligado à extradição.

Palavras-chave: Crime político – Extradição – Anistia – Terrorismo – Crimes internacionais politicamente motivados.

Supreme Court interprets the concept of political crime in extradition, even contrasting it with terrorism and other international crimes. With the goal of bringing a contemporary perspective on political crime in amnesty not only the case of ADPF n. 153 decided in 2010 and its consequences are tackled, but also its consequences and the decisions of the Inter-American Court of Human Rights on the subject. Finally, it concluded that the concept of political crime registered by Law 6.683 of 1979 and reformed by the interpretation given by the Supreme Court differs substantially from the typical extradition cases, being in disagreement with the entire normative framework and international case law linked to amnesty, as well as with the national understanding of political crime in extradition. Hence why it reinforces the characteristic of exception of political crime concept derived from the amnesty law 1979.

Keywords: Political crimes – Extradition – Amnesty – Terrorism – Politically motivated international crimes.

Sumário: 1. Introdução. 2. Aspectos paradigmáticos do crime político – da extradição à anistia. 2.1. O arcabouço teórico do crime político na extradição: estado da arte e crítica. 2.2. O inexistente arcabouço teórico do crime político na anistia. 3. O crime político e extradição: proteção do indivíduo no espaço. 3.1. Crimes políticos puros e relativos. 3.1.1. Crime político e terrorismo. 3.1.2. Crime político e crimes internacionais de razão política. 3.1.3. Considerações parciais sobre o crime político na extradição. 4. O crime político e a anistia: a proteção do indivíduo no tempo. 4.1. É possível alguma sistematização? Os votos que tratam do crime político. 4.2. O crime político depois da ADPF 153. 5. Há correspondência? Considerações finais. 6. Referências.

1. Introdução

"Napoleão, ao sair da ilha de Elba para a aventura dos Cem Dias, era, segundo os jornais das capitais de Paris, o bandido corso, mas, ao chegar triunfante à capital francesa, era o grande imperador."[1] O trecho reproduzido de Nélson Hungria traz o exemplo típico do que se pensa ao se tratar de crime político, romântico e heroico. No entanto, com

1. HUNGRIA, Nélson. *Comentário ao Codigo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. I. p. 196.

o fortalecimento da violência como forma de oposição ao Estado, caracterizado pelo terrorismo, por exemplo, a figura do crime político ganha novos contornos, carecendo de um novo aporte dogmático que a reflita. Além disso,utro lado, a violência política cometida pelo Estado em seu próprio nome também chama a uma reflexão acerca do instituto.

Ao contrário do que ocorreu na França nos idos do século XIX, a ditadura ocorrida entre os anos de 1964 e 1985 no Brasil expõe o conflito entre a violência política operada por opositores e principalmente pelo próprio regime. No ano em que a Lei de Anistia – Lei 6.683/79 – completa 41 anos, permanece pendente sob o olhar atual a estruturação e a reflexão acerca do conceito de crime político por ela adotado e como isto se enquadra na seara penal contemporânea. Tal conceito, que era central à referida lei, trouxe a extinção da punibilidade[2] de uma série de crime políticos e conexos – estes últimos definidos para os termos da lei como crimes de qualquer natureza relacionados aos crimes políticos ou praticados com motivação política.[3]

O crime político, no entanto, aparece em outras oportunidades no ordenamento jurídico brasileiro. A primeira e mais tradicional acepção refere-se à impossibilidade de extradição do acusado ou condenado por crime político[4]. A segunda menção, trazida anteriormente, se dá no bojo da Lei de Anistia, configurando o cerne dos crimes aos quais se concede a indulgência. No entanto, pouco se fala a respeito da (não) correspondência semântica entre tais conceitos, ou pelo menos a não correspondência automática – embora nos casos da anistia e da extradição tenha havido uma aproximação na análise realizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) acerca do seu conteúdo, conforme será demonstrado no corpo deste trabalho. Assim, a pergunta a que se pretende responder com este artigo é: qual é o conceito de crime político aplicados pelo STF aos institutos da anistia e da extradição? Ele corresponde aos paradigmas dogmáticos e normativos dos institutos? Este artigo sustenta a necessidade de uma aproximação entre do crime político na extradição e na anistia, como uma forma de proporcionar arcabouço teórico e sistematização a este último – a fim de que funcione como garantia ao indivíduo.

O método utilizado para tanto parte da revisão bibliográfica, a fim de demonstrar os paradigmas normativos de extradição e de anistia, para, em seguida, fazer a análise documental dos julgados do Supremo Tribunal Federal. A escolha de tais métodos visa analisar a adequação e a harmonia proporcionada pelas decisões da Corte em relação ao conceito de crime político e os institutos em questão. O espaço amostral baseia-se nos últimos quarenta anos, marco inicial da Lei de Anistia abordada, para que se possa traçar a comparação.

A escolha de confrontar o crime político apenas com a anistia e a extradição deve-se a diversos fatores. O primeiro deles é a relação traçada no julgado da Arguição de

2. Conforme redação do art. 108, II, da parte geral do Código Penal com a redação de 1940 e do art 109, II, nos termos da redação de 1984.

3. Excluiu-se o parágrafo terceiro tendo em vista sua separação do conceito de crime político a ser tratado por este artigo.

4. Constituição Federal, artigo 5º, LII; Lei 13.445/17, art. 82, VII.

Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153 no voto de alguns dos Ministros, aqueles que optaram por enfrentar a questão do crime político. Ademais, os institutos guardam semelhanças no sentido de que importam a não persecução penal ou não aplicação da pena, consistindo em casos inequívocos em que ser um crime político importa benefícios ao agente. Exclui-se da análise aqui proposta a hipótese em que apresentar a motivação política[5] implica o agravamento da situação do agente, como no caso do terrorismo e dos crimes internacionais politicamente arrazoados[6]; não obstante, a apresentação dos julgados acerca da extradição parte da diferença entre o crime político na extradição e tais categorias, apenas com o fim de delimitação entre o que pode ser aceito do crime político e o que deve estar excluído desse conceito.

A primeira parte deste artigo trata de aspectos dogmáticos do crime político na extradição que serão relevantes ao enfrentamento da comparação final com o arcabouço da anistia. Assim, parte-se da sua razão de ser, passando pela dificuldade de sua diferenciação dos crimes comuns que não são impactados pelo rótulo de serem políticos, chegando, enfim, a classificações relevantes. Uma possível contribuição deste trabalho é demonstrar diferenças doutrinárias entre a doutrina latina e a doutrina europeia no que se refere à aplicação do crime político apenas à extradição, para esta, e aos demais âmbitos, para aquela. Ao mesmo tempo, apresenta o desafio de propor-se uma análise contemporânea, tendo em vista que boa parte das obras tradicionais relativas ao crime político na extradição é antiga[7] e as relativas à anistia estão ligadas majoritariamente aos influxos da ADPF 153[8].

---

5. Estipula-se a razão política, no sentido de que uma conduta delituosa que é realizada em nome do Estado e para o Estado, num paralelo com o argumento levantado por Nilo Batista e Swensson em "Justiça de Transição no Brasil". DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JR., Lauro Joppert. *Justiça de Transição no Brasil*: direito, responsabilização e verdade. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 8. Nesse sentido, parece que razão política é diversa da motivação política prescrita originariamente para o crime político originado na extradição, em que o intuito era se proteger o indivíduo do Estado, como será demonstrado ao longo deste item. Dessa forma, ou se comprova a distinção entre o crime político na extradição e na anistia, ou se demonstra a equivalência entre um e outro – o que metodologicamente não se fez até o dado momento.

6. Para efeitos deste trabalho, consistem em crimes contra humanidade, genocídio e crimes de guerra.

7. Na doutrina internacional, Lombroso e Laschi, em 1892, contribuíram com o "Le crime politique et les revolutions", Proal, em 1908, com o "La criminalité politique", Papadatos com "Le delit politique: contribuition a l'etude des crimes contre l'etat", em 1954, Quintano Ripollés com "Delito politico", em 1956, Ruiz-Funes com "Evolución del *delito político", em 1963*, e Christine van den Wyngaert com "The political offence exception to extradition: the delicate problem of balancing the rights of the individual and the international public order", de 1981. Na doutrina nacional, apontam-se os trabalhos de Fragoso "Terrorismo e criminalidade política", de 1981, de Hungria "A criminalidade política no Direito brasileiro", de 1960, de Regis Prado e Araújo "Delito político e terrorismo, uma aproximação conceitual", de Pamplona "Crimes políticos, terrorismo e extradição: nos passos de Hannah Arendt", de 2011. A exceção em termos de contemporaneidade fica a cargo do trabalho de Alexandre Wunderlich "Crime político, segurança nacional, e terrorismo", datado de 2020.

A relação do crime político com o instituto da extradição, assim como sua relação com a anistia, é abordada separadamente, com o objetivo de individualizar as particularidades de cada um deles e demonstrar que a equivalência entre ambos é presumida – como o foi na ADPF 153 de 2010 – mas não demonstrada. Traçando-se um paralelo entre origens e objetivos dos institutos, a razão da inserção do conceito de crime político em cada um deles tem como ponto comum a proteção do indivíduo em relação ao Estado, eventualmente opressor de garantias de livre expressão e oposição do pensamento político. Como distinção tem-se que no caso na anistia ela tende a ser feita de outro tempo, a fim de se proporcionar a devida análise do grau de proteção contido na norma do crime político[9], enquanto na extradição a mesma análise é feita de um crime alheio ocorrido em outro espaço e, portanto, por outro Estado. Assim, a proteção do instituto é conferida ao indivíduo precisamente por esse deslocamento de tempo e espaço, pois o mesmo Estado que criminaliza a conduta política não pode fazer um juízo adequado da adequação ou não de sua punibilidade.

Enfim, a análise de jurisprudência do STF nos dois temas envolve casos de extradição e anistia dos últimos 40 anos, marco oferecido pela nossa última Lei de Anistia. De 1979 até os dias de hoje, como será demonstrado, a jurisprudência do STF em relação à exceção ao crime político na extradição sofreu nuances, principalmente no que se refere à tolerância quanto ao emprego de violência e no reconhecimento da continuidade dos crimes permanentes para efeito de extradição (v. item 3). A pergunta relevante é: essas mudanças foram acompanhadas pela interpretação da anistia? Por quê? No que se refere à extradição utilizou-se a coleta de casos[10], todos referentes a crimes políticos entre 1979 e 2019, a fim de demonstrar qual tem sido o conceito de crime político adotado pela jurisprudência da Suprema Corte. No que se refere à Lei de Anistia, tratou-se da ADPF 153, de 2010, que constitui o marco central do entendimento do tribunal sobre o crime político no contexto da anistia, e eventuais impactos deste – como a ADPF 320, de 2014, e as duas condenações do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH).

8. Inúmeros artigos trataram do tema na época, citam-se para efeitos ilustrativos: Hélio Bicudo com "Anistia desvirtuada", Bottini e Tamasuskas com "Lei de Anistia: um debate imprescindível", Stefaninni com "Crime político".

9. Afinal, se o Estado objetiva tratar um crime como político e extinguir sua punibilidade, deve ser entendido que a punição daquela categoria de crime não era justa ou ideal, o que, em regra, decorre de contextos não democráticos e/ou conflituosos. Assim, a precisa análise da necessidade ou não de dispensa da criminalização deve se dar de outro tempo, pois o Estado autoritário que oprime não pode, sem prejuízo da lógica, ser o mesmo que liberta.

10. Extradições 1362, 1278, 1150, 974,700, 694, 615, 493, 417, 412, 399. Esse é o total de extradições em que a análise do crime políticos é relevante ao julgamento nos últimos 40 anos. Excluiu-se aqui a Ext. 1306 em razão de não figurar na definição de crime político utilizada neste trabalho, v. nota n. 18.

2. ASPECTOS PARADIGMÁTICOS DO CRIME POLÍTICO – DA EXTRADIÇÃO À ANISTIA

O rótulo de crime político gera disputa no Direito Penal brasileiro, por apresentar uma possibilidade de atribuição de uma benesse penal – a não extradição ou a não punibilidade do crime através da anistia. Ao contrário do que ocorre, por exemplo, com o terrorismo, no qual o objetivo é evitar a impunidade do agente, tendo em vista a gravidade da conduta[11]. Este item visa demonstrar o estado da arte no âmbito teórico em relação ao crime político. Por sua vez, tratar do arcabouço teórico implica pela perspectiva da extradição, em que alguma sistematização fora desenvolvida, apontando inclusive suas lacunas. Como ficará demonstrado, o arcabouço teórico do crime político na anistia é mais escasso e não linear, o que acaba por enfraquecer a capacidade protetiva do instituto e reforçar a discricionariedade que ele potencialmente confere ao Estado.

2.1. O arcabouço teórico do crime político na extradição: estado da arte e crítica

O crime político, se entendido como crime contra o Estado e/ou seu soberano[12], foi historicamente interpretado como um dos crimes mais graves de diversos ordenamentos jurídicos[13] tendo em vista a relevância que as lideranças políticas e a soberania assumiam na sociedade até a queda do absolutismo e a assunção do liberalismo. Com a propagação do iluminismo e as revoluções liberais, o paradigma axiológico passou a ser de que regimes políticos carentes de representatividade eram ilegítimos, e, por isso, os Estados

11. MOLL, Leandro de Oliveira. O terrorismo no direito brasileiro: análise à luz da obrigação internacional de repressão do crime de terrorismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 80, v. 20, 2012. p. 386.

12. A legitimidade da resistência contra a opressão e a ascensão da nova atitude em relação aos ofensores políticos também impactaram a lógica da extradição em meados do século XIX e gradualmente os países incorporaram a exceção dos crimes políticos às suas regras de extradição. Van Den Wyngaert traz o exemplo do caso Galloti, em que o funcionário napolitano que lutou na revolução de 1820 e fugiu para a França foi extraditado com a condição de não ser processado por crimes políticos, o que na verdade causou um incidente entre a França e a Itália. Como consequência, o governo francês declarou a não extraditabilidade dos criminosos políticos e emitiu em 1841 circular reafirmando-o. WYNGAERT, Christine Van den. *The political offence exception to extradition*: the delicate problem of balancing the rights of the individual and the international public order. Deventer: Kluwer, 1980. p. 11-12. BILLOT, A. *Traite de l'extradition*. Paris: E. Plon et cie, 1874. p. 111. Por sua vez, Celso de Mello trata o crime de alta traição como um equivalente ao crime político. MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 989.

13. A extradição fora considerada um ato de cortesia entre soberanos raramente utilizado e, na maior parte das vezes, seria aplicada para crimes contra o Estado, já que a fuga de criminosos comuns não seria considerada perigo público. Isso significa que os ofensores políticos eram extraditados com muita frequência. BILLOT, A. *Traite de l'extradition*. Paris: E. Plon et cie, 1874. p. 107-109.

liberais tendiam a proteger os revolucionários, dando suporte ao fortalecimento das democracias liberais[14].

No entanto, com a propagação de atos graves e o fortalecimento do terrorismo e da anarquia, o período de romantismo revolucionário foi superado[15], dando azo à relevante distinção entre crimes comuns e crimes políticos. Com o novo paradigma de terrorismo moderno, equipado e estruturado no pós-11 de setembro de 2001, as distinções entre o tratamento do ato terrorista e do crime político assumem cada vez mais relevância. As teorias expostas nos parágrafos a seguir foram cunhadas com esse propósito, de distinguir um crime comum, como seria o terrorismo – podendo ser até mais agravado do que o crime comum – do crime político. Destaque-se ainda que as mesmas teorias não se preocupavam com outros crimes de razões políticas, como genocídio, crimes contra humanidade e crimes de guerra, cujo reconhecimento pela comunidade internacional e no âmbito interno se deu em momento posterior; o que ficou assim sendo uma incompletude no arcabouço teórico da extradição.

Preliminarmente, cabe esclarecer aqui que se refere ao crime político como aquelas hipóteses em que, simultaneamente a tal rótulo, atribui-se um benefício de natureza penal em razão da natureza do delito ser diversa, porquanto com o objetivo de tutelar liberdades políticas. De outro lado, a corrupção[1617]e outros crimes que afetam ao Estado enquanto estrutura física, e não política estão excluídos do conceito aqui proposto.

A fim de distinguir o crime político do crime comum, a teoria objetiva, formulada no arcabouço da extradição, leva em conta a natureza do bem jurídico lesado ou exposto a perigo de lesão. Assim, os crimes políticos atentam contra a ordem política estatal, ameaçando sua organização político jurídica, não abrangendo condições existenciais do Estado, mas com o objetivo político de perturbar a ordem pública em um ou vários de seus

14. COSTA, Miguel João. *Extradition Law*: Reviewing grounds for refusal from the classic paradigm to mutual recognition and beyond. Dissertation – Faculty of Law, Maastricht University, 2018. p. 393.

15. QUINTANO RIPOLLES, Antonio. *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*. Madrid: Instituto de Investigaciones Francisco Vitoria,1957. t. III. p. 232.

16. Em sentido contrário, Julian Roebuck e Stanley Weeber adotam uma perspectiva criminológica da análise do crime político e do criminoso político. Eles propõem uma "typology of political crimes […] based (primarily) upon the action patterns of offenses committed by persons or groups of persons during the normal courses of their activities as employees or members of formal organizations; that is, organizational crimes. […] The focus upon two kinds of political crime: crimes by the government against people and by people against the government." (WEEBER, Stanley; ROEBUCK, Julian. *Political crime in the United States*: analyzing crime by and against the government. New York: Praeger Publishers, 1978. p. 7). No mesmo sentido, v. TURK, Austin. *Political criminality*: the defiance and defense of authority. California: Sage, 1982.

17. Por esse motivo, exclui-se da análise a Ext. 1306, pois trata-se de alegação de extradição política disfarçada, e não propriamente de crime político.

elementos.[18] A teoria subjetiva, por sua vez, fundamenta o crime político na motivação interna que empolga o agente, sendo criminosos todos aqueles que buscam com sua conduta uma finalidade política. Nesse caso, não importa a natureza do bem jurídico perseguido pelo autor, apenas sua finalidade.[19] As teorias mistas, mais aceitas na atualidade, unem os dois critérios, mesclando na definição de crime político os critérios objetivo e subjetivo. No delito político, então, devem estar associado ao bem ou ao interesse jurídico ofendido o fim político.[20] As teorias mistas são ainda divididas em extensiva ou restritiva, conforme adotem os critérios objetivo e subjetivo alternativamente ou cumulativamente. Conforme será demonstrado no item 3, a jurisprudência do STF parece ter acatado a esta última teoria, exigindo a presença de um elemento subjetivo ao lado do interesse almejado consistir na segurança do Estado.

Em meio a uma gama de classificações, um critério se destaca em relevância para os fins deste trabalho: ser o crime puramente político ou relativamente político. Ora, quando o crime é puramente político, não há nenhuma dificuldade quanto aos benefícios que devem ser a ele conferidos, independentemente da indeterminação do que seriam os crimes puramente políticos na legislação nacional[21]. No entanto, nas hipóteses em que o crime, embora com certos elementos do crime político, envolve também elementos do crime comum – crimes políticos relativos –, afigura-se a dificuldade da caracterização, que no ordenamento brasileiro se dará pelo STF[22]. Neste artigo, as denominações adotadas serão crimes políticos puros e crime políticos relativos, que se subdividem em

18. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *As novas tendências do direito extradicional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 186. MENDES, Erika; PRADO, Luiz Regis. *Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitua*. p. 5. Disponível em: [http://professorluizregisprado.com/Artigos/Delito%20pol%C3%ADtico%20e%20terrorismo.pdf]. Acesso em: 20.07.2019.

19. SOUZA, op. cit., p. 186. CARVALHO; PRADO. op. cit., p. 6-7.

20. SOUZA, op. cit., p. 186. CARVALHO; PRADO. op. cit., p. 7.

21. Para parte da doutrina, os crimes políticos são "Ressente-se, na atualidade, de uma adequada definição legal de crimes políticos, não obstante a previsão, na Lei nº 7.170/1983 (Lei de Segurança Nacional), de hipóteses que poderiam – não sem uma dose de polêmica sobre sua constitucionalidade – ser consideradas como infrações políticas puras (submeter o território nacional a soberania estrangeira, mudar o regime vigente ou o Estado de Direito etc.)" (SOUZA, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito penal*: volume único. Rio de Janeiro: Gen Método, 2018. p. 343. *E-book*). Nessa senda, Fragoso alerta para a possibilidade de redução dos crimes políticos ao crime de opinião. Embora não tenha o autor feito tal ressalva, parece que essa possibilidade só existiria em se tratando de crime político puro. FRAGOSO, op. cit. p. 40. Para outra parte da doutrina, os crimes da Lei 7.170/83 não foram recepcionados pela Constituição de 1988. BARROSO, Luís Roberto. A superação da ideologia de seguranca nacional e a tipificacao dos crimes contra o estado democratico de direito. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, ano 2. n. 9, 2003. Como o conceito de crime político não é o objetivo central deste artigo, apontam-se as referências para tal debate.

22. Constituição Federal art. 102, I, *g*; Lei 13.445/17, art. 82, § 4º.

crimes políticos complexos e crimes políticos conexos.[23] Os crimes políticos puros são os que se dirigem contra a forma e a organização políticas de um Estado exclusivamente, não abrangendo crimes comuns. Tais crimes referem-se, por exemplo, a traição, a espionagem ou a simples discordância com a ideologia dominante.[24] Os crimes políticos relativos são crimes comuns assemelhados aos crimes políticos por envolverem uma motivação política, ou porque o ato tinha consequências políticas ou porque estava situado no contexto político.[25-26]

Estes últimos são tradicionalmente divididos em complexos e conexos[27]. Crimes complexos são infrações que atingem simultaneamente a ordem político-social e bens jurídicos do direito comum, dirigindo-se tanto à ordem política quanto a direitos privados, a exemplo do homicídio de um chefe de Estado ou governo.[28] Assim, nesse caso, o crime, por si só, é comum, como um homicídio, todavia, em relação ao bem jurídico e ao motivo, o crime tem características de crime político. O critério a ser aplicado seria, então, a proximidade entre o crime cometido e a finalidade política.[29]

Já os delitos conexos aos crimes políticos ocorrem com a perpetração de delitos de natureza política e de natureza comum, unidas por uma relação de conexidade, a exemplo de saques realizados por insurgentes[30] ou o roubo de uma arma com o objetivo de empre-

23. Existem variações na classificação, entre puros x relativos, absolutos x relativos, entre outros; no entanto, em regra, as categorias se resumem aos crimes políticos puros e categorias mistas, que envolvem complexos e conexos. WYNGAERT, op. cit., p. 105; BASSIOUNI, op. cit., 2014, p. 675; QUINTANO RIPOLLES, op. cit., p. 269-270; BILLOT, op. cit., p. 104; MELLO, op. cit., p. 991. Na jurisprudência, há ainda quem trate os crimes políticos numa classificação dicotômica: crimes políticos absolutos e crimes políticos relativos. Aqueles traduzem-se em ações que atingem a personalidade do Estado, ou que buscam alterar-lhe e afetar-lhe a ordem política e social. Estes exprimem uma concreta motivação político-social de seu agente, projetando-se em comportamentos geradores de uma lesão jurídica de índole comum. V. Ext 855, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno j. 26.08.2004, *DJ* 01.07.2005.

24. ARAÚJO JR., 1991 apud SOUZA, 2013, p. 187; BASSIOUNI, Cherif. Ideologically motivated offenses and the political offenses exception in extradition – A proposed juridical standard for an unruly problem. *De Paul Law Review*, v . XIX, n. 2, 1969. p. 244. WYNGAERT, op. cit., p. 106.

25. WYNGAERT, op. cit., p. 108.

26. Nesse sentido, vale destacar o esclarecimento feito por Jones Mariel Kehl: "[v]eja-se que o critério objetivo restringe o conceito de delinquência política aos delitos políticos puros, ao passo que o critério subjetivo e misto extensivo tende a uma ampliação da benevolência liberal aos delitos políticos relativos (complexos e conexos)." KEHL, Jones Mariel.Crime de terrorismo e crime político: definições, aproximações e distinções. In R*evista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*. v. 4. n.2, 2018. p. 133.

27. Tal divisão tem origem na exclusão dos crimes políticos na extradição, cf. art. 6 da Lei Belga de Outubro de 1833.

28. SOUZA, op. cit., p. 186.

29. GILBERT, Geoff. *Responding to international crime*. Leiden: Brill Nijhoff, 2006. p. 203.

30. SOUZA, op. cit., p. 186.

gá-la numa rebelião armada. Ou seja, constituem-se crimes que, fora sua remota conexão com a motivação política e/ou um bem jurídico pertencente ao Estado, não apresentam qualquer conexão com o crime político.[31]

A distinção entre os delitos complexos e conexos reside no fato de que naqueles prepondera o elemento subjetivo, o fim ou o motivo que impulsiona o agente, enquanto estes têm em sua essência um limite objetivo, qual seja, a atrocidade dos fatos perpetrados.[32]

Até aqui, tratou-se do estado da arte das pesquisas acerca da crime político na extradição no Brasil. No entanto, o que passa despercebido por um sem-número de juristas latinos, entre eles doutrinadores e práticos[33], é que a tal divisão é característica do direito extradicional, conforme foi demonstrado em sua origem nos parágrafos anteriores. De outro lado, a doutrina estrangeira é pródiga em apontar tal circunstância, conforme enunciado por autores como Bassiouni, Wyngaert e Gilbert, que reconhecem expressamente a origem do crime político na extradição e montam sua delimitação nela e para ela, não reconhecendo as teorias objetivas, subjetivas e mistas para diferenciar crimes políticos de crimes comuns em geral. Tais autores aplicam (através das diversas formas apontadas) apenas para os crimes comuns que merecem tratamento diferenciado por conter elementos de crimes políticos[34].

Cabe a nós indicar algumas razões pelas quais a classificação não pode ser aplicada, ou, pelo menos, não pode ser aplicada sem o devido ônus argumentativo. Primeiramente, o direito extradicional, como campo híbrido, que mistura normas de consequências penais com regras de direito internacional, é preponderantemente voltado ao Estado, não consistindo num instituto concebido para tutelar o indivíduo.[35] Não é por outro motivo que, em se tratando de exceção a extradição pelo crime político, embora o benefício da não extradição seja do indivíduo, este não tem voz nenhuma na concessão do benefício em grande parte dos sistemas.[36] Além disso, no âmbito do direito extradicional, a distinção entre crimes políticos puros e crimes políticos complexos e conexos visa a incluir

31. GILBERT, op. cit., p. 204.

32. CARVALHO; PRADO. op. cit., p. 11-12.

33. De outro giro, outros autores como Asúa e Quintano Ripollés não reconhecem a origem das classificações do crime político na extradição, apenas aplicando-as no crime político genericamente. Tal abordagem não apresenta nenhum problema em um primeiro momento, no entanto, maiores reflexões sobre o tema serão desenvolvidas durante a utilização de tais categorias em outras aplicações ao conceito de crime político, como na anistia, o que, se feito de forma irrefletida, pode trazer problemas. JIMÉNEZ ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. 4ª edição. Buenos Aires: 1963. P. 188 e ss. QUINTANO RIPOLLES, op. cit., p. 233, 235, 269 e ss.

34. GILBERT, op. cit., p. 204. BASSIOUNI, 2014, op. cit., p. 677-680; 683-714. WYNGAERT, op. cit., p. 105-109.

35. COSTA, Miguel. op. cit., p. 397-404.

36. VAN DEN WYNGAERT; DUGGARD. Reconciling extradition with human rights. *American Journal of International Law*, v. 92, n. 2, 1998. p. 188-189.

delitos que, respeitados os limites de gravidade e preponderância, que serão tratados no item seguinte, apresentam elementos de crime político. Contudo, na anistia, embora também exista a categoria de crimes conexos, não há uma aplicação de tais teorias para distingui-los, ou, como aconteceu na anistia de 1979 no Brasil, a lei não especificou nenhum critério de dogmático de distinção.

2.2. O inexistente arcabouço teórico do crime político na anistia

O elo existente entre anistia e crime político consiste no fato de que a anistia exonera o crime político da sujeição à persecução penal criminalmente e aplicação da pena. A anistia abrangeria toda cumplicidade e fatos acessórios, e originariamente não seria condicionada ou revogável de qualquer forma.[37] A primeira lei de anistia que fala em crime político é a lei de anistia francesa de 1859.[38] Dessa forma, o crime político na anistia parece carecer de sistematização e arcabouço teórico específico, dando-se sua aplicação por uma analogia ainda assimétrica à extradição.

No direito penal brasileiro, "anistia é o esquecimento do crime, ou seja, o ato de vontade da lei que retira a punição de certos fatos que, antes, eram considerados delituosos. Cuida-se de causa de extinção da punibilidade que faz desaparecer todas as consequências penais do fato."[39] Este trabalho, até então, não se preocupou com conceitos e definições, tendo em vista que sua análise está fortemente ligada ao resultado da aplicação dos institutos. Contudo, parece necessário explicitar o porquê de existir uma relação forte entre anistia e crimes políticos, para que seja possível demonstrar que, assim como na extradição, o crime político é mecanismo de proteção do indivíduo diante do Estado, e não o contrário.

No contexto da anistia, o crime político é quase inerente a sua natureza. A anistia consiste, em essência, numa escolha de perdão por parte do Estado a determinada categoria de crimes. Por ser uma liberalidade, a anistia é, frequentemente, nas palavras de Lúcia Arantes, "[...] reservada, especialmente, para os crimes políticos."[40] Portanto, a ideia por trás do perdão de condutas de cunho político é proteger o indivíduo envolvido num conflito da vingança e da opressão que pode resultar da aplicação da lei penal pelo Estado. Seu objetivo, portanto, é resguardar o Estado de Direito, que se manifesta na

37. FABREGUETE, op. cit., p. 70.

38. "Amnistie pleine et entière est accordée à tous les individus qui ont été condamnés pour crimes et délits politiques, ou qui ont été l'objet de mesures de sûreté générale." (*Bulletin des lois*, n. 721, un seul acte le décret du 16 août 1859 Disponível em: [https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/textes-juridiques-lois-decre/textes-relatifs-a-la-deportati/acces-aux-textes/amnistie-du-16-aout-1859]. Acesso em: 18.10.2018.

39. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito penal*: volume único. Rio de Janeiro: Gen, 2018. *E-book*. p. 459.

40. BASTOS, Lúcia Elena Arantes Ferreira. *Anistia*: leis internacionais e o caso brasileiro. Curitiba: Juruá, 2009. p. 189.

esfera penal no respeito aos princípios como da legalidade, do devido processo legal, da ofensividade etc.

3. O crime político e extradição: proteção do indivíduo no espaço

Para trazer a perspectiva prática às teorias mencionadas anteriormente, este item analisa a jurisprudência do STF no âmbito de crime político e extradição, compreendendo todos os casos de extradição envolvendo crimes políticos nos últimos 40 anos, marco extraído a fim de proporcionar comparação com a Lei de Anistia. Na primeira parte, trata-se de uma atualização sobre o tema, tendo em vista mudanças ocorridas no âmbito legal, por meio da Lei de Terrorismo – Lei 13.260/16, e da Lei de Migração – Lei 13.445/17. Em seguida, analisa-se como o Tribunal interpreta os crimes complexos e conexos no caso da extradição; para, enfim, chegar-se às delimitações do crime político, diante do terrorismo e dos crimes internacionais de razões políticas. A relação entre terrorismo e crime político é de grande valia para este trabalho, pois o benefício de não ser suscetível de extradição, que ampara o crime político, não ampara o terrorismo, pelo contrário, há grande interesse em dar a devida punição a este.

3.1. Crimes políticos puros e relativos

Conforme demonstrado anteriormente, os crimes políticos poderiam ser puros ou relativos, também abrangendo crimes complexos e conexos – estes marcados pela presença da violação de dois ou mais bens jurídicos, o que frequentemente se expressa na presença da violência. A consequência de uma menor tolerância quanto ao emprego da violência no âmbito da criminalidade política se manifesta na despolitização – significando a desconsideração de qualquer característica, preponderante ou não, do crime político complexo e conexo para fins de extradição, o que se aplica também se este for classificado como terrorista ou um crime internacional. Portanto, gerando a possibilidade de extradição.

Alguns dos casos aqui analisados referem-se à antiga lei que regulava a não extraditabilidade de crimes políticos, a Lei 6.815/80, Estatuto do Estrangeiro, tendo em vista a inexistência de casos na jurisprudência do STF posteriores à modificação legal trazida pela Lei 13.445, Lei de Migração, que passou a regular a matéria. Contudo, isso não prejudica o conteúdo da pesquisa, tendo em vista que as poucas mudanças que ocorreram no âmbito da extradição e do crime político serão pontuadas ao longo do texto. Cite-se desde já a alteração no rol dos crimes que sofrem a despolitização para efeitos de extradição e a ampliação da competência para apreciação do caráter político dos crimes a autoridades judiciárias, e não mais exclusiva do STF, que só atua com exclusividade na análise da despolitização (art. 82, §§ 2º e 4º, da nova Lei de Migração). Quando os crimes políticos são puros, possuindo motivação política expressa e predominante e não envolvendo

violência, inexistem maiores dificuldades em reconhecer a não extraditabilidade. No julgamento da Extradição 700[41], na qual da República Federal da Alemanha requeria a entrega de acusado de transmitir ao Iraque segredo do Governo alemão, referente projeto de desenvolvimento de armamento nuclear. O Min. Otavio Gallotti, relator, entendeu tratar-se de "crime político puro, cujo conceito compreende não só o cometido contra a segurança interna, como o praticado contra a segurança externa do Estado, a caracterizarem ambas as hipóteses excludentes de concessão de extradição".

Todavia, a questão se torna problemática quando o crime político é complexo ou conexo. Ressalve-se que nem todo crime complexo ou conexo implica reconhecimento do terrorismo ou paralelo com crimes internacionais. Assim, a análise dos itens a seguir dividir-se-á em crimes políticos relativos, terrorismo e crimes internacionais com razão política.

Em todos esses casos, a jurisprudência tem usado o critério da preponderância ou da principalidade[42-43], segundo o qual, se na infração preponderar o caráter de crime comum, não será aplicável a exceção existente quanto ao crime político, cabendo ao Supremo Tribunal Federal reconhecer o caráter de preponderância[44]. Dessa forma, se prevalecer o caráter político dos fatos, a extradição não será concedida, já se a lesão ao bem jurídico de natureza comum se sobrepuser à do bem jurídico político-estatal, esta prevalecerá, gerando como efeito a extraditabilidade, não obstante a existência de motivação política.[45]

O primeiro caso é a Ext. 399,[46] na qual prevaleceu o caráter de crime comum no sequestro do Diretor da Fiat-France, conduta pela qual foi condenado o extraditando na França, sendo concedida a extradição. O relator para acórdão, Min. Moreira Alves, analisou as características do sequestro e entendeu que, no caso, o aspecto político não estava claro e a destinação a fins estritamente políticos também não foi comprovada[47].

41. STF, Ext. 700, rel. Min. Octavio Galotti, Tribunal Pleno, j. 04.03.1998, *DJ* 05.11.1999.

42. Cf. art. 82, § 1º, da Lei 13.445/17 e art. 77, § 1º, da Lei 6.815/80, vigente à época do vulgamento de boa parte dos casos trazidos neste trabalho.

43. Há diversos sistemas de distinção de crimes políticos complexos e crimes políticos conexos aos crimes comuns para efeitos de extradição, entre eles, o adotado pela legislação brasileira, que é o da prevalência, segundo o qual "o motivo ou fim político não exclui a extradição quando o fato imputado constitui, prevalentemente, um crime comum (...)" (HUNGRIA, 1960 apud SOUZA, 2013, p. 190-191. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Extradition in South America. The case of Brazil. ERA Forum, v. 19, n. 3, 2018. p. 11).

44. Cf. art. 82, § 2º, da Lei 13.445/17 e art. 77, § 1º, da Lei 6.815/80.

45. SOUZA, 2013, op. cit., p. 191.

46. STF, Ext. 399, rel. Min. Aldir Passarinho, Tribunal Pleno, j. 15061983, *DJ* 14.10.1983.

47. Destaca-se o trecho do voto do Min. Moreira Alves em que diz: "Nos sequestros com motivações verdadeiramente política se procura dar a maior publicidade possível dos intentos reais do movimento revolucionário, para chamar atenção sobre ele, dando-lhe corpo junto à opinião pública."

Ademais, pela gravidade da conduta, seria aplicável o § 3º do art. 77 da Lei 6.815/80, vigente à época.[48] Para aferir o que deve preponderar, se o crime político ou o crime comum, diz o Min. Moreira Alves "é mister, sem dúvida alguma, que examinem todas as circunstâncias desse fato, embora se possam traçar princípios gerais que norteiem o juiz." Assim, citando Bento de Faria, aduz que haverá "preponderância do crime comum 'quando a violação do interesse privado sobrepuja em gravidade' à do delito político".

No mesmo sentido restou ementada a Extradição 615[49], na qual o extraditando fora condenado por uma série de crimes, como furto, apropriação indébita, tráfico de influência, genocídio, homicídio, pela Justiça boliviana (todos tipificados no Código Penal brasileiro e na Lei 7.170/83), que solicitou sua extradição e teve concedido seu pedido.

Entre uma série de outras matérias, a defesa suscitou que os crimes seriam crimes políticos, o que, entretanto, não foi acatado pela Corte, que entendeu que, analisando a circunstâncias de fato, os crimes cometidos não têm cunho político, pois não basta terem sido cometidos por um político para configurar crime político, e, se assim não fosse, estaria descaracterizado pela predominância.[50] A título de critério, portanto, para configuração do crime como político no âmbito da extradição, é insuficiente que haja o cometimento por parte do Estado, sendo a predominância da gravidade fator preponderante para a exclusão do caráter político.

No mesmo sentido, esclarecedor também é o voto do Ministro relator para acórdão Rafael Mayer na Ext. 412 quando, ao tratar da cláusula de atentado[51] do § 3º do art. 77

48. "§ 3º O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, seqüestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.". Destaque-se que pela atual redação do dispositivo equivalente, o art. 82 da Lei 13.445/17 –"§ 4º O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crime político o atentado contra chefe de Estado ou quaisquer autoridades, bem como crime contra a humanidade, crime de guerra, crime de genocídio e terrorismo" – o crime não estaria aparentemente abrangido.

49. STF, Ext. 615, rel. Min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, j. 19.10.1994, *DJ* 05.12.1994.

50. "[...] Crime político. Exame da sua configuração, como exceção impeditiva da concessão da extradição, deferida exclusivamente ao STF. Crime complexo ou crime político relativo, critério para a sua caracterização assentado na predominância da infração penal comum sobre aquelas de natureza politica. art. 77, pars. 1. e 2., da lei 6.815/80. não havendo a constituição definido o crime político, ao Supremo cabe, em face da conceituação da legislação ordinaria vigente, dizer se os delitos pelos quais se pede a extradição, constituem infração de natureza politica ou não, tendo em vista o sistema da principalidade ou da preponderância." (STF, Ext 615, rel. Min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, j. 19.10.1994, *DJ* 05.12.1994).

51. Também conhecida como cláusula de belga, visa a excepcionar a não extraditabilidade dos crimes políticos quando esses tiverem como alvo chefes de Estado. MELLO, op. cit., p. 990. O dispositivo teve sua abrangência alargada com o passar do tempo, incluindo outras autoridades e crimes, cf. Lei 13.445/17.

da Lei 6.815, acabou por conduzir os demais ministros na decisão de conceder a extradição,[52] aduzindo que

> "O que se quer dizer é que mesmo sem a presença de crime de inspiração política absolutamente incontroversa, poderá o Supremo Tribunal Federal, à vista a crueldade do delito, deixar de considerá-lo privilegiado, em nome de um princípio maior: o de que a militância política não justifica certas formas de conduta, especialmente odiosas frente à sensibilidade humana."

Por fim, é de se destacar que, mesmo nas hipóteses em que se decidiu extraditar por crime político relativo, a entrega poderá ser condicionada ao compromisso de Estado requerente no sentido de que o fim ou o motivo político não agrave a pena, havendo tratados que dispõem de tal previsão.[53]

3.1.1. Crime político e terrorismo

No âmbito do ordenamento brasileiro, embora a existência de um tipo penal do terrorismo seja relativamente recente – cf. a Lei 13.260/16, os compromissos assumidos na Constituição não caíam em esquecimento. O STF, mesmo antes da edição da Lei 13.260/16, demonstrava nos julgados acerca do tema uma preocupação em delimitar diferenças entre crime político e terrorismo.[54] O rechaço ao terrorismo veio expresso, por exemplo, no âmbito do Mercosul. Artur de Brito Gueiros Souza afirma que o Acordo

52. A respeito desse tema, merece consideração a posição sustentada por Mazzuoli e José Afonso da Silva que advogam pela não recepção do art. 77, § 1º, da Lei 6.815/80 pela Constituição de 1988, na medida em que essa não restringiu a não extraditabilidade dos crimes políticos aos crimes *puramente* políticos, como a primeira norma fez. Tal análise não se faz imprescindível em razão da lei, que está revogada, mas em virtude da *ratio* da norma constitucional – que é proteger o crime político enquanto tal e não a lei penal estrangeira, de modo que o caráter político tem primazia sobre os crimes comuns, e não o inverso. Na hipótese de conexão entre delito político e crime comum, o problema se resolveria em favor do primeiro, sob pena de desprestigiar o comando constitucional favor de norma legal, anterior à Constituição. (STF, Ext. 412, rel. Min. Rafael Mayer. Tribunal Pleno, j. 30.11.1983, *DJ* 08.03.1985). Sobre o entendimento do STF, v. ext. 493.

53. MOLL, op. cit., p. 396. V. tratados com a Bolívia, Chile, Colômbia, Coreia do Sul, Equador, Espanha, Estados Unidos, Paraguai, Peru, República Dominicana, Rússia e Venezuela.

54. "Vê-se, deste modo, que os novos parâmetros constitucionais inscritos no art. 4º, VIII e no art. 5º, XLIII da Constituição da República demonstram que o Estado brasileiro assumiu, perante a Nação, expressivo compromisso de frontal hostilidade às práticas terroristas, tanto que, ao proclamar os princípios fundamentais que regem as relações internacionais do Brasil, enfatizou, de modo inequívoco, o seu repúdio ao terrorismo e, mais do que isso, a Constituição do Brasil também determinou ao legislador comum que dispensasse, ao autor do crime de terrorismo, tratamento penal mais severo, compatível com aquele já previsto para os delitos hediondos. (...) O total desprezo constitucionalmente manifestado pelo Estado brasileiro aos delitos de índole terrorista impede que se aplique, a estes, a norma de proteção constante do art. 5º, LII da Constituição, que

de Extradição entre os Estados-Partes do Mercosul indicou como "condutas 'despolitizadas' – ou seja, 'terroristas' –", as previstas no art. 5º, § 2º, *c*.[55] Assim, a Lei de 2016 vem apenas reforçar o interesse do país em reprimir o terrorismo também enquanto violência política.

No que tange à leitura que o Supremo Tribunal Federal tem feito do crime político em relação ao crime de terrorismo na extradição, o critério de distinção tem sido a natureza violenta do ato em si, consoante a atrocidade do meio. Assim, em se tratando de atos em que a violência predomina, o Supremo Tribunal Federal efetua sua despolitização, descaracterizando a inextraditabilidade, nos termos do previsto no já mencionado art. 77, § 3º, da Lei 6.815/80 (com correspondente na Lei 13.445/17).[56]

Na Extradição 417[57], julgada antes do surgimento da Constituição de 1988, prevaleceu o caráter comum do crime conexo, cuja solução passa pelo critério da preponderância. O Min. Relator para acórdão, Oscar Correa, entendeu ser

> "inegável sua [do extraditando] liderança – e não apenas participação – nas ações revolucionárias do grupo Montonero. Ora, a este (...) se atribuem práticas que, indubitavelmente, se incluem entre as que autorizam esta Corte a excluí-las dos crimes políticos suscetíveis de recusa ao pedido: atentados contra Chefes de estado, ou quaisquer autoridades, atos de terrorismo, sabotagem, sequestro de pessoas, propaganda de processos de subversão da ordem política e social".

Tendo em consideração as espécies de crimes imputados ao extraditando, entre os quais figurava o terrorismo, a regra da prevalência fez com que fosse concedida a extradição. Com efeito, o Min. Oscar Correa reconhece que

> "os fatos indicados no pedido, em princípio, caracterizam terrorismo, sabotagem, sequestro de pessoas, (...). Não consideramos esses fatos – na gravidade e extensão que assumiram – crimes políticos, que impeçam a extradição. E a própria defesa aluda ao 'terrorismo de Estado' (fl. 221) e às características de violência que assumiu a luta desencadeada".

Assim, é reconhecida a existência de atividade política, que, contudo, não exclui o caráter comum de parcela dos crimes praticados, ilidindo o caráter político do crime uma vez considerado o sistema de preponderância. Como fatores levados em conta no julgado, é possível perceber o contexto político e a gravidade da conduta. A Ext. 417,

---

veda a extradição de estrangeiro por crime político." (voto do Min. Celso de Mello na Extradição 855 – STF, Ext. 855, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 26.08.2004, *DJ* 01.07.2005).

55. SOUZA, op. cit., p. 228.

56. SOUZA, op. cit., p. 223.

57. STF, Ext. 417, rel. p/ acórdão Min. Oscar Correa, Tribunal Pleno, j. 20.05.1984, *DJ* 21.09.1984.

portanto, reforça, mais uma vez, a ideia de que a existência de atividade política não é suficiente para caracterizar o crime como político, diante da gravidade da conduta.

De outro lado, na Ext. 493[58], o requerimento baseou-se no episódio de invasão do quartel de La Tablada, na Argentina, que levou à morte de um militar e à lesão de alguns outros. Embora não tenha sido concedida em razão do crime de associação ilícita qualificada, que foi considerado crime puramente político, o crime de rebelião, que na legislação pátria foi associado ao art. 17 da Lei 7.170, de 1983, foi considerado crime político relativo conexo, abrangendo invasão do quartel privação de liberdade, lesões corporais, homicídios e danos materiais gerados em combate. Assim, entendeu-se pela não extradição em razão de serem os crimes políticos conexos e desqualificou-se a ocorrência do terrorismo, enquadrando a conduta como crime político.

Na Extradição 493, ao analisar seu conteúdo político, o relator Min. Sepúlveda Pertence descartou de imediato sua proximidade com o terrorismo dizendo que a

> "(...) noção de terrorismo está longe de ganhar contornos precisos (cf. Heleno Fragoso, Terrorismo e Criminalidade Política, 1981); mas parece claro que nela não se compreende o episódio de La Tablada, o ataque frontal a um estabelecimento militar, sem utilização de armas de perigo comum, nem riscos para a população civil."

Desse modo, a diferença em relação ao caso anterior seria o risco a civis e a existência de um combate, o que aumentou a tolerância à violência.

A Extradição 694[59] envolvia pedido da Itália para ver extraditado o cidadão condenado por detenção e transporte de material explosivo, rapina a mão armada e participação

58. "Extradição. Argentina. invasão do quartel de La Tablada. Criminalidade politica. Denegação. (...) 2. *Associação ilicita qualificada e a rebeliao agravada, como definidas no vigente código penal argentino, são crimes políticos puros*. 3. (a) – Fatos enquadráveis na lei penal comum e atribuidos aos rebeldes - roubo de veículo utilizado na invasao do quartel, e privações de liberdade, lesões corporais, homicídios e danos materiais, perpetrados em combate aberto, no contexto da rebelião –, são absorvidos, no direito brasileiro, pelo atentado violento ao regime, tipo qualificado pela ocorrencia de lesões graves e de mortes (lei de segurança nacional, art. 17): falta, pois, em relação a eles, o requisito da duplice incriminação. 3. (b) – A imputação de dolo eventual quanto as mortes e lesões graves não afasta necessariamente a unidade do crime por elas qualificados. 4. *Ditos fatos, por outro lado, ainda quando considerados crimes diversos, estariam contaminados pela natureza política do fato principal conexo, a rebelião armada, a qual se vincularam indissoluvelmente, de modo a constituirem delitos políticos relativos. 5. Não constitui terrorismo o ataque frontal a um estabelecimento militar, sem utilização de armas de perigo comum nem criação de riscos generalizados para a população civil*: dispensável, assim, o exame da constitucionalidade do art. 77, par-3, do estatuto dos estrangeiros" (STF, Ext 493, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 04.10.1989, *DJ* 03.08.1990 – sem grifo no original).

59. "Extradição executória de penas. Prescrição. Crimes políticos: critério da preponderância. 1. O extraditando foi condenado pela Justiça Italiana, em julgamentos distintos, a três penas de reclusão: a) - a primeira, de 1 ano, 8 meses e 20 dias; b) – a segunda, de 5 anos e 6 meses; e c) - a terceira, de 6 anos e 10 meses. (...). Tudo, 'com o fim de subverter violentamente a ordem

em bando armado, subvertendo a ordem e promovendo insurreição armada, crimes que atentavam contra a vida e a incolumidade das pessoas para fins de terrorismo, fatos tipificados tanto no art. 26 da Lei 6.620 quanto no art. 20 da Lei 7.170.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal entendeu que quanto ao extraditando especificamente não há "indicação de fatos concretos de participação em atos de terrorismo ou de atentado contra a vida ou incolumidade física das pessoas", figurando as explosões em locais que não provocaram danos pessoais, nem atingiram civis. Assim, chegou-se à conclusão de que os incidentes faziam parte de um contexto de militância política e não causavam danos a civis, que preponderavam sobre o caráter comum dos fatos, impedindo a extradição.

Na Extradição 855[60], o requerente é o Governo chileno, que fundamentou seu pedido na condenação do extraditando por homicídio, quadrilha armada e extorsão mediante sequestro ocorridos entre 1991 e 1992 pela Justiça chilena. Para distinguir o crime

econômica e social do Estado italiano, de promover uma insurreição armada e suscitar a guerra civil no território do estado, de atentar contra a vida e a incolumidade de pessoas para fins de terrorismo e de eversão da ordem democrática'. Essa condenação não contém indicação de fatos concretos de participação do extraditando em atos de terrorismo ou de atentado contra a vida ou à incolumidade física das pessoas. E o texto é omisso quanto às condutas que justificaram a condenação dos demais agentes, de sorte que não se pode aferir quais foram os fatos globalmente considerados. E não há dúvida de que se tratava de insubmissão à ordem econômica e social do Estado italiano, por razões políticas, inspiradas na militância do paciente e de seu grupo. Trata-se pois, também, nesse caso, de crime político, hipótese em que a concessão da extradição está expressamente afastada pelo inciso LII do art. 5º da Constituição Federal, 'verbis': 'não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião.' 6. Na terceira condenação – por roubo contra Banco, agravado pelo uso de armas e pluralidade de agentes - o julgado não diz que o delito tenha sido praticado 'com o fim de subverter violentamente a ordem econômica e social do Estado italiano', como ocorreu na 2ª condenação. Não há dúvida, porém, de que os fatos resultaram de um mesmo contexto de militância política, ocorridos que foram poucos meses antes, ou seja, 'em época anterior e próxima a 09.02.1978', envolvendo, inclusive, alguns agentes do mesmo grupo. 7. Igualmente nesse caso (3ª condenação), não se apontam, com relação ao paciente, fatos concretos característicos de prática de terrorismo, ou de atentados contra a vida ou a liberdade das pessoas. 8. Diante de todas essas circunstâncias, não é o caso de o S.T.F. valer-se do § 3º do art. 77 do Estatuto dos Estrangeiros, para, mesmo admitindo tratar-se de crimes políticos, deferir a extradição. 9. O § 1º desse mesmo artigo (77) também não justifica, no caso, esse deferimento, pois é evidente a preponderância do caráter político dos delitos, em relação aos crimes comuns. 10. E a Corte tem levado em conta o critério da preponderância para afastar a extradição, ou seja, nos crimes preponderantemente políticos (RTJ 108/18; Extradição n. 412-DJ 08.03.85; e RTJ 132/62). 11. Com maior razão, hão de ser considerados crimes políticos, ao menos relativos, os praticados pelo extraditando, de muito menor gravidade que as de um dos precedentes, ainda que destinados à contestação da ordem econômica e social, quais sejam, o de participação simples em bando armado, o de roubo de armas, veículos e dinheiro, tudo com a mesma finalidade. 12. Uma vez reconhecida a prescrição, seja pela lei brasileira, (...) 13. Extradição indeferida. Plenário. Decisão unânime. (STF, Ext. 694, rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, j. 13.02.1997, *DJ* 22.08.1997).

60. STF, Ext. 855, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 26.08.2004, *DJ* 01.07.2005.

político do terrorismo o Min. Celso de Mello utilizou-se de recurso histórico, através do qual memorou que no período em que os crimes (atos terroristas, com a morte e o sequestro de pessoas cometidos por quadrilha armada) foram cometidos, quando "o General Augusto Pinochet não mais exercia a Chefia de Estado, a República do Chile já vivia, então, um momento de plena normalidade democrática."

Sobre os critérios para a exclusão do crime político, o Min. Sepúlveda Pertence destacou a importância da análise do caso concreto, assinalando a possibilidade de relativização dos §§ 1º a 3º do art. 77 da Lei 6.815/80 e entendendo que nem sempre a cláusula de atentado ilidirá o caráter político do crime. O Ministro exemplifica, dizendo que no caso de guerra civil a bomba colocada na em meio a civis não necessariamente configuraria ato de terrorismo. Desse modo, mais uma vez fica evidente que maior tolerância a violência será conferida conforme a existência de um conflito, noção que acaba sendo reforçada pelo recurso ao argumento histórico.

O Min. Celso de Mello, após descaracterizar como crime político os crimes atribuídos ao extraditando, afirmou que

> "mesmo que se configurassem a motivação e a natureza política dos crimes subjacentes ao pleito extradicional – o que se alega em caráter meramente argumentativo – ainda assim inexistiria obstáculo ao deferimento da extradição, tendo em vista a norma inscrita no art. 77, § 3º, do Estatuto do Estrangeiro (...)".

Portanto, nota-se que a vedação legal existente nos casos de extradição em relação ao terrorismo sobrepõe-se ao caráter eventualmente político do crime.

Na época dos julgados até então mencionados, não havia uma lei que tratasse especificamente o crime de terrorismo; todavia, essa circunstância não era óbice à concessão de extradição. O Supremo Tribunal Federal entendia que, quando o crime for passível de extradição e caracterizado como terrorismo, admitir-se-á que o responsável seja extraditado com fulcro na tipificação de tipos penais originários, como homicídio, lesão corporal, entre outros crimes do Código Penal e da legislação extravagante.[61]

61. Nesse sentido, vejamos o que entendeu o Min. Celso de Mello sobre o tema na Extradição 855. "As sentenças penais chilenas qualificaram os crimes de homicídio, de extorsão mediante seqüestro e de formação de quadrilha, cuja prática motivou a condenação imposta ao ora extraditando, como delitos de natureza 'terrorista', em face da legislação vigente na República do Chile (Lei 18.314/84). Tenho para mim que a discussão em torno da previsão, ou não, pelo ordenamento jurídico brasileiro, da figura penal concernente ao delito de práticas terroristas, revela-se de todo prescindível à resolução da presente ação extradicional. É que os delitos de homicídio, extorsão mediante seqüestro e de formação de quadrilha armada, independentemente de sua qualificação como delitos de índole terrorista, encontram plena correspondência típica no Código Penal Brasileiro (arts. 121, 158 e 288, parágrafo único), cabendo esclarecer que, pela legislação penal comum chilena, o delito de homicídio é também punível com a pena de prisão perpétua (art. 391, 1º), enquanto que os crimes de extorsão mediante seqüestro, sem morte da vítima (art. 533, § 2º e de formação de quadrilha (art. 293) comportam pena máxima de 20 (vinte) anos de prisão (art 56)."

Da análise dos casos é possível apontar que o critério reitor é a gravidade dos delitos, não sendo a atividade política suficiente para caracterizar o crime político; no entanto, a gravidade do delito pode ser ponderada (em favor do crime político) em caso de combate ou um contexto histórico que evidencie o perigo comum. Por fim, uma última variável seria a geração de danos a civis.

3.1.2. Crime político e crimes internacionais de razão política

Este item cuida de crimes internacionais de razão política, a exemplo de crimes contra a humanidade na modalidade de desaparecimento forçado, como poderia ser também o genocídio, quando tivesse razão política, ou mesmo o crime de guerra. O trabalho abrange mesmo as hipóteses em que esse não foi alegado ou analisado pelo STF no bojo da extradição. A razão para tanto se dá na possibilidade de se obter um maior número de casos, e critérios mais confiáveis justificam a inclusão de casos. Outra razão é que as próprias defesas deixaram de alegar o crime político para tais tipos de casos nos julgados mais recentes, conforme será demonstrado.

A Ext. 974[62], de 2009, trata do caso do extraditando Manuel Cordero Piacentini, major do exército uruguaio, que no bojo da operação Condor foi acusado pelo desaparecimento de Adalberto Fernandez, na Argentina, em 1976, e de associação ilícita, e, em aditamento, foi incluído o crime de subtração de menores. O Min. Marco Aurélio, relator vencido, caracterizava o crime como político e indeferia o pedido de extradição em razão da prescrição operada em relação a ambos os crimes – homicídio e sequestro – e da inexistência da dupla tipicidade entre o desaparecimento e o sequestro[63]. Os argumentos para tanto são de que o que teria ocorrido foi um homicídio, dado que a morte é reconhecida pelo Código Civil e pela Lei 9.140/95 – ambas leis de feitos civis – e que assim teria prescrito, dada a inexistência do desaparecimento forçado no ordenamento brasileiro. Destaque-se que o ministro reconheceu que a conduta teria sido cometida para que se evitasse colocar em risco a "segurança nacional" e o enquadrou como crime político, pois cometido por organização terrorista.[64] Contudo, o voto vencedor foi o do Min. Ricardo Lewandowski que, em razão da permanência do crime de sequestro, aduzia sua não prescrição, concedendo a extradição.

---

62. STF, Ext. 974, rel. p/ acórdão Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 06.08.2009, *DJ* 04.12.2009.

63. Vale esclarecer que apenas em 2014 o Brasil depositou, junto à Organização dos Estados Americanos – OEA, o instrumento de ratificação à Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, e que a Convenção entrou em vigor para a República Federativa do Brasil, no plano jurídico externo, em 5 de março de 2014.

64. O Ministro à época também demonstrou reconhecer que análise do caso impactaria de forma indireta a anistia brasileira. Logo, se deferida a extradição, implicaria a viabilidade de persecução penal. O ministro em nota aduzia que tivesse ocorrido o fato no Brasil seria impunível, tendo em conta a bilateralidade da anistia.

Na Ext. 1150[65], de 2011, na qual Norberto Raul Tozzo, major do exército argentino, teria tomado parte na morte de 12 pessoas e no desaparecimento de 4 outras em Santa Margarita Belém, em 1976, o plenário do STF decidiu pela procedência do pedido de extradição em razão do crime de sequestro. No caso, a relatora, Min. Cármen Lúcia, seguiu o entendimento prevalente na Ext. 974, tratando os crimes de homicídio como prescritos e o crime de sequestro qualificado como permanente, por não ter cessado a permanência, logo, passível de extradição. Quanto a análise da alegação de crime político, o entendimento foi no sentido de que o crime perpetrado é *principalmente* um crime comum, excluindo a mera existência de motivação[66] política como fato suficiente para a aplicação do crime político.

O Min. Marco Aurélio manteve o posicionamento e as razões apresentadas na extradição 974, referindo-se ao crime político em termos mais objetivos, ou seja, por se enquadrar num contexto histórico de conturbação política: "Na oportunidade, ressaltei que os atos envolvendo sangue teriam sido praticados na época em que jovens e adultos se mostravam inconformados com o regime de exceção. Enquadrei, por isso mesmo, os crimes praticados, de início, como crime políticos."

Entretanto, assim como no caso anterior, o Tribunal afastou a alegação de crime político com base na exclusão do sequestro como crime político prevista no Tratado de Extradição bilateral entre Brasil e Argentina, bem como do Mercosul. Nesse sentido, vale ressaltar que o argumento acerca das circunstâncias históricas, que é inclusive um critério para aferição do crime político no terrorismo, não foi prevalente.

A Ext. 1278,[67] de 2012, na qual Claudio Vallejos, militar do exército, é requerido pelo governo Argentino pelos crimes de tortura, homicídio, sequestro qualificado e desaparecimento forçado de pessoas. O pedido foi parcialmente deferido pela 2ª Turma em relação apenas ao sequestro, em razão da prescrição dos demais. Nela já não há mais alegação de criminalidade política por parte da defesa, embora o contexto e os crimes envolvidos sejam os mesmos, o que pode potencialmente indicar uma mudança na concepção dentro do que cabe no contexto do crime político. O relator, Min. Gilmar Mendes, não reconhece a dupla tipicidade do desaparecimento forçado, mas do sequestro, crime permanente, razão pela qual defere parcialmente o pedido, tendo sido integralmente acompanhado pelos demais ministros.

Do exame dos casos anteriores era possível perceber que os ministros vinham estabelecendo um entendimento segundo o qual a tutela da segurança nacional não era mais suficiente dentro do crime político. Além disso, o crime de sequestro, especificamente, bem como outros crimes eventualmente aventados em acordos de extradição, não são

65. STF, Ext. 1150, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 19.05.2011, *DJ* 17.06.2011.

66. Aqui empregada no sentido do que denominamos razão política, a fim de se destacar a motivação política permitida e não permitida no âmbito extradicional.

67. STF, Ext 1278, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., j. 18.09.2012, *DJe* 04.10.2012.

considerados crimes políticos em razão apenas da motivação política, revelando-se a insuficiência desta.

Na Ext. 1362[68], de 2016, sob relatoria originariamente do Min. Edson Facchin e, posteriormente, para acórdão, Min. Teori Zavascki, retorna-se à ditadura argentina e ao pedido de extradição pelos crimes de lesa-humanidade cometidos por Salvador Siciliano. O relator original concedia a extradição sob o argumento de não ser o crime político e não ter se operado a prescrição, valendo-se de jurisprudência anterior do Tribunal de que a conduta deve ser principalmente política, não sendo a razão suficiente. O ministro adiciona o argumento de que, inclusive nos termos do Acordo de Extradição dos Estados-Partes do Mercosul: "É preciso não olvidar que a presente extradição se fundamenta na prática, em tese, de *crime contra a humanidade, o que, na atuação internacional brasileira, não tem sido admitido como crime político*" (grifo nosso).[69]

Prevaleceu, contudo, o entendimento que, embora reconhecesse o caráter comum do crime, negava a extradição em razão extinção da punibilidade pela prescrição, que se operou: "porquanto (a) o Brasil não subscreveu a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, nem aderiu a ela; e (b) apenas lei interna pode dispor sobre prescritibilidade ou imprescritibilidade da pretensão estatal de punir".[70]

3.1.3. Considerações parciais sobre o crime político na extradição

Da análise supra é possível delimitar-se um conceito de terrorismo e outros crimes de razão política da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como antítese do crime político.[71] O primeiro elemento é o contexto histórico, as circunstâncias temporais do fato. Num contexto democrático, a tendência é que não haja tolerância à violência. Contudo, num contexto fora da normalidade democrática, seja de combate direto, seja de repressão, a tolerância é mais alta, ficando limitada pela atrocidade.

Atrocidade, contudo, é analisada numa relação de meio e fim pelo Tribunal, de modo que na hipótese de não ser o contexto de democracia, a tolerância à violência será expressa consoante a existência ou não de um embate, a criação de perigo comum e danos a civis. Caso estejam presentes tais elementos, o STF tende a entender pela despolitização do crime, que passa a ser considerado comum, podendo figurar como terrorismo ou qualquer outro crime internacional de razão política.

O requisito seguinte, adicionado ao contexto histórico, permite uma maior restrição à conduta de praticar (atos de) terrorismo, consistindo em tratar-se de crimes com

68. STF, Ext. 1362, rel. p/ acórdão Min. Teori Zavaski, Tribunal Pleno, j. 01.11.2016, *DJ* 27.08.2018.

69. P. 63 do acórdão.

70. P. 2 do acórdão.

71. BARBOSA, Renata da Silva Athayde; COSTA, Rodrigo de Souza. *A tutela constitucional do terrorismo no direito brasileiro*. Oslo: Mimeo, 2014.

violência ou grave ameaça à pessoa. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o requisito aparece como cláusula belga, segundo a qual só se exclui o caráter puramente político do crime e considera terrorismo a conduta que viole a vida ou a integridade física de alguém, bem como critério da preponderância.

De todos esses pressupostos extraídos da interpretação dada pelo STF ao crime de terrorismo, percebe-se que ele é o anverso do crime político, de modo que a proximidade entre os dois termina na medida em que se analisa cada um dos requisitos. Logo, o crime político é cometido em contexto de anormalidade democrática, em condutas predominantemente políticas, implicando nenhum ou reduzido grau de lesividade a civis, aqui interpretados como pessoas que não são parte do conflito. A motivação política presente no contexto da extradição passa pela oposição política ao Estado requerente, não tendo o Tribunal em nenhum dos mencionados casos considerado político o crime perpetrado pelos agentes do Estado em sua defesa. Assim, fica demonstrada a inexistência de uma perspectiva que englobe no que se considera motivação política o ideal de proteger o Estado. Afinal, do contrário, não se justificaria o pedido de extradição. Tal hipótese acaba se confirmando quando da análise dos crimes cometidos por agentes do Estado ou a serviço do Estado argentino[72] no contexto da ditadura argentina que, em nenhum dos casos, foi considerado crime político.

4. O crime político e a anistia: a proteção do indivíduo no tempo

No que se refere à anistia, o julgado do STF que merece destaque é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153, julgada em 2010[73], na qual a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) questiona o escopo de aplicação da Lei 6.683/79, requerendo uma interpretação conforme a Constituição da referida lei, por entender que no conceito de crimes políticos e conexos não poderiam estar abrangidos os crimes cometidos por agentes do Estado.

Desde já, vale destacar que o entendimento foi no sentido de manter a validade da norma, o que em última análise implicou o acolhimento dos votos que não analisavam o conceito de crime político. Qualquer questionamento quanto ao (des)acerto do entendimento adotado estaria fora da proposta deste trabalho[74], que pretende compreender e

72. As Extradições 974, 1150, 1278 e 1362.

73. STF, ADPF 153, rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 29.04.2010, *DJ* 06.08.2010.

74. Nesse sentido ver: WEICHERT, Marlon Alberto. Suprema Impunidade no julgamento da ADPF 153. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. TORELLY, Marcelo. Assessing a late truth commission: challenges and achievements of the Brazilian National Truth Commission. *International Journal of Transitional Justice*, v. 12, n. 2, p. 194-215, jul. 2018. SCHALLENMÜLLER, Christian Jecov. O discurso da "conciliação nacional" e a justiça de transição no Brasil. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas,

comparar o conceito de crime político que pode ser extraído do julgado. Dessa forma, os únicos votos que enfrentaram o mérito do crime político foram os votos divergentes, que serão tratados abaixo, dada a análise qualitativa que oferecem do crime político.

4.1. É possível alguma sistematização? Os votos que tratam do crime político

O Min. Ricardo Lewandowski traça seu entendimento acerca do mérito no sentido de romper com a tradicional lógica de bilateralidade de um acordo "celebrado não se sabe ao certo por quem", na medida em que as emendas propostas para explicitamente incluir ou excluir os agentes de Estado eram sempre rejeitadas[75]. Ao passar a análise da especificamente da conexão, o ministro reforça a importância de se ater à vontade da lei e não do legislador.

A conexão pode figurar como conexão material (conforme art. 69 e 70 CP); intersubjetiva por simultaneidade (art. 76, I, 1ª parte, do CPP), por concurso (art. 76, I, 2ª parte, do CPP), intersubjetiva por reciprocidade (art. 76, I, 3ª parte, do CPP); objetiva (art. 76, II, do CPP); ou probatória (art. 76, III, do CPP). De todas elas, apenas a conexão probatória e por reciprocidade poderiam ser depreendidas da lei de anistia, tendo em vista que as demais demandam uma unidade de desígnios ou condutas entre os agentes. Essas duas, afinal, também não servem a anistia, dada sua natureza processual.[76] O ministro bem sintetiza:

> "Destarte, embora o legislador de 1979 tenha pretendido caracterizar, para o efeito da anistia, a conexão material entre ilícitos de natureza distinta praticado por pessoas diferentes e em circunstâncias diversas, com o objetivo de ensejar a absorção das condutas delituosas comuns pelos crimes políticos, não é difícil constatar que tal desiderato, ao menos do ponto de vista técnico-jurídico não logrou ser bem sucedido."[77]

Desse modo, fica demonstrada a inexistência, sob o ponto de vista técnico, de conexão material, tendo em vista a ausência de finalidade, causalidade necessária ou ocasionalidade entre os crimes políticos e os crimes comuns conexos. Descartou-se, assim, a possibilidade de conexão.

Complementando com os casos de temática semelhante acerca da extradição, os crimes políticos relativos são diferenciados dos crimes comuns que não recebem qualquer tratamento benéfico por dois critérios: a atrocidades dos meios e a preponderância. Para o Ministro esses critérios deveriam ser extensíveis ao delito de natureza política ou

USP, São Paulo, 2015. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-10122015-155400/publico/2015_ChristianJecovSchallenmuller_VOrig.pdf].

75. V. item 3 do voto.

76. V. item 4 do voto.

77. V. p. 14 do voto.

motivação política referido na lei de anistia.[78] O voto, portanto, evidencia uma questão presente somente no crime político na anistia: a inexistência de critério limitador. Assim, enquanto na extradição existem teorias que dividem o crime comum e o crime político, bem como critérios legais que assinalam condutas que devem ficar excluídas; na anistia não há limitação, exceto a criada no § 2º do artigo 1º da Lei de Anistia.

Nesse sentido, não obstante as inúmeras diferenças entre os institutos da anistia e da extradição, um ponto em comum existe entre eles. Uma das características do crime político, seja na extradição, seja na anistia, é que sua análise, para que funcione como forma de proteção do indivíduo, deve, no primeiro caso, ser feita de outro lugar (pela jurisdição de outro país que não o que acusa do crime) e, no segundo, de outro tempo (pela jurisdição de outro tempo que não o que se realizou o crime político), sob pena de, do contrário, aplicar-se a mesma visão autoritária do modelo de Estado acusador. Dessa forma, para que seja mantido o aspecto de tutela do indivíduo diante do poder do Estado, o conceito de crime político deve ser compreendido à luz do entendimento aplicado pelo outro espaço ou pelo outro tempo, não do contrário. Sob pena de se manter a visão autoritária conferida naquelas circunstâncias.

Logo, crime com motivação política que enseja a concessão da extradição, o faz pois, embora ocorrido contra outro Estado que não o requerido, dada suas circunstâncias de gravidade e preponderância, atinge de maneira reflexa o Estado requerido, justificando a concessão da extradição, afinal o crime é (preponderantemente) comum – e não político, independentemente de sua motivação. Da mesma forma, sob uma diferente análise – de tempo e não de espaço como na extradição –, o crime que não é político também independentemente de sua motivação, não deve ser anistiado, é um crime que a qualquer tempo é grave e preponderantemente comum a qualquer ordenamento, seja do de 1969 seja o pós-1988.

A questão se torna oferecer parâmetros próprios da anistia e da Transição que sirvam de interpretação e limitação ao crime político. O ponto comum entre Direito Penal doméstico, Direito Penal Internacional e as Cortes de Direitos humanos[79] é a não aceitação de anistia a um rol de crimes graves, ainda que politicamente motivados, qualquer que seja a denominação: lesa-humanidade, crime contra humanidade, homicídio qualificado[80], por exemplo. Essa solução proposta é diversa da adotada pelo ministro ao dar parcial provimento ao pedido a fim de aplicar critérios de preponderância e atrocidade a fim de possibilitar a juízes excluir com base no caso concreto o crime político ou conexo do âmbito da anistia.

78. Quanto ao art. 8º do ADCT, o Ministro demonstra a diferença entre os sujeitos almejados por ele e pela anistia da Lei 6.683, de 1979, parecendo ser voltado para efeitos civis e administrativos.

79. O ministro no item 7 de seu voto reconhece a jurisprudência da CtIDH, sem referir-se, no entanto, à jurisprudência sobre anistia, apenas quanto ao dever de investigar violações de direitos humanos.

80. Vale ressaltar existindo no ordenamento jurídico pátrio, inclusive a categoria de crimes hediondos.

O segundo voto divergente, do Min. Ayres Britto, compartilhando o entendimento do Min. Lewandowski no sentido de que crimes hediondos e equiparados não foram incluídos no núcleo da lei, pois certos crimes "são pela sua própria natureza absolutamente incompatíveis com qualquer ideia de criminalidade política pura ou por conexão."[81] Tal noção vai ao encontro do que já defendido aqui, inclusive em termos de extradição.

Em seu voto, o ministro destaca que algumas das condutas eram contrárias mesmo ao ordenamento jurídico estabelecido pelas Forças Armadas quando da tomada de poder em 1964[82]. Em seguida, questiona-se se anistia foi de fato ampla, geral e irrestrita não havendo negociação nem explicitação da bilateralidade no texto, pelo contrário, em textos posteriores, como a Emenda 26 e o ADCT, não fazem menção expressa ou implícita a essa possibilidade.[83] Por fim, o Min. Ayres Britto entende pela interpretação conforme a Constituição a fim de excluir interpretação que inclua crimes previstos no art. 5º, XLIII, da Constituição, portanto, crimes hediondos e equiparados da redação da lei de anistia.

Assim, pode-se perceber que apenas os ministros que divergem analisam propriamente o conceito de crime político ultrapassando preliminares históricas. A incoerência técnica da ideia de conexão, seja com o direito extradicional, seja com o direito penal, ou ainda com os direitos humanos fica evidente. Nesse sentido, ao adequar o crime político (e a anistia) aos fatos esvazia-se a noção de Estado de Direito, que regula e limita a discricionariedade típica da política. Busca-se com o trabalho estabelecer-se e fortalecer um paradigma normativo, e não de preponderância da política e do decisionismo. Qualquer significado pertinente a este último âmbito arrisca reforçar o autoritarismo vigente à época.

Dos dois votos, que são convergentes com o que se veio demonstrando neste trabalho, extrai-se que existem crimes que não podem fazer parte de uma interpretação baseada

81. V. p. 5 do voto.

82. Nesse sentido, acompanha-se Christian Jecov que questiona a visão de que a política de violência contra os opositores não ser institucionalizada, conforme deixa a entender o ministro. "Descuidava-se, assim, de conhecimento histórico razoavelmente consensual pelas pesquisas acadêmicas e mesmo por publicações do governo brasileiro, especialmente *Direito à memória e à verdade*, a respeito da coordenação, pelo próprio governo militar e pela cúpula das forças de segurança, da prática de crimes associados ao empreendimento repressivo. Especialmente a tortura era notadamente realizada mediante determinações do alto escalão militar, ainda que à revelia da legislação da época. É possível que o ministro tenha se valido de tal argumentação para escapar à alegação de que, tendo sido resultado de uma ação organizada pelos órgãos de segurança e pelo governo, tais crimes poderiam ser considerados como crimes políticos, e portanto abrangidos pelos benefícios da lei qualquer que fosse a concepção sobre os 'crimes conexos'" (SCHALLENMÜLLER , op. cit., p. 140).

83. Outra noção relevante indiretamente ligada à matéria em questão é a Emenda Constitucional 26, de 1985, que convoca a Assembleia Constituinte e em seu artigo 4º tratada da anistia, concedendo-a aos sujeitos que " foram punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares". Na argumentação do ministro, as pessoas a serviço da exceção que cometeram os crimes graves não foram sujeito do artigo 4º, o que é reforçado pelos arts. 8º e 9º no ADCT.

na Constituição de 1988 por incluir crimes absolutamente graves, em qualquer tempo e espaço. Os critérios para a diferenciação variam; Lewandowski baseia-se na extradição, enquanto Ayres Britto baseia-se na Lei de Crimes Hediondos. Ambos atestam a inexistência de um elemento de anterioridade, tendo em vista que não existe surpresa na proibição de determinadas condutas.

4.2. O crime político depois da ADPF 153

A questão, entretanto, encontra-se pendente de uma análise final, pois a OAB recorreu da decisão por embargos de declaração sob o argumento da ausência de enfrentamento da "premissa de que os criminosos políticos anistiados agiram contra o Estado e a ordem política vigente, ao passo que os outros atuaram em nome do Estado e pela manutenção da ordem política em vigor" pelo Tribunal. O relator, Min. Luis Fux, levou o julgamento para a pauta em 2012, no entanto, esse foi adiado a pedido da própria OAB.[84] Assim, o recurso ainda se encontra pendente.

Embora no âmbito do direito penal brasileiro tenha vigorado o entendimento acerca da legitimidade da anistia concedida, é necessário pontuar que no que toca ao âmbito internacional, existem questionamentos a esse respeito, inclusive por parte das Cortes de Direitos Humanos. O Brasil foi condenado duas vezes pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos Gomes Lund[85] e Vladimir Herzog[86], que nesse último caso qualificou a conduta sistemática e abrangente do Estado como crime contra a humanidade. Assim, incoerente com a tutela oferecida pelo Estado através da anistia.

Tal jurisprudência levou, inclusive, ao ajuizamento da ADPF 320, em 2014, que objetiva levar o STF a reconhecer o efeito vinculante da referida decisão e requer que seja declarada inaplicável a lei de anistia às graves violações de direitos humanos cometidas por agentes públicos militares ou civis. Explicitamente a ADPF pede a exclusão de crimes

84. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=203265]. Acesso em: 20.07.2019.

85. No caso Gomes Lund e outros *vs.* Brasil, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu, em 2008, que o Brasil deveria ser condenado, em razão de ter concedido anistia através da Lei 6.683/79 – e consequentemente não investigado – os responsáveis por crimes de desaparecimento forcado e homicídio cometidos durante a guerrilha do Araguaia. V. [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf]. Acesso em: 11.03.2019.

86. No caso Herzog e outros *vs.* Brasil, a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou o Estado brasileiro como responsável pela falta de investigação, de julgamento e de punição dos responsáveis pela tortura e pelo assassinato do jornalista Vladimir Herzog, mais uma vez, resultante a concessão de anistia pela Lei 6.683/79. V. [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf]. Acesso em: 11.03.2019.

continuados ou permanentes, não obstante a expiração da Lei de Anistia na data de sua edição.[87]

No âmbito da Direito Penal Internacional, o Estatuto de Roma, desde seu preâmbulo nos parágrafos 4 a 6, estabelece o dever dos Estados de punir os crimes internacionais e, embora tais dispositivos não criem obrigações legais, a inércia em agir a respeito de crimes cometidos por seus nacionais ou sem seu território poderia levar à persecução penal pelo tribunal, já que anistias não vinculam o Tribunal Penal Internacional, nem sua Procuradoria. [88] Com a assinatura e a ratificação do Estatuto de Roma, bem como de tantos outros tratados ligados ao terrorismo e a edição da Lei 13.260, de 2016, o Estado brasileiro demonstra a gravidade atribuída a tais condutas.

Assim, no âmbito da anistia, o conceito de crime político adotado pela lei brasileira está em desconformidade com todo arcabouço normativo que a envolve, uma vez que nos termos da redação da lei e da interpretação conferida pelo STF, a motivação política engloba os crimes cometidos para proteger a segurança nacional do Estado brasileiro, um conceito instrumentalizável. Conforme demonstrado, o conceito contemporâneo de crime político no contexto de anistia deve estar ligado à manutenção do Estado Democrático de Direito. Se cometido no ímpeto de oposição a um modelo de Estado que não o privilegie, pode abranger inúmeras condutas que deverão ser ponderadas quanto ao grau de violência de acordo, o contexto histórico, com o caso concreto, bem como as limitações resultantes dos tratados e leis que compõem o ordenamento brasileiro.

5. Há correspondência? Considerações finais

Observa-se que ao contrastar o conceito de crime político extraído da jurisprudência referente à extradição e à anistia algumas semelhanças e diferenças tornam-se evidentes. Como semelhança, é possível apontar que em ambos os institutos o objetivo é proteger o direito de oposição do indivíduo diante do poder de punir do Estado. O elemento que na extradição oferece essa tutela é o fato de a delimitação do conceito de crime político se

87. "O PSOL pede que o Supremo determine a todos os órgãos do Estado Brasileiro o cumprimento da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Requer, ainda, que fixe data para a realização de audiência pública, a fim de que sejam ouvidas declarações de pessoas com experiência e autoridade na matéria." Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=267078]. Acesso em: 20.07.2019.

88. Nesse sentido, parte do fundamento para o estabelecimento do Tribunal de Serra Leão foi o não reconhecimento da auto-anistia concedida. Principalmente em hipóteses em que a anistia funcione como uma proteção à responsabilidade penal individual. No entanto, a procuradoria tem usado como critério o interesse de justiça na persecução, artigo 53, 2, c, do Estatuto de Roma. CRYER, Robert et al. *An introduction to international criminal law and procedure*. 3. ed. Cambridge: Cambridge Press, 2014. p. 572. V. BASSIOUNI, Cherif. *Introduction to International Criminal Law*. 2. ed. Leiden: Brill; Nijhoff, 2012. *E-book*. p. 972.

dar por outro Estado, que não o que sofreu a conduta. Já na anistia o Estado é o mesmo, tendo em vista que se opera no âmbito doméstico, assim, o que proporciona a proteção ao indivíduo que comete o crime político é o deslocamento da avaliação acerca de seu conceito no tempo, seja com o passar do tempo, seja com outro modelo de regime político. Fora dessas hipóteses, o conceito de crime político opera como modo de perpetuação do autoritarismo que leva o Estado a não permitir os cidadão a se expressarem livre e politicamente.

Tanto na anistia quanto na extradição, a dificuldade se apresenta nas hipóteses em que a conduta politicamente motivada apresenta violência. Enquanto na extradição existe não só um arcabouço teórico que propicia distinções, na prática, o STF usava tais critérios para distinguir, aplicando também critérios como o contexto histórico da conduta, se atingia a civis, bem como a ligação entre nível de violência empregado e o fim almejado. Na anistia, não só não houve desenvolvimento de um arcabouço teórico, como também, na prática, o entendimento esposado na ADPF 153 não proporciona critério ou sistematização, vez que ficaram vencidos os ministros que tratavam do tema ainda que de forma assistemática.

O arcabouço teórico dos dois institutos, tal como figura até os dias hoje, trata o crime político na anistia e na extradição de formas diversas, como conceitos distintos. Em verdade, a inexistência de correspondência e sistematização entre os dois torna-se ainda mais problemática na medida em que perpetua a discricionariedade contida na ideia de crime político na anistia.

A proposta feita por este artigo é que, uma vez demonstrada a semelhança entre a aplicação dos institutos, sejam estendidos os critérios usados na análise do crime político na extradição para a sua aplicação na anistia. Embora a análise do caso concreto seja imprescindível em ambas as hipóteses, as limitações quanto a condutas que não devem ser consideradas crimes políticos também deve se estender – figurando também como proteção do indivíduo em relação à discricionariedade do Estado.

6. Referências

BARROSO, Luís Roberto. A superação da ideologia de segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o estado democrático de direito. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 2, n. 9, p. 71-79, 2003.

BASSIOUNI, Cherif. Ideologically motivated offenses and the political offenses exception in extradition – A proposed juridical standard for an unruly problem. *De Paul Law Review.*, v. XIX, n. 2, 1969.

BASSIOUNI, Cherif. *Introduction to international criminal law*. 2. ed. Leiden: Brill/Nijhoff, 2012. *E-book*.

BASTOS, Lúcia Elena Arantes Ferreira. *Anistia*: leis internacionais e o caso brasileiro. Curitiba: Juruá, 2009.

BILLOT, A. *Traite de l'extradition*. Paris: E. Plon et cie, 1874.

COSTA, Miguel João. *Extradition Law*: reviewing grounds for refusal from the classic paradigm to mutual recognition and beyond. Dissertation – Faculty of Law, Maastricht University, 2018.

CRYER, Robert et al. *An introduction to international criminal law and procedure*. 3. ed. Cambridge: Cambridge Press, 2014.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JR., Lauro Joppert. *Justiça de transição no Brasil*: direito, responsabilização e verdade. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRAGOSO, Heleno. *Terrorismo e criminalidade política*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GILBERT, Geoff. *Responding to international crime*. Leiden: Brill Nijhoff, 2006.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 1.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito penal:* volume único. Rio de Janeiro: Gen, 2018. *E-book*.

JIMÉNEZ ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. 4. ed. Buenos Aires: 1963. t. III.

KEHL, Jones Mariel.Crime de terrorismo e crime político: definições, aproximações e distinções. IN: Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. V.4 n.2, 2018MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MENDES, Erika; PRADO, Luiz Regis. *Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual*. Disponível em: [http://professorluizregisprado.com/Artigos/Delito%20pol%C3%ADtico%20e%20terrorismo.pdf]. Acesso em: 20.07.2019.

MOLL, Leandro de Oliveira. O terrorismo no direito brasileiro: análise à luz da obrigação internacional de repressão do crime de terrorismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 80, v. 20, p. 375-415, jul.-set. 2012.

QUINTANO RIPOLLES, Antonio. *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*. Madrid: Instituto de Investigaciones Francisco Vitoria, 1957. t. III.

SCHALLENMÜLLER, Christian Jecov. *O discurso da "conciliação nacional" e a justiça de transição no Brasil*. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, USP, São Paulo, 2015. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-10122015-155400/publico/2015_ChristianJecovSchallenmuller_VOrig.pdf].

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *As novas tendências do direito extradicional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Extradition in South America. The case of Brazil. *ERA Forum*, v. 19, n. 3, p. 313-337, 2018.

SOUZA, Artur; JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *Direito penal*: volume único. Rio de Janeiro: Gen Método, 2018. *E-book*.

TORELLY, Marcelo. Assessing a late truth commission: challenges and achievements of the Brazilian National Truth Commission. *International Journal of Transitional Justice*, v. 12, n. 2, p. 194-215, jul. 2018.

TURK, Austin. *Political criminality*: the defiance and defense of authority. California: Sage, 1982.

VAN DEN WYNGAERT, Christine; DUGGARD, John. Reconciling extradition with human rights. *American Journal of International Law*, v. 92, n. 2, p. 187-212, abr. 1998.

WEEBER, Stanley; ROEBUCK, Julian. *Political crime in the United States:* analyzing crime by and against the government. New York: Praeger Publishers, 1978.

WEICHERT, Marlon Alberto. Suprema Impunidade no julgamento da ADPF 153. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

WYNGAERT, Christine Van den. *The political offence exception to extradition*: the delicate problem of balancing the rights of the individual and the international public order. Deventer: Kluwer, 1981.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Asilo político, refúgio e extradição, de Tatiana Waisberg – *RDCI* 86/381-400 (DTR\2014\959); e
- O crime político e a justiça federal, de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho – *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 2/1335-1348 (DTR\2012\744).

Ocultar o oculto: apontamentos sobre a lavagem de dinheiro em tempos de criptomoedas

Hiding the occult: notes on money laundering in times of cryptocurrency

Renato de Mello Jorge Silveira

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo.
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-7657-8907
rmjs@usp.br

Beatriz Corrêa Camargo

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Pesquisadora visitante na Universidade de Halle e na Universidade Humboldt em Berlin.
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8080-0662
beatrizcamargo@ufu.br

Autores convidados

Áreas do Direito: Penal; Financeiro e Econômico; Digital

Resumo: O presente artigo oferece um estudo sobre a maneira pela qual o advento das criptomoedas gera um ponto de tensão sobre a lógica internacional da criminalização da lavagem de dinheiro, paulatinamente estabelecida desde os anos 1980. Nesse sentido, apresenta-se, no caso particular do Brasil, as possibilidades e os limites de responsabilização penal, por lavagem, de diversos atores envolvidos no ambiente virtual dos criptoativos. Por fim, são tecidas algumas reflexões sobre as atuais tendências de ampliação dos padrões internacionais antilavagem para novos agentes e novas tecnologias do sistema financeiro e monetário virtual. Com isso, pretende-se fornecer subsídios tanto para a aplicação dos crimes da Lei 9.613/98 como, ainda, para o rumo dos projetos legislativos atualmente em curso nessa matéria.

Abstract: This article analyses how the advent of cryptocurrency tensions the international scope of money laundering criminalization, gradually established since the 1980s. In this sense, it presents, in the particular case of Brazil, the possibilities and limits of punishment, for money laundering, of several actors involved in the ecosystem of cryptocurrencies. Finally, some reflections are made on the trends of expansion of the international anti-washing standards into new agents and new technologies of the financial and monetary virtual system. This study provides subsidies both for the application of the Brazilian Anti-money-laundering law (Lei 9,613/98), as well as for current draft bills in this matter.

Silveira, Renato de Mello Jorge; Camargo, Beatriz Corrêa. Ocultar o oculto: apontamentos sobre a lavagem de dinheiro em tempos de criptomoedas.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 175. ano 29. p. 145-187. São Paulo: Ed. RT, janeiro/2021.

Palavras-chave: Criptomoedas – Criptoativos – Bitcoin – Moedas virtuais – Lavagem de dinheiro – GAFI.

Keywords: Cryptocurrencies – Crypto assets – Virtual assets – Bitcoin – Money laundering – FATF.

Sumário: Introdução. 1. A criminalização da lavagem de dinheiro e o controle de informações na era dos criptoativos. 1.1. A ordem econômica como referência penal. 1.2. A ocultação e dissimulação como problema de fundo. 2. A lavagem de dinheiro e o paradigma preventivo da transparência. 2.1. O ocultar e a noção consumativa no contexto da lavagem. 2.2. O sigilo bancário e suas oposições. 2.3. A transparência como fator preventivo à lavagem e a opacidade como fator de reprovação. 2.4. A inovação das criptomoedas e sua percepção penal. 3. Novas possibilidades de lavagem de dinheiro em um mundo virtual. 3.1. Regulação, princípio da confiança e risco no ambiente de criptomoedas como fatores inerentes à tipificação da conduta. 3.2. Lavagem de dinheiro por parte do usuário de criptomoedas. 3.2.1. Aquisição, por usuário do sistema de criptomoedas, de valores ilicitamente obtidos por outrem. 3.2.2. Aquisição de criptomoedas com dinheiro de origem ilícita: a autolavagem. 3.2.3. A integração das criptomoedas. 3.3. Lavagem de dinheiro por parte dos responsáveis das exchanges. 3.4. Ampliando a análise: provedor de serviços de ativos virtuais (virtual assets service providers – VASPs) e neutralidade tecnológica nas Recomendações do GAFI (GAFI/FATF). Conclusões. Bibliografia.

Introdução

Pode-se dizer que, no final dos anos 1990, um dos grandes temas de debate, no plano internacional, se fincava na questão da criminalização da lavagem de dinheiro. Falava-se, então, sobre a questão do bem jurídico protegido, sobre a definição dos crimes antecedentes e, não raro, sobre a própria noção do elemento subjetivo constitutivo do delito. Mesmo sem resolução ideal de tantas dúvidas, sedimentou-se, genericamente, a noção de importância desse tipo penal. Muita coisa mudou em alguns poucos anos. Por outro lado, trata-se de temas para sempre voltar à voga. E isso, por algumas razões. O avanço tecnológico da humanidade faz com que, não raro, passe-se a afirmar, com cada vez maior frequência, que se está a enfrentar novidades nunca antes imaginadas. Semelhante frase de efeito é, sem dúvida, aplicável ao universo das criptomoedas.

De algo absolutamente restrito a um pequeno grupo de iniciados, passando a curiosidade tecnológica para alguns, a campo de maus feitos a outros, até o ponto de se tornar coqueluche do mercado de investimentos alternativos a outros tantos, o percurso das criptomoedas rende diversos estudos, mesmo no Brasil. A questão, enfim, é, sob alguma óptica, bastante sedutora, chegando, em algum momento, a ser tachada de novas percepções em torno do que se poderia chamar de "criptocrime".

Nesse sentido, vários são os momentos de compreensão acerca das criptomoedas. Em um primeiro estágio do estudo, muitos se debruçaram sobre a própria noção do que vem

a ser as criptomoedas. Elas, por assim dizer, guardam, no que toca à tecnologia, dificuldades particulares. Não são, de modo algum, tema fácil. De todo modo, a partir dessa percepção há de se imaginar as imbricações desse novo horizonte da modernidade em sede criminal, algo que, isoladamente, já induz a discussões de diversas naturezas. A doutrina e a jurisprudência, mundo afora, debruçam-se com tenor sobre tais campos, principalmente depois de casos emblemáticos que, ainda no alvorecer das criptomoedas, chegaram a abalar sua própria confiança.

Por derradeiro, chega-se à preocupação penal econômica sobre as criptomoedas, e, nesse sentido, também à lavagem de dinheiro. Perfazendo o que aqui se denominará de trilema penal econômico, tem-se que, tendencialmente, o campo de preocupação penal com as criptomoedas acaba por fincar-se, particularmente no Brasil, em três esferas distintas de tratamento. Tratam-se, aqui, das questões relativas à sonegação fiscal, evasão de divisas e, principalmente, lavagem de dinheiro. Com efeito, esta última apresenta-se como um dos temas mais sensíveis desse trilema e ponto crucial de intersecção dogmática.

Assim, é sobretudo nesse ponto que se fazem surgir inúmeros questionamentos quanto ao uso da nova tecnologia. Atualmente, quando se menciona a questão das criptomoedas, e seu potencial lado criminoso, de pronto se faz alusão à potencial situação de lavagem de dinheiro. Há diversas explicações para esse tipo de aproximação. Particular menção cabe ao escândalo da *Silkroad*, em que um dos maiores veículos para comercialização de drogas na internet utilizava bitcoins em suas transações. Em verdade, esse feito foi responsável por trazer grande mácula às negociações virtuais. Mas não só. Sem ingresso em maiores aprofundamentos, cabe lembrar que recentemente o presidente norte-americano Donald Trump, além de mencionar que criptomoedas não seriam dinheiro, teceu acusações no sentido de que elas facilitariam a prática de lavagem. No Brasil, já se menciona que organizações criminosas, como o Primeiro Comando da Capital (PCC), começam a agir nesse espaço amostral. Por fim, é fonte de preocupações a simples possibilidade de sua utilidade para um escamoteamento da corrupção, ainda tão presente no país.

Dessa forma, o escopo do presente estudo é oferecer, num primeiro momento, uma discussão sobre como o impacto das criptomoedas está a tensionar a lógica da lavagem de dinheiro, perquirindo antigas e novas questões que ocupam o Direito Penal Econômico. Em um segundo momento, se passa para a análise da conduta delitiva tanto do ponto de vista das chamadas *exchanges*, que fazem a custódia de carteiras digitais e prestam serviços de câmbio entre as moedas virtuais e as fiduciárias, como, também, dos simples detentores de criptomoedas. O cuidado, desde logo, é o de se evitar a tentação da criminalização das criptomoedas em si mesmas. Nesse tocante, objetiva-se, apenas, delinear as possibilidades de incriminação no direito pátrio, a partir dos parâmetros já estabelecidos para a punição da lavagem de dinheiro. Ao final, serão tecidas algumas reflexões sobre as atuais tendências de ampliação dos padrões internacionais antilavagem para novos agentes e novas tecnologias no sistema financeiro e monetário virtual. Com isso,

pretende-se oferecer subsídios não apenas para a discussão sobre a interpretação e a aplicação dos crimes da Lei 9.613/98, como, ainda, tangenciar uma avaliação sobre o rumo das propostas de lei atualmente em curso nessa matéria.

1. A criminalização da lavagem de dinheiro e o controle de informações na era dos criptoativos

A relação entre a lavagem de dinheiro e o uso de criptomoedas não é, nem se mostra, simples, e apresenta, sim, múltiplos desafios. De um lado, tem-se que, internacionalmente, a criminalização da lavagem de dinheiro foi um marco diferencial no Direito Penal. Por outro lado, as criptomoedas também se mostram como algo absolutamente inovador. Trata-se, em verdade, de uma das tecnologias mais revolucionárias dos últimos tempos, que impacta no sistema bancário, econômico, em investimentos e, também, em termos de quebra de paradigmas preventivos à lavagem de dinheiro.[1] O problema das criptomoedas, enfim, é um dos temas do dia, também sob perspectivas penais,[2] principalmente quando se imagina sua imbricação com o instituto da lavagem de dinheiro.

As criptomoedas, das quais a bitcoin é a mais conhecida, são modalidade de ativos virtuais (criptoativos), descentralizadas com desenvolvimento significativo a partir de 2009.[3] No Brasil, através da Instrução Normativa 1.888, de 03.05.2019 (IN 1.888/2019), da Receita Federal, passou-se a entender, normativamente, que criptoativo seria a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente

1. Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi, 2015. p. 94 e ss.

2. Cf., entre otros, GRZYWOTZ, Johanna. *Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche*. Berlin: Duncker & Humblot, 2019. p. 25 e ss. LEONE, Federico; PARISELLA, Simone. La blockchain, il protocolo e le criptovalute. In: RAZZANTE, Ranieri. *Bitcoin e criptovalute*: profili fiscal, giuridici e finanziari. Satarcangelo di Romagna, 2018. p. 9 e ss. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 269. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. "Criptocrime": considerações penais econômicas sobre criptomoedas e criptoativos. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, São Paulo, v. 1, p. 79-100, jan.-mar. 2020. SOUZA, Arthur de Brito Gueiros; COELHO, Cecília Choeri da Silva. Questões atuais na prevenção da lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 165, p. 41-69, mar. 2020. TELLES, Christiana Mariani da Silva. *Sistema bitcoin, lavagem de dinheiro e regulação*. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2018. p. 62.

3. Cf. GRUPENMACHER, Giovana Treiger. *As plataformas de negociação de criptoativos*: uma análise comparativa com as atividades das corretoras e da Bolsa sob a perspectiva da proteção do investidor e da prevenção à lavagem de dinheiro. Dissertação (Mestrado) –Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019. p. 42 e ss. SICIGNANO, Gaspare Jucan. *Bitcoin e riciclaggio*. Torino: G. Giappichelli, 2019. p. 23 e ss. TELLES, Christina Mariani da Silva. Op. cit., p. 16 e ss.

com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal (art. 5º, I).[4] Rapidamente, tomou dimensões significativas, e está a alterar inúmeras percepções até então vistas como sólidas.[5]

Acompanhando as preocupações, vê-se, recente, grande proliferação de propostas de textos penais sobre a questão, tanto na Europa como, também, no Brasil.[6] Entretanto, existem inúmeras particularidades da lei nacional que devem ser tidas em conta com o objetivo de verificar sob quais condições a utilização de criptomoedas, em geral, e em relação a bitcoin, em particular, pode ser vista como criminosa no que diz respeito à lavagem de dinheiro. Deve-se, desde logo, apontar ao fato de que criptomoedas, em si, não são criminosas, e não se deve confundir aqueles que as utilizam como se criminosas fossem. O propósito deste artigo é, justamente, desmitificar a questão, estabelecendo, assim, limites e contenções à possíveis indiscriminadas incriminações, e nada mais.

Desde logo, tenha-se em conta que a lei brasileira, Lei 9.613, de 03.03.1998, com as alterações da Lei 12.683, de 09.07.2012, estabelece, como crime, o fato de ocultar ou dissimular a natureza, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Tem-se, pois, para o crime de lavagem de dinheiro, a necessidade de delito antecedente gerador dos bens, direitos ou valores a serem ocultos ou dissimulados, colocando-se, a partir disso, a questão acerca de como a dissimulação ou ocultação desses bens, direitos ou valores, pode ser feita por meio de criptomoedas. Entretanto, antes de ocuparmo-nos desse ponto em particular, cabem, previamente, algumas considerações essenciais a respeito de como a realidade das criptomoedas se apresenta diante do quadro atualmente posto para a criminalização da lavagem de dinheiro.

---

4. Cf., sobre o conceito de criptomoedas, MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. Bitcoin e lavagem de dinheiro: como as criptomoedas podem revolucionar o crime de lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 163, p. 265-309, jan. 2020. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Bitcoin e suas fronteiras penais*: em busca do marco penal das criptomoedas. São Paulo: D'Plácido, 2018. p. 94 e ss.

5. Cf. AMMOUS, Saifedean. *The bitcoin standard*: the decentralized alternative to central banking. Hoboken: Wiley, 2018. p. 168 e ss.

6. Cf. RAZZANTE, Ranieri. Il'utilizzo illecito delle monete virtual. In: RAZZANTE, Ranieri. *Bitcoin e criptovalute*: profili fiscal, giuridici e finanziari. Satarcangelo di Romagna, 2018. p. 63 e ss. MÜLLER, Lukas; REUTLINGER, Milena; KAISER, Philippe. Entwicklungen in der Regulierung von virtuellen Währungen in der Schweiz und der Europäischen Union. *Zeitschrift für Europarecht*, v. 20, maio 2018. p. 80 e ss. TELLES, Christiana Mariani da Silva. *Sistema bitcoin, lavagem de dinheiro e regulação*. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2018. p. 80 e ss.

1.1. A ordem econômica como referência penal

O problema penal da lavagem de dinheiro é fruto, em parte, das considerações acerca de uma significativa economicização do Direito Penal.[7] Presente, de modo mais significativo, depois da queda do muro de Berlim, e com incentivos e impulsos vários de entidades como o G7, e de tantas outras instituições internacionais, a lavagem de dinheiro acabou por se mostrar como uma novidade que findou por verdadeiramente alterar várias molduras penais.[8]

Desde o início, no entanto, surgiram inúmeras dúvidas sobre a questão do bem jurídico tutelado e a própria legitimidade na nova construção penal.[9] Tais ponderações diziam respeito, também, à própria percepção do momento em que se fala de lavagem. Ainda hoje existe, aliás, alguma, senão muita, dúvida nesse sentido.[10] Não poucos autores chegam, assim, a sustentar que o bem jurídico estaria vinculado ao crime antecedente,[11] administração da Justiça,[12] ou, mesmo, ordem econômica.[13]

---

7. Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito*…, cit., p. 195 e ss. MACHADO, Maíra Machado. *Internacionalização do direito penal*: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena. São Paulo: Direito GV, 2004. p. 29 e ss. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Autorregulação, responsabilidade empresarial e criminal compliance. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance*, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 37 e ss.

8. Cf. SCHRERRER, Amandine. *G8 against Transnational Organized Crime*. Burlington, 2008. p. 7 e ss.

9. Acerca dessas incertezas em âmbito internacional, já reportava VOGEL, Joachim. Geldwäsche - ein europaweit harmonisierter Straftatbestand? *ZStW*, v. 109, 1997. p. 330 e ss.

10. BUSTOS RUBIO, Miguel. Del "blanqueo del blanqueo" a la libertad de competencia: la sempiterna cuestión del bien jurídico en el delito de blanqueo de capitales. In: BUSTOS RUBIO, Miguel; RODRÍGUES ALMIRÓN, Francisco (Dir.). *El sistema socieconómico desde el prisma del derecho penal y la criminología*. Pamplona: Aranzadi, 2020. p. 34 e ss. HERZOG, Felix. Geldwäsche. In: ACHENBACH, Hans; RANSIEK, Andreas; RÖNNAU, Thomas (org). *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*. 5. Aufl. Heidelberg: Müller, 2019, § 13 nm. 77. MACHADO, Tomás Grings. Deve o crime de lavagem de dinheiro proteger bens jurídico-penais? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 167, maio 2020. p. 192 e ss.

11. A respeito dessa visão, ALTENHAIN, Karsten. Kommentare zum § 261 StGB. In: KINDHÄUSER, Urs et al. (Org.) *Nomos Kommentar zum StGB*. 5. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2017, § 261 nm. 10. SCHMIDT, Wilhelm; KRAUSE, Juliane. Kommentare zum § 261 StGB. In: CIRENER, Gabriele *et al*. *Leipziger Kommentar zum StGB*. 12. Aufl. Berlin: Walter de Gruyter, 2010, § 261, nm. 4.

12. Cf., em especial, BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 89 e ss. NEUHEUSER, Stefan. Kommentare zum § 261 StGB. In: JOECKS, Wolfgang; MIEBACH, Klaus (Org.). *Münchener Kommentar zum StGB*. 3. Aufl. München: Beck, 2017, § 261 nm. 7. Veja-se a respeito, ainda, HERZOG, Felix. Op. cit., § 13 nm. 77. SCHMIDT, Wilhelm; KRAUSE, Juliane.Op. cit., § 261, nm. 4.

13. Cf. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 97 e ss. BARROS, Marco Antonio. *Lavagem de capitais e obrigações correlatas*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 42 e ss. VOGEL, Joachim. Op. cit., p. 350 ss. Nesse sentido, frisam particularmente

Aqui, um importante contraponto. De modo geral, uma das teses mais aceitas sobre o bem tutelado na lavagem de dinheiro diz respeito à noção de ordem econômica. E, isso, quer porque sua condição supraindividual com vínculos econômicos[14] explica sua inserção em uma percepção ampliada de Direito Penal Econômico, quer porque pode-se constatar uma significativa influência de normativas internacionais de índole econômica nesse sentido,[15] quer, ainda, porque sua índole econômica é bastante presente.

É de se notar, contudo, que, não obstante entendimentos diversos nessa linha, a percepção pluriofensiva, com vínculos à ordem econômica, parece dominar a discussão, entendendo que, com a lavagem de capitais, existe uma afetação do regular funcionamento da economia.[16] Ademais, a compreensão pluriofensiva de caráter econômico acaba por ser reforçada pelas recomendações internacionais sobre o tema, como se vê, por exemplo, no que se refere às noções de extinção de punibilidade nos casos de regularização de dinheiros não declarados no exterior, como se viu internacionalizado, no Brasil, através da Lei 13.245, de 13 de janeiro de 2016; e, também, da Lei 13.428, de 30 de março de 2017.[17] Isso fez gerar, na particular realidade brasileira, inclusive, o já mencionado trilema penal econômico,[18] que, genericamente, legitima a aproximação dos crimes de evasão de divisas, sonegação fiscal e lavagem de dinheiro[19] da noção de bem jurídico ordem econômica.[20]

---

a afetação da livre concorrência, HORTA, Frederico; TEIXEIRA, Adriano. Da autolavagem de capitais como ato posterior coapenado. *Revista de Estudos Criminais*, v. 74, 2019. p. 30.

14. Cf. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998. p. 180 e ss.

15. Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito*..., cit., p. 310 e ss.

16. Cf. OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos. Blanqueo de capitales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa*: parte general y especial. Barcelona: Atelier, 2020. p. 646 e ss.

17. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Repatriação e anistia: considerações criminais sobre a prestação de informações (*disclosure*) em âmbito de *tax compliance*. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime*: aspectos do binômio crise econômica e direito penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 172 e ss.

18. Com pensamento diferenciado, Barroso, Lima e Santiago entendem, após análise do ilustrado Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no CC 151123/SP, que o advento das criptomoedas acaba, sim, por deslegitimar o crime de evasão de divisas. Cf. BARROSO, Érica Montenegro Alves; LIMA, Daniel Hamilton Fernandes de; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Criptomoedas e evasão de divisas: uma análise epistemológica. *Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 165, mar. 2020. p. 30 e ss. Cf., sobre a contextualização do trilema penal econômico, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. "Criptocrime"..., cit., p. 85 e ss.

19. Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito*..., cit., p. 293 e ss.

20. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. "Criptocrime"..., cit., p. 83 e ss.; em especial, p. 85 e ss.

1.2. A ocultação e dissimulação como problema de fundo

A ideia de que "nem só o dinheiro é objeto de lavagem" constitui expressão enfatizada em diversas análises, como se verifica em Fabián Caparrós.[21] Trata-se de uma observação cada vez mais necessária e muito própria ao se verificar a realidade das criptomoedas, cuja natureza jurídica ainda é objeto de discussão, não obstante a sua definição, no Brasil, a partir da IN 1.888/2019 da Receita Federal. Mesmo nessa perspectiva, entretanto, cumpre avaliar a premissa fundamental quanto ao que se entende por lavagem de dinheiro. A principal questão que surge dessa análise diz respeito à possibilidade, em absoluto, de interpretar o universo dos criptoativos à luz do tipo penal.[22]

O modelo original apresentado pelo Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI/FATF),[23] indica em relação às denominadas fases da lavagem de dinheiro processos que são não estanques, mas independentes, comunicantes e eventualmente superpostos.[24] Em termos muito básicos, seria de se ver que na primeira fase – colocação – o agente adota os atos capazes de afastar de sua origem ilícita dos bens, direitos ou valores, mormente através de instituições financeiras. Na segunda fase – ocultação – os atos teriam por escopo impedir ou dificultar o encontro ou a busca dos recursos ilícitos, dificultando a observação da trilha do dinheiro, ou, mesmo, o conhecimento de sua própria ilicitude, como se dá, por exemplo, mediante numerosas transações financeiras. Por fim, na terceira fase – integração – se dá a incorporação dos bens, direitos ou valores ao sistema econômico, agora com aparência lícita, sem, portanto, levantar suspeitas em relação à origem dele,[25] como se investidor legal fosse.

---

21. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Op. cit., p. 64 e ss.

22. Essa questão será retomada em maior detalhe mais adiante, no item 3.

23. Cf. BRYANS, Danton. Bitcoin and Money Laundering: Mining for an Effective Solution. *Indiana Law Journal* 89, p. 443 e ss. DE CARLI, Carla Veríssimo. O sistema internacional antilavagem de dinheiro. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 31 e ss. MACHADO, Maíra Machado. Op. cit., p. 127 e ss.

24. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Aspectos gerais sobre o crime de lavagem de dinheiro. In: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (Org.). *Lavagem de dinheiro*: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 21 e ss.

25. Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito*…, cit., p. 86 e ss. GOMES, Abel Fernandes. Lavagem de dinheiro: notas sobre a consumação, tentativa e concurso de crimes. In: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (Org.). *Lavagem de dinheiro*: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 82 e ss. HERZOG, Felix. Op. cit., § 13 nm. 5-8. Cf., sobre a preocupação do GAFI acerca das criptomoedas, FATF. *Guidance for a risk-based approach*. Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers. Paris: FATF/OECD, 2019. Disponível em: [www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/guidance-rba-virtual-assets.html]. Acesso em: 23.06.2020.

Sendo já pacificada a não necessidade da constatação de presença de todas as fases para a configuração do crime de lavagem, é interessante a percepção de que, no que diz respeito às considerações sobre criptomoedas, a dificuldade vem a ser posta em relação à possibilidade de se completarem as distintas fases como um todo.[26] Em que pese não se poder imaginar a confusão de aportes financeiros em criptomoedas já sedimentadas,[27] o risco potencial de pretensas acusações de lavagem de dinheiro,[28] até mesmo baseadas sob a alcunha de cegueira deliberada,[29] é, de fato, possível.

Partindo de uma interpretação restritiva do delito, autores como Grzywotz apontam pela (quase) impossibilidade de imputação, por atos de ocultação, no que se refere à hipótese das pessoas detentoras de criptomoedas, uma vez que faltaria a possibilidade de ocorrência de uma atividade corpórea de esconder o bem, e que o histórico de transações estaria sempre disponível no *blockchain*, o qual permitiria o rastreamento da origem criminosa da moeda sem maiores dificuldades.[30] Todavia, semelhante conclusão, a princípio, não se daria sob a lente de leitura, por exemplo, do tipo penal brasileiro e de sua consequente aplicação jurisprudencial. Existe, de fato, uma majoração do risco de lavagem de dinheiro a partir do uso de criptomoedas,[31] e a resposta penal pode vir a ser igualmente ampliada, especialmente em um país como o Brasil, em que a leitura punitiva é facilitada. E, isso, também em relação às pessoas físicas.

Nesse tocante, apresentam-se duas questões importantes a fim de compreender o fenômeno das criptomoedas à luz do delito de lavagem de dinheiro. A primeira se relaciona ao fato de que variadas formas de ocultação ou dissimulação se dão com as criptomoedas, de modo similar ao que ocorre com outras modalidades de valores. Outra questão diz respeito à concepção de que as próprias criptomoedas apresentam particularidades que, de *per se*, facilitam a lavagem de dinheiro. De qualquer modo, a conclusão a que se chega é no sentido de que, ao menos no Brasil, potencialmente, sim, é possível a ocultação em

---

26. Cf., sobre as variações de aplicação das criptomoedas nas diferentes fases da lavagem de dinheiro, ESTELLITA, Heloisa. Bitcoin e lavagem de dinheiro: uma aproximação. *JOTA*. Disponível em: [www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/bitcoin-e-lavagem-de-dinheiro-uma-aproximacao-07102019]. Acesso em: 23.06.2020.

27. MAUME, Philipp; HAFFKE, Lars; ZIMMERMANN, Patrick. Bitcoin versus Bargeld – Die geldwäscherechtliche Verpflichtung von Güterhändlern bei Zahlungen mit Kryptowährungen. *Corporate Compliance Zeitschrift*, 2019. p. 154.

28. Cf. RAZZANTE, Ranieri. Op. cit., p. 64 e ss.

29. Cf., ainda que a título exemplificativo, PRADO, Rodrigo Leite. Dos crimes: aspectos subjetivos. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 295 e ss. Em termos críticos, LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 153 e ss.

30. GRZYWOTZ, Johanna. Op. cit., p. 268 e s. Cf., também, TELLES, Christina Mariani da Silva. Op. cit., p. 77 e ss.

31. SICIGNANO, Gaspare Jucan. Op. cit., p. 108.

diversos casos envolvendo as criptomoedas,[32] faltando, aparentemente, imaginação em assertiva ao revés.[33]

Nesse sentido, algumas diferenciações são necessárias, a fim de se evitarem possíveis confusões em torno daquilo pode significar a ocultação no contexto da lavagem de dinheiro. Assim, temos que a noção de ocultar a *existência de certos valores* não se confunde com a ideia de ocultar a *procedência da transação* que permite a sua obtenção, o que, por sua vez, também se distingue da ocultação sobre a *identidade* do atual proprietário ou detentor da criptomoeda. Dessa forma, não cabe exigir a negação sobre a "existência" da criptomoeda em si para perfazer a lavagem de dinheiro. Ademais, vale observar que cada modalidade de tecnologia própria de cada tipo de criptomoeda em particular também pode operar nesse sentido.

Por essa razão, chega-se a mencionar que o processo de lavagem de dinheiro por meio de criptomoedas pode, mesmo, ser realizado de forma simples.[34] Nesse sentido, pode-se considerar que a configuração delitiva pode ocorrer pela própria conduta de adquirir as criptomoedas (algumas por completo anônimas, como se verá), incorrendo-se, nítida e automaticamente, em fase de ocultação ou dissimulação.[35] Fundamental, portanto, é que se tenha em conta que a característica da rastreabilidade não implica a impossibilidade de ocultação.[36] A finalidade e a busca de ocultação podem se dar mesmo em ambientes nos quais se permita sua descoberta – aceitar o contrário seria confabular no terreno do crime perfeito e sem praticidade penal.[37]

Suponha-se, unicamente, que um determinado sujeito tenha comprado criptomoedas com dinheiro de origem ilícita, e guardado em uma *e-wallet*, como seria o caso de uma *hard wallet* (dispositivo externo e autônomo para a guarda de criptomoedas). Por

32. TELLES, Christina Mariani da Silva. Op. cit., p. 77.

33. Em sentido paralelo, a mesma autora menciona seu entendimento no sentido de impossibilidade de ocorrência de ocultação das moedas a partir do emprego de serviços de dissimulação, uma vez que as moedas de origem criminosa continuariam existindo, de maneira que não poderiam, nesse sentido, ser "negadas" para os órgãos de persecução penal. GRZYWOTZ, Johanna. Op. cit.. p. 280 e ss.

34. MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. Op. cit., p. 299.

35. Cf. BRYANS, Danton. Op. cit., p. 448 e ss. PÉREZ LÓPEZ, Xesús. Las criptomonedas: consideraciones generales y empleo de las criptomoedas con fines de blanqueo. FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel (Dir.). *Blanqueo de capitales y TIC*: marco jurídico nacional y europeo, modus operandi y criptomonedas. Pamplona: Aranzadi, 2019. p. 92 e ss. No Brasil, segundo Miranda e Vianna, seria na noção de dissimulação o grande foco possível de ocorrência de lavagem de dinheiro, sucessivamente na aquisição de criptomoedas, no seu embaralhamento e futura integração. MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. Op. cit., p. 284 e ss.

36. Cf. SICIGNANO, Gaspare Jucan. Op. cit., p. 150 e ss.

37. Aqui, de se ter em conta o alerta em relação à possível consunção, quando a ocultação ou a dissimulação integram a infração antecedente. Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit., p. 124 e ss.

descuido, no entanto, deixa um acesso a ela permitido em seu computador, que vem a ser encontrado pelas autoridades. Nessa construção, de se ter que houve, potencialmente, sim, consumada de uma ocultação. O mesmo de se dizer, por exemplo, de um traficante de drogas que coordena uma mineradora de bitcoins e acaba por dissimular dinheiros sujos no próprio processo de formatação e estratificação das mesmas,[38] ou, ainda, aquele que venha a montar e estruturar uma mineradora que potencialmente possa dar até prejuízo, ou, ainda, que evidencie criações muito significativas de criptomoedas. Em ambos os casos, estar-se-ia ou diante de valorizações artificiais de bens ou falsa especulação com ativos, técnicas já conhecidas de lavagem de dinheiro.[39] Necessário, no entanto, uma ideal peritagem para avaliação da legalidade ou ilegalidade da conduta. Em suma, ao que se vislumbra, perante a lei e entendimentos brasileiros pode-se, sim, em tese, verificar a ocultação ou a dissimulação de valores através de criptomoedas.

Por certo, a premissa prévia de ilicitude dos valores é fator essencial a ser levado em conta para fins de tipificação da lavagem de dinheiro por meio das criptomoedas. Mas, como é de se ver, outras premissas são igualmente essenciais a se observar, pois dado a capacidade e o agigantamento de incorrências virtuais, há de se ter em conta toda uma série de variantes que determinam a validade, ou não, de imputação penal.[40]

2. A lavagem de dinheiro e o paradigma preventivo da transparência

A criminalização da lavagem de dinheiro faz parte de um momento de criação artificial do Direito Penal, que coincide, como visto, com o movimento de internacionalização do Direito Penal. Mais do que tudo, ela representa um instituto que trouxe consigo toda uma lógica de *compliance* que revolucionou aspectos preventivos. As noções de *know your cliente* e *follow the money* se tornaram verdadeiros mantras. De todo modo, as premissas surgidas com as várias gerações de normativas relativas à lavagem de dinheiro acabaram por estipular posicionamentos de transparência bastante significativos.

38. Note-se, outrossim, o exemplo trazido por Marco Antonio de Barros, segundo o qual "nesta fase criminosa, a conduta se reveste de variadas e sucessivas transações econômico-financeiras, sendo então utilizadas muitas contas bancárias, nacionais e internacionais, bem como investimentos diversificados, tais como aplicações em bolsas, transferências eletrônicas via cabo (*wire transfer*), utilização de cartões de crédito, etc. Também se nota aqui o envolvimento de diversas pessoas físicas e jurídicas, incluindo-se empresas *off shore*, empenhadas em camuflar os ativos ilícitos." (BARROS, Marco Antonio. Op. cit., p. 49 e ss.). Cf. MENDRONI, Marcelo Batlouni. Op. cit., p. 265 e ss.

39. DALLAGTNOL, Deltan Martinazzo. Tipologias de lavagem. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 415 e ss.

40. Cf. PENROSE, Kelsey L. Banking on Bitcoin: Applying Anti-Money Laundering and Money Transmitter Laws. *North Carolina Banking Institute*, v. 18, 2014. p. 538 e ss.

2.1. O ocultar e a noção consumativa no contexto da lavagem

Antes de tudo, é de se notar que a consumação do crime de lavagem de dinheiro é, em si, um tanto dúbia. Alguns autores, como Badaró e Bottini, defendem por eventual atipicidade da lavagem em alguns desses casos.[41] Isso se explica, em parte, porque o tipo brasileiro mostra-se diverso de alguns congêneres estrangeiros, possibilitando imputações como a própria autolavagem de capitais.[42] No entanto, a construção que se verifica na jurisprudência nacional sobre as noções de consumação delitiva, no âmbito da lavagem de dinheiro, merece atenção especial no que se refere às possibilidades de tipificação da conduta de lavagem, própria como alheia.[43]

Em um primeiro momento, o Recurso em Habeas Corpus 80.816, julgado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), decidiu, por unanimidade, que a consumação do crime de lavagem de dinheiro independe da eficiência da ocultação dos valores provenientes de infração penal. Esse, como já frisamos, consiste em um ponto fundamental para a questão das criptomoedas. Nessa oportunidade, o Relator ressaltou que, caso se exigisse extrema sofisticação para a configuração do crime de lavagem de dinheiro, esse tipo penal se tornaria um "crime perfeito", impossível de ser descoberto. O ministro apontou igualmente que, por essa mesma razão, o delito da lavagem pode ser cometido até mesmo na forma tentada.[44]

Também se teve pela admissão da autolavagem mantida na jurisprudência do STF, conforme manifestação no âmbito do Inq. 2471, no qual se coloca expressamente que a lavagem não representa mero exaurimento do crime de corrupção passiva, sendo, então, mencionado que

> "não sendo considerada a lavagem de capitais mero exaurimento do crime de corrupção passiva, é possível que dois dos acusados respondam por ambos os crimes,

41. Lembre-se que, para os autores, "a aparente superação do aparente conflito entre as normas por trás deles não se dá pela revogação tácita do primeiro, mas pela forma qualificada no segundo, que pode ser verificada no plano objetivo (nas hipóteses em que o agente usa a atividade econômica lícita para mascarar os bens) ou apenas no plano subjetivo., com a previsão de um elemento subjetivo especial implícito, a intenção de tornar seguro o proveito do crime por meio da reciclagem, tornando-o aparentemente lícito por operações comerciais ou financeiras legítimas. A mera ocultação para usufruto posterior, sem intenção de branqueamento, continuará a caracterizar o favorecimento (art. 349 CP) ou será atípica, quando praticada pelo agente do crime anterior. Mas não configura lavagem de dinheiro." (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit., p. 83)

42. Cf. MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. Op. cit., p. 283 e ss. Cf., com críticas, DAL SANTO, Luiz Phelipe. A indevida criminalização da autolavagem de capitais. *Delictae*, v. 3, n. 4, 2018. p. 193 e ss.

43. Cf., sobre a limitação típica da autolavagem em outros sistemas, SICIGNANO, Gaspare Jucan. Op. cit., p. 168 e ss.

44. STF, HC 80816, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10.04.2001.

> inclusive em ações penais diversas, servindo, no presente caso, os indícios da corrupção advindos da AP 477 como delito antecedente da lavagem."[45]

No emblemático caso da AP 470, o conhecido caso do Mensalão, o STF manteve o entendimento de que a autolavagem é punível em determinadas situações, não se confundindo com o delito antecedente. No entanto, é de se destacar que, no caso de um dos deputados acusados, prevaleceu a percepção de que, no caso concreto, o recebimento de determinados valores consistia, sim, em uma etapa da consumação da infração anterior. Nesse sentido, o voto vencedor do Ministro Roberto Barroso nos Sextos Embargos Infringentes na Ação Penal 470,[46] afirma que "a autolavagem pressupõe a prática de atos de ocultação autônomos do produto do crime antecedente (já consumado), não verificados na hipótese," e que a condenação pelo delito de lavagem de dinheiro depende da comprovação de que o acusado tinha ciência da origem ilícita dos valores. [47]

Esse entendimento reverbera até os dias atuais. É de se recordar, pois, ainda que com as possíveis críticas, que o STF chega a entender, em relação à lavagem de dinheiro, tendo por crime antecedente a corrupção, que

> "quando a ocultação configura etapa consumativa do delito antecedente – caso da corrupção passiva recebida por pessoa interposta – de autolavagem se cogita apenas se comprovados atos subsequentes, autônomos, tendentes a converter o produto do crime em ativos lícitos, e capazes de ligar o agente lavador à pretendida higienização do produto do crime antecedente."[48]

Entre outros precedentes, é ainda de se ver o julgamento da AP 996, na qual o STF entendeu, seguindo o determinado na AP 470, que, mesmo por interposta pessoa, o mero recebimento da vantagem decorrente da mercancia da função pública não é conduta apta a configurar o delito de lavagem de capitais.[49] Entretanto, posicionou-se por configurar o delito de lavagem de dinheiro quando quantias são depositadas na conta, abaixo do valor mínimo para que haja comunicação compulsória por parte da instituição financeira e quando a dissimulação é feita por meio de declaração de Imposto de Renda.[50] No mesmo sentido, encontra-se o voto proferido pelo Ministro Edson Fachin em decisão unânime da Segunda Turma do STF, em sede do HC 165.036. Nessa ocasião, afirmou-se

45. STF, Inq 2471, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 29.09.2011.
46. STF, AP 470 EI-sextos, rel. Min. Luiz Fux, rel. p/ acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 13.03.2014.
47. STF, AP 470 EI-sextos, rel. Min. Luiz Fux, rel. p/ acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 13.03.2014.
48. STF, AP 694/MT, rel. Min. Rosa Weber, j. 02.05.2017.
49. MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. Op. cit., p. 283 e ss.
50. AP 996, rel. Min. Edson Fachin, j. 29.05.2018.

que o sistema jurídico brasileiro não exclui os autores do delito antecedente do âmbito de incidência das normas penais definidoras do crime de lavagem de dinheiro e que, no caso concreto, em que se reconheceu a constituição de contas secretas e remessa clandestina de recursos ao exterior, restava configurado o crime de lavagem, sendo diferente a situação da AP 470 em que se afastou a incidência desse delito.[51]

2.2. O sigilo bancário e suas oposições

Um dos temas mais caros orbitando ao redor de situações relativas à lavagem de dinheiro diz respeito à transparência das transações financeiras ou, ao revés, das próprias noções de sigilo. Nesse sentido, questões como o fim de títulos ao portador, sigilo bancário e paraísos fiscais, ganham dimensão de especial interesse para o problema da lavagem por meio de criptoativos.

Sobre o primeiro ponto, cabe considerar que as vedações aos chamados títulos ao portador, embora presentes em nosso ordenamento, são ainda anteriores às considerações sobre a lavagem de dinheiro. No Brasil, a questão foi definida pela Lei 8.021, de 12.04.1990, que dispôs sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais, cujo art. 1º estabelecera que "a partir da vigência desta lei, fica vedado o pagamento ou resgate de qualquer título ou aplicação, bem como dos seus rendimentos ou ganhos, a beneficiário não identificado." Em contrapartida, em relação aos demais aspectos em torno da transparência das transações financeiras, as considerações são um tanto mais complexas, conforme veremos.

Particularmente o sigilo bancário é tema antigo e mutável. Um direito/dever conferidos aos bancos para resguardar o sigilo encontra-se previsto no art. 5º, XIV, da Constituição Federal,[52] sendo que fora tratado já muito antes disso. Em 1850, o Código Comercial do Império já cuidava da questão, sendo que, em 1964, a Lei 4.595, de 31.12.1964, ao dispor sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias e a criação do Conselho Monetário Nacional, estabeleceu, em seu art. 38, o sigilo posto às instituições financeiras em relação as suas operações ativas e passivas e serviços prestados. Em 2001, a Lei Complementar 105, de 10.01.2001, deu nova visão às noções de sigilo das instituições financeiras, revogando o antigo art. 38 da Lei 4.595/1964.[53]

Muitas considerações acerca de fraudes e evasões fiscais em inúmeros países iniciou o que se poderia chamar de regime de cooperação judicial internacional. Tal movimentação fez gerar um crescente processo nacional e internacional de deslegitimação do sigilo bancário. Grandes escândalos internacionais como os casos *Liechtenstein Global*

51. STF, HC 165036, rel. Min. Edson Fachin, j. 09.04.2019.

52. Cf. CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. *Sigilo bancário à luz da doutrina e da jurisprudência.* Curitiba: Juruá, 2008. p. 25 e ss.

53. Cf. BELOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário*: análise crítica da LC 105/2001. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 64 e ss.

Trust, *Luxemburg Leaks* ou *Swiss Leaks*, onde ficou bastante clara a existência de inúmeras contas bancárias não declaradas em seus respectivos países, acabaram por gerar movimentações de países e instituições no sentido de rompimento com a máxima do sigilo.[54] O posterior escândalo do *Panamá Papers*, que envolveu a criação de empresas *offshores* com o fim de ocultar grandes somas de valores, só veio a incrementar o problema. A partir disso, a organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e o próprio governo dos Estados Unidos da América acabaram por entabular esforços no sentido de troca automática de informações financeiras entre os países.[55]

2.3. A transparência como fator preventivo à lavagem e a opacidade como fator de reprovação

Entendendo-se por paraíso fiscal a denominação atribuída a um país que praticamente não interfira, em especial no plano tributário, nas relações ou transações comerciais e financeiras de seus aplicadores,[56] tem-se, desde logo, que a condição de semelhantes países foi tratada com muita reserva pelas políticas contra a lavagem de dinheiro. Imaginando-se que toda a engenharia que busca dificultar a identificação dos reais proprietários de determinados bens caminha nesse sentido, chega-se à verificação de que os paraísos fiscais foram o foco de oposição de tais políticas.

Essa realidade conduziu à análoga concepção de "parasitas financeiros" e à elaboração de listas negras, caracterizando jurisdições em que as operações financeiras já se mostrariam, desde logo, suspeitas. Da mesma forma que se encontra, explicita ou implicitamente, um caráter de suspeição sobre operações quando se trata da utilização de dinheiros em espécie, cheques de viagem, ou outro instrumento que dificulte a identificação da operação,[57] espraiou-se um clima de desconfiança inerente ao campo dos paraísos fiscais.

Mostrar-se-ia, assim, reforçada a necessidade de transparência em relação ao controle da própria lavagem de dinheiro. Em outras palavras, as metas preventivas em relação à lavagem de dinheiro requerem uma intrínseca oposição a locais em que não se verifique

54. Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. La admisibilidad de las listas de evasores fiscales sustraídas en el extranjero como prueba para acreditar la comisión de delitos fiscales. *InDret*, ju. 2015. p. 2 e ss. Disponível em: [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1152.pdf]. Acesso em: 26.60.2020. SILVEIRA, Renato De Mello Jorge. Crise econômica e reflexos penais: leis penais em branco, compliance fiscal e regularização de ativos. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime*: aspectos do binômio crise econômica e direito penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 28 e ss.

55. Cf. CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El secreto bancario y la evasión fiscal internacional*. Buenos Aires: BdeF, 2012. p. 9 e ss. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Repatriação e anistia..., cit., p. 155 e ss.

56. BARROS, Marco Antonio de. Op. cit., p. 298. DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Op. cit., p. 407 e ss.

57. Cf. MENDRONI, Marcelo Batlouni. Op. cit., p. 305 e ss.

ideal controle de determinadas operações.[58] Por óbvio que o universo virtual,[59] em geral, e as criptomoedas, em particular, não se adequam a uma justaposição ideal no sentido de que formam paraísos fiscais, pois a própria noção de Estado aqui não se vê presente. Entretanto, o paralelo é, no mínimo, bastante próximo, podendo se falar em algo como um paraíso fiscal virtual.

A política econômica internacional recente tem discutido, e muito, as premissas do sigilo e dos paraísos fiscais. Tiedemann chegou, mesmo, a explicitar a prioridade político criminal da questão, mencionando que o enfrentamento do sigilo bancário e fiscal "deveria ser a prioridade na prevenção às infrações econômicas, especialmente em matéria de delitos fiscais", sendo, por fundamental, que convênios internacionais tratassem de restringir ao máximo sua abrangência.[60] Esse tema já foi muito discutido quando da busca de eficácia em relação às exigências de compartilhamento internacional de informações bancárias e tributárias,[61] e, de fato, parece que somente pode ter eficácia plena em caso de padronização internacional.

Como já se disse, as criptomoedas não se mostram localizadas em determinado país. Ao revés, são, sim, presentes em uma realidade paralela, podendo ser efetivadas em qualquer país, ao desejo de seus titulares.[62] Assim, tem-se a curiosa situação de um paraíso, em parte anônimo, que ultrapassa fronteiras, e coloca em xeque toda a política criminal até então sustentada no que diz respeito à lavagem de dinheiro. Ocorre que o paradoxo mostra-se firmado quando se constata que a instituição das criptomoedas pelo

58. Note-se, aqui, a locução de Dallagnol, segundo a qual "ganha interesse o estudo dos paraísos fiscais que apresentam como especial nota o regime bancário e financeiro favorecidos, assim definidos por Edson Pinto como 'os que priorizam o exercício de atividades bancárias ou financeiras e não requerem maiores exigências patrimoniais ou fiduciárias, possuindo estabilidade política ou institucional, ausência de transparência jurídica e administrativa, de controle cambial, plenos segredos bancário, financeiro e societário, não realizando troca de dados com o restante da comunidade internacional em investigações criminais notadamente de natureza fiscal, mas também podendo recusar-se a prestar informações até mesmo em casos onde haja uma investigação criminal formal sobre outros tipos de ilícitos." (DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Op. cit., p. 410).

59. Cf., sobre o tema, SIEBER, Ulrich; NUEBERT, Carl-Wendelin. Investigaciones transnacionales de crímenes en el ciberespacio: retos a la soberanía nacional. In: NIETO MARTÍN, Adán; GARCÍA MORENO, Beatriz (Dir.). *Ius puniendi y global law. Hacia un derecho penal sin estado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 306 e ss.

60. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Repatriação e regulação penal econômica: os novos parâmetros de controle. *In*: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 312 e ss.

61. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Repatriação e regulação..., cit., p. 313 e ss.

62. Nesse sentido, igualmente, HENNECKE, Richard. „Darf ich in Bitcoin zahlen?" – Geldwäscherisiken für Industrie- und Handels-Unternehmen bei Bitcoin-Transaktionen. *Corporate Compliance Zeitschrift*, 2018, p. 122.

movimento *cypherpunk*, ainda na primeira década dos anos 2000, tinha por objetivo, justamente, a liberdade através do anonimato.[63] Muito embora a maioria das criptomoedas seja, de fato, ao menos parcialmente anônima, isso não quer dizer que todas venham a ser irrastreáveis. A despeito disso, não há dúvida de que a dificuldade de acesso às criptomoedas e seus possuidores incrementa o problema de opacidade que seria típico de uma conduta, desde logo, suspeita de lavagem.

Dessa forma, o aparente choque entre uma transparência pregada e cultivada em relação à repressão à lavagem de dinheiro, ante uma relativa opacidade no campo das criptomoedas, gera uma depreciação da confiança em relação ao mundo virtual. É claro que existe, depois de mais de uma década de história das criptomoedas, um grau de sedimentação delas no mercado, não cabendo, de fato, uma predisposição de suspeição em relação a elas. Mas, sem dúvida, cabe a ponderação relativa a uma necessária busca de normatização sobre esse campo, a fim de assegurar um maior grau de dificuldade no que se refere à disposição das criptomoedas para a prática de atos de lavagem de capitais.

2.4. A inovação das criptomoedas e sua percepção penal

Conforme destacado anteriormente, uma das maiores inovações no cenário econômico mundial se deu, justamente, no campo das criptomoedas. O mundo discute, desde 2010, seu momento germinal, se, e como, poderia haver um controle mais adequado das criptomoedas. As dúvidas, sobre o tema são absolutamente recorrentes. De se recordar que, embora já existam milhares de modalidades de criptomoedas, a bitcoin é bastante hegemônica, dizendo respeito a cerca de 70% a 80% do mercado.[64]

Desde os seus primórdios, já se conhecem problemas criminais a ela inerentes, sendo de se destacar, particularmente, o caso *Silkroad*, onde eram utilizadas bitcoins para a compra de drogas no cenário de *DeepWeb*.[65] Sendo certo que existem outras possibilidades de leitura acerca do fenômeno criminoso das criptomoedas, passando de leituras atreladas ao uso de moeda falsa (primeira geração), ao estelionato mediante pirâmides financeiras (segunda geração), parece certo que, hoje, a questão se finca, sobretudo, em termos do que, como se viu, pode se denominar de trilema penal econômico (terceira geração), em que o destaque se dá para a lavagem de dinheiro. E, nesse contexto estrito de

63. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Bitcoin...*, cit., p. 102 e ss.

64. Cf., sobre outras modalidades de criptomoedas, LEONE, Federico; PARISELLA, Simone. Op. cit., p. 13 e ss.

65. Maiores detalhes sobre o caso em ADLER, David. Silk Road: The Dark Side of Cryptocurrency. *Fordham Journal of Corporate & Financial Law (blog)*. 21 fev. 2018. Disponível em: [https://news.law.fordham.edu/jcfl/2018/02/21/silk-road-the-dark-side-of-cryptocurrency]. Acesso em: 10.07.2020; FRANKENFIELD, Jake. Silk Road (Website). *Investopedia*. Verbete publicado em 1 nov. 2019. Disponível em: [www.investopedia.com/terms/s/silk-road.asp]. Acesso em: 10.07.2020. Cf., em relação aos primeiros momentos do uso criminoso das criptomoedas, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Bitcoin...*, cit., p. 109 e ss.

controle, tem-se que, em âmbito internacional, o GAFI (GAFI/FATF) (que, por sua vez, tem por escopo a formulação de recomendações à prevenção e àrepressão da lavagem de dinheiro, do financiamento do terrorismo, do confisco), também externa preocupações várias sobre a questão de ocultação mediante uso de criptomoedas.[66]

Mundialmente, o tema da ocultação de ativos por meio das criptomoedas é motivo de grande discussão. Isso se verifica igualmente no Brasil, onde, como se viu, a IN 1.888/2019 caminha nesse sentido. Pontualmente, a Instrução Normativa (IN) em questão definiu o mencionado conceito de criptoativo, e de *exchange* de criptoativo, sendo esta última a pessoa jurídica, ainda que não financeira, que oferece serviços referentes a operações realizadas com criptoativos, inclusive intermediação, negociação ou custódia, e que pode aceitar quaisquer meios de pagamento, inclusive outros criptoativos (art. 5º, II).[67] Além disso, estipula uma série de obrigações de prestação de informações, tanto em relação às chamadas *exchanges* de criptoativos, como, também, às pessoas físicas e jurídicas residentes ou domiciliadas no Brasil (art. 6º). Cuidou de estabelecer, portanto, informações sobre essa sorte de negociações. No entanto, corre-se, sempre, o risco de instituição de algo próximo a um criptomoedeiro, a exemplo dos doleiros de outrem.

De qualquer forma, é de se notar que a mesma IN acaba por fazer menção à lavagem de dinheiro, em especial quando, em seu art. 11, faz alusão ao fato de que, "sem prejuízo da aplicação da multa prevista no inciso II do caput do art. 10, poderá ser formalizada comunicação ao Ministério Público Federal, quando houver indícios da ocorrência dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998." A dúvida, desde logo, salta aos olhos. A Lei 9.613/1998 não faz particular menção a situações de criptomoedas: nem em relação as pessoas sujeitas à controle (art. 9º); nem à identificação dos clientes e manutenção de registros (art. 10); nem, mesmo, em relação à comunicação de operações financeiras (art. 11).[68] A referência da IN, aliás, é única em relação ao art. 1º da Lei 9.613/1998. E isso, aparentemente na mesma linha assumida pelo Supremo Tribunal

66. Cf., sobre as iniciativas regulatórias, TELLES, Christina Mariani da Silva. Op. cit., p. 80 e ss.

67. Na definição de Grupenmacher, "as *exchanges* são plataformas por meio das quais os indivíduos operacionalizam a troca de ativos criptografados ou realizam a compra desses ativos por meio de moeda corrente nacional." (GRUPENMACHER, Giovana Treiger. Op. cit., p. 59).

68. Cf. LIMA, Carlos Fernando dos Santos. O sistema nacional antilavagem de dinheiro: as obrigações de compliance. *In*: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 51 e ss. Recorde-se, aqui, a lição de Saavedra e Bello, segundo a qual "a peculiaridade das moedas virtuais é que, salvo melhor juízo, não se amoldam à descrição contida no art. 9º, I, da Lei nº 9.613/1998, ao passo que não se trata de moeda nacional ou estrangeira, haja vista sua desvinculação a qualquer Estado." (SAAVEDRA, Giovani Agostini; BELLO, Douglas Sena. Breves notas sobre compliance e prevenção à lavagem de dinheiro em bitcoins *exchanges*. *Delictae* vol. 2, nº 3, p. 163. Disponível em: [www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/35/32]. Acesso em: 26.06.2020. No mesmo sentido, BELLO, Douglas Sena; SAAVEDRA, Giovani. A necessária reflexão acerca da expansão legislativa do compliance decorrente da relação de criptomoedas como os bitcoins e a lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 147, p. 251-272, set. 2018. p. 261 e ss.

Federal na AP 470, no conhecido caso do Mensalão.[69] Tal observação já seria, assim, suficiente para pôr em dúvida a validade do destaque do art. 11. Desde logo, o dispositivo seria, no mínimo, questionável.[70]

No entanto, a normativa suscita, ainda, outra sorte de questionamento, particularmente sobre a potencialidade de haver uma implicação penal imbricada à lavagem de dinheiro, tendo-se em vista o pano de fundo das criptomoedas. Nesse tocante, alguns problemas parecem oferecer particular dificuldade, como a identificação da origem ilícita dos valores. Com a edição da IN 1.888/2019, surge a própria hipótese de sonegação fiscal em relação aos criptoativos, podendo haver uma retroalimentação de ilicitudes, conferindo, dessa forma, a possibilidade de implicação penal de seus detentores a título de lavagem de dinheiro.

3. Novas possibilidades de lavagem de dinheiro em um mundo virtual

Atualmente, a grande questão colocada em debate no sistema virtual diz respeito à percepção de que as criptomoedas se prestariam, de modo particular, à lavagem de dinheiro. Em oposição a essa visão, os defensores dessa tecnologia chamam a atenção para o fato de que também as moedas fiduciárias utilizadas no dia a dia serviriam a esse propósito.[71] Todavia, deve-se reconhecer que existem diversas tipologias relativas à lavagem, as quais vão muito além de uma simples inserção de valores no sistema oficial,[72] o que torna a avaliação desse tema tanto mais complexa. Além disso, há a necessária consideração sobre as peculiaridades dos riscos atinentes à tecnologia envolvida.[73] Como veremos, tais ponderações possuem reflexos na análise particular acerca da tipificação da conduta de lavagem de dinheiro por meio das criptomoedas.

3.1. Regulação, princípio da confiança e risco no ambiente de criptomoedas como fatores inerentes à tipificação da conduta

Do que foi dito até aqui, podem-se derivar algumas conclusões acerca dos riscos diretamente envolvidos na utilização de moedas virtuais para fins de lavagem de dinheiro. A esse respeito, análises diversas se debruçam sobre as três principais características do chamado "ecossistema" das criptomoedas, relacionando-as com a noção de controle e

69. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Autorregulação..., cit., p. 198 e ss.

70. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. "Criptocrime"... cit., *passim*.

71. Cf. BJERG, Ole. How is bitcoin money? *Theory, Culture & Society*, v. 33, 2016.p. 69.

72. Cf. DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Op. cit., p. 377 e ss.

73. Cf. CHRISTOPHER, Catherine Martin. Whack-a-Mole: Why Prosecuting Digital Currency Exchanges Won't Stop Online Money Laundering. *Lewis & Clark Law Review*, v. 18, n. 1, 2014. p. 13-15.

transparência inerentes à governança antilavagem. São elas, muito brevemente: a descentralidade, já que raramente existe uma entidade emissora das criptomoedas, como também não há uma instituição financeira central controlando as movimentações desses ativos; a pseudoanonimidade, uma vez que, em relação à maioria das moedas virtuais, inexiste um registro de identificação do usuário detentor; e a globalidade, na medida em que as transações com criptomoedas podem envolver usuários e *exchanges* de qualquer parte do mundo, pela internet.[74]

Desde essa perspectiva, uma leitura mais simplista consistiria em afirmar que qualquer relação remota entre atividades ilícitas e o uso de criptomoedas implicaria, desde já, em ocultação de bens, direitos ou valores, de modo a incorrer-se no crime de lavagem de dinheiro. Entretanto, semelhante leitura parece equivocada ao menos por dois motivos.

Primeiramente, porque isso poderia implicar em superdimensionamento dos riscos de lavagem no ambiente virtual. Entretanto, até certo ponto, todas as características das criptomoedas estão presentes no trato das moedas fiduciárias. Tomando o exemplo do real em papel moeda, ninguém sabe dizer exatamente quantas cédulas estão em circulação, quantas dessas se encontram no Brasil, e quantas outras espalhadas pelo mundo. Tampouco se pode dizer quantas pessoas guardam ou escondem dinheiro em suas casas, nem por quantas mãos passaram uma mesma cédula de moeda. Desta sorte, o risco particular envolvido no uso das criptomoedas será, não absoluto, mas relativo às vantagens que o ambiente virtual oferece perante outras alternativas disponíveis para a lavagem de dinheiro.[75] Em comparação com o papel moeda, por exemplo, o ambiente virtual oferece, sobretudo, a vantagem operacional de se manejarem vultuosas somas de dinheiro, sem, com isso, levantar maiores suspeitas de potenciais testemunhas. Da mesma forma, em comparação com movimentações financeiras bancárias, suntuosas movimentações de valores podem ser feitas sem que haja comunicação aos órgãos de persecução penal, os quais podem ser igualmente iludidos por técnicas de embaralhamento das criptomoedas.

Uma segunda dificuldade presente na correlação automática entre criptomoedas e lavagem de dinheiro, consiste, contudo, na percepção de que os ambientes das criptomoedas seriam *per se* criminosos, desconsiderando-se que, quando não proibidos,[76]

---

74. Cf. CAMPBELL-VERDUYN, Malcolm. Bitcoin, crypto-coins, and global anti-money laundering governance. *Crime, Law and Social Change*, v. 69, n. 2, 2018. p. 284 e ss. CHRISTOPHER, Catherine Martin. Op. cit, p. 11 e ss. GRZYWOTZ, Johanna. Op. cit., p. 96 e ss. HAFFKE, Lars; FROMBERGER, Mathias; ZIMMERMANN, Patrick. Cryptocurrencies and anti-money laundering: the shortcomings of the fifth AML Directive (EU) and how to address them. *Journal of Banking Regulation*, v. 21, 2020. p. 129 e ss. MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. Op. cit., p. 265 e ss. SAAVEDRA, Giovani Agostini; BELLO, Douglas Sena. Breves notas sobre compliance..., cit., p. 163.

75. Cf., CHRISTOPHER, Catherine Martin. Op. cit., p. 20 e ss. MAUME, Philipp; HAFFKE, Lars; ZIMMERMANN, Patrick. Op. cit., p. 152.

76. A exemplo do que fizeram Bangladesh, Bolívia, e Equador, que proibiram a utilização de criptomoedas. Conforme aponta CAMPBELL-VERDUYN, outros países, como a China e o Vietnam,

esses ambientes constituem meios *lícitos* para troca de bens, valores e serviços. Como é de se ver, o reconhecimento da licitude de transações com criptomoedas (que, no Brasil, se deu pontualmente com a IN 1.888/2019), gera consequências para a imputação penal, em particular no que se refere ao princípio da confiança entre os usuários, e até certo ponto, entre esses e as *exchanges*. Assim, a análise sobre o risco das criptomoedas para a lavagem de dinheiro deve ser feita tendo-se em vista as características dos ambientes virtuais, nos marcos de legalidade estabelecidos para eles.

Nesse tocante, é importante ter em vista que a aproximação atual dos organismos internacionais sobre o ecossistema das criptomoedas pode ser caracterizada como sendo a de um risco, até certa medida tolerado, que evita a proibição de inovação na tecnologia das criptomoedas, por reconhecer sua importância em termos de desenvolvimento econômico e social, mas que busca, em contrapartida, oferecer um nível mínimo suficiente de normatização sobre as moedas virtuais, a fim de garantir o controle penal.[77] De fato, isso coloca inúmeros desafios para a regulação dos atores que atuam nos ambientes das criptomoedas, sobretudo na identificação dos pontos de contato que se estabelecem entre o sistema virtual e o sistema financeiro já regulado.[78]

Desse modo, parece claro, também, que sem uma padronização de caráter internacional, quaisquer tentativas de normatização nacional, qual se deu na IN 1.888, podem mostrar-se absolutamente infrutíferas. Isso se deve, sobretudo, à globalidade das criptomoedas, que facilmente permite a troca do ambiente virtual regulado em favor daqueles de menor regulação.[79] Assim, embora seja evidente que novas medidas de *compliance* tenham sido, em muito, efetivadas a partir da IN 1.888/2019, existe inegável necessidade de aperfeiçoamento da legislação no sentido de busca de necessários e maiores controles, os quais só podem ser efetivados em caso de cooperação internacional.[80]

---

aplicaram proibições seletivas às empresas de serviços financeiros que operam nas suas jurisdições. Cf. CAMPBELL-VERDUYN, Malcolm; GOGUEN, Marcel. The mutual constitution of technology and global governance: Bitcoin, blockchains, and the international anti-money-laundering regime. CAMPBELL-VERDUYN, Malcolm (Org.). *Bitcoin and Beyond:* cryptocurrencies, blockchains, and global governance. London: Routledge, 2018. p. 79.

77. Cf. CAMPBELL-VERDUYN, Malcolm. Op. cit., p. 284.

78. RODRIGUES, Gustavo; KURTZ, Lahis. *Cryptocurrencies and anti-money laundering regulation in the G20*. Belo Horizonte: Institute for Research on Internet and Society, 2019. p. 6 e s. Disponível em: [http://bit.ly/32Fw4xD]. Acesso em: 10.06.2020.

79. MÜLLER, Lukas; REUTLINGER, Milena; KAISER, Philippe. Op. cit., p. 95.

80. Nesse sentido, a manifestação de Estellita, segundo a qual "a lavagem de capitais com criptomoedas, como a BTC, é possível. O poder de incrementar o risco de lavagem que é derivado de suas três características principais (a descentralização, a 'pseudoanonimidade' e a globalidade) poderá, porém, ser bastante mitigado quando as *exchanges* estiverem sujeitas às medidas de prevenção e controle de lavagem. Isso porque a identificação dos usuários, que será por elas realizada, somada à total transparência das transações no *blockchain* tornarão a rastreabilidade bastante superior àquela que se tem hoje, por exemplo, relativamente ao dinheiro em espécie. Restam, porém, os desafios postos pela descentralização e, especialmente, pela globalização, que

3.2. Lavagem de dinheiro por parte do usuário de criptomoedas

Conforme mencionado anteriormente, ainda hoje pode-se dizer que falta maior consenso na doutrina sobre a delimitação da responsabilidade penal atinente à lavagem de dinheiro mediante as criptomoedas. Embora as atenções dos organismos internacionais, órgãos regulatórios e autoridades de persecução penal se voltem sobretudo para a regulação das *exchanges*, ainda assim, resta grande interesse, e dúvida, sobre a verificação da potencial responsabilidade penal daquele que utiliza as criptomoedas.

Hão de se ter, e passadas em revista, portanto, algumas possibilidades nesse sentido, distinguindo-se: a situação em que a aquisição de criptomoedas ou sua negociação envolve dinheiro de origem ilícita, proveniente de crimes praticados por outrem; os casos em que o próprio autor do delito antecedente adquire criptomoedas com o produto do crime, perfazendo a autolavagem; e, por fim, a conduta de reinserção de criptomoedas no mercado, com aparência de licitude.

3.2.1. Aquisição, por usuário do sistema de criptomoedas, de valores ilicitamente obtidos por outrem

Uma primeira questão a ser levada em conta diz respeito ao fato da possível aquisição de criptomoedas ser feita com dinheiro, bens ou valores de proveniência ilícita, cujos crimes a serem ocultados foram cometidos por outrem. Aqui, cabe considerar como, e de que forma, isso poderia configurar uma situação de lavagem de dinheiro. Inicialmente, vislumbram-se algumas possibilidades.

A primeira delas diria respeito ao indivíduo que vem a adquirir os criptoativos com valores de proveniência ilícita, sem que se verifique uma relação direta com a atividade criminosa de origem. Imagine-se, a título de exemplo, o caso de quem vende ou adquire criptomoedas para terceiros, a partir de bens ou valores cuja procedência é criminosa, como um verdadeiro criptomoedeiro. Tenha-se em conta, ainda, o caso do indivíduo que recebe recursos de terceiros para, *v.g.*, gerir um laboratório de computadores de mineração de bitcoins, de modo que, ao final, as criptomoedas garimpadas sejam transferidas a esses terceiros, tal como descobriu-se recentemente no Estado do Rio Grande do Sul, em que traficantes teriam utilizado valores de tráfico para adquirir bitcoins mediante semelhante esquema.[81] Considere-se, por fim, o exemplo dos fundadores de uma *startup*

permitem a movimentação de valores de forma extremamente rápida ao redor do mundo. Estes desafios indicam a necessidade de uma intensa e eficaz cooperação internacional em matéria financeira e penal". (ESTELLITA, Heloisa. Op. cit., p. 10). Cf., também, as disposições do GAFI a esse respeito. FATF. *Guidance for a risk-based approach*… cit., passim.

81. Cf. RIO GRANDE DO SUL. Secretaria de Segurança Pública. *Denarc desmonta laboratório de mineração de bitcoins a serviço do tráfico*. 24.04.2019. Disponível em: [www.ssp.rs.gov.br/denarc-desmonta-laboratorio-de]. Acesso em: 10.07.2020.

que fazem uma oferta inicial de moedas (*inicial coin offering* – ICOs), com o intuito de captar recursos de investidores interessados na valorização futura das moedas virtuais.

Em tais hipóteses, a questão diz respeito, de fato, a saber se a inserção de valores patrimoniais no ambiente de criptomoedas poderia vir a ser caracterizada como ato de colocação na primeira fase da lavagem. Em casos mais simples, sobretudo nos quais há alguma sorte de contato direto entre as partes, o nível de conhecimento do indivíduo sobre de fatos atinentes à proveniência dos bens, direitos ou valores transmitidos pelo terceiro já daria indicação, para ele, acerca da natureza, direta ou indireta, de infração penal. Maior dificuldade se coloca, contudo, quando as transações ocorrem via internet, sem que haja potenciais possibilidades de averiguar, com precisão, quem é a outra parte e qual a origem de seus recursos.

Da mesma maneira, cabe avaliar, em uma segunda hipótese, os casos de negociações diretas em criptomoedas, feitas entre particulares. Em semelhante situação, tem-se, por exemplo, a pessoa que realiza a troca de moedas virtuais no sistema *peer-to-peer*, no intuito de viabilizar operações de câmbio e conversão que lhes sejam mais vantajosas. Imagine-se, ademais, o caso do indivíduo que realiza a venda de um automóvel pago em criptomoedas, ou da pessoa que adquire moedas desviadas ou "furtadas" a partir do *hackeamento* de dispositivos pertencentes a outros usuários do sistema. Em tais hipóteses, indaga-se em que medida tais negociações configurariam uma situação de dissimulação dos valores já inseridos no ambiente das criptomoedas, no que seria uma segunda fase da lavagem de dinheiro, ou, até mesmo, de sua integração.

No tocante à caracterização dos potenciais atos de ocultação delitiva, a grande questão presente diz respeito ao fato do alegado e parcial anonimato no uso das criptomoedas. A esse respeito, note-se, em primeiro lugar, que existe certo grau de lendas urbanas postas ao tema, as quais cabem ser esclarecidas. De início, é de se ver que a mais prolatada das criptomoedas, a bitcoin, desde logo não é anônima por completo em si. Em que pese o fato de guardar um certo grau de anonimato, não se mostra irrastreável, o que seria, esse sim, um problema a ser considerado, como se vê em relação a outras criptomoedas, como a monero.[82] O problema em torno do anonimato fica ainda mais claro quando se observam as regras de informações sobre criptoativos vistas na IN 1.888, em especial em seu art. 7º. Nos termos da legislação, a quebra de tais obrigações de informar poderia impor a comunicação ao Ministério Público Federal, quando houver indícios especificamente de lavagem de capital (art. 1º da Lei 9.613/1988), como se verifica no art. 11 da referida normativa. A solução administrativa sugere, desse modo, que a ausência de cumprimento normativo pode levar à investigação por ocultamento em si das criptomoedas.

Contudo, o ocultamento em si, a título de lavagem, constitui, em todas essas hipóteses, um problema de alta indagação, que necessita de análise mais aprofundada em cada caso. Como se viu, através de uma multiplicidade de opções de compra, quer em *exchanges* (que cumprem, aqui, um papel de casas de câmbio), ou por pessoa a pessoa,

82. MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. Op. cit., p. 271. RAZZANTE, Ranieri. Op. cit., p. 71.

podem-se verificar meios mais ou menos aptos para a ocultação de valores, principalmente dado o seu caráter de anonimidade e de difícil rastreio. Desta sorte, seria de se dizer que existe a possibilidade de dissimulação, no mínimo, da origem, localização ou propriedade de bens. Entretanto, semelhante percepção de maneira alguma poderia ser generalizada.

A despeito de percepções que equivocadamente as vinculam com esquemas de estelionato ou os mencionados esquemas ponzi,[83] as criptomoedas representam, em si, um verdadeiro setor econômico. Apesar da inovação posta ao sistema econômico atual, já tendo inúmeros adeptos e com mercados a níveis globais, o que permite considerar sua aquisição como um investimento qualquer,[84] a questão necessitaria maiores reflexões. Logo, a aquisição de qualquer criptomoeda, apesar de poder favorecer lavagem de dinheiro, não implica, necessariamente, nela. Transações com as criptomoedas são, no mínimo, condutas adequadas socialmente, senão condutas penalmente neutras.

Nesse sentido, percebe-se que a questão da avaliação dolosa acerca da conduta pode se mostrar bastante conflituosa no tocante às criptomoedas, sobretudo nas hipóteses em que não se verifica uma implicação direta entre o terceiro e o autor dos ilícitos. A esse respeito, Sicignano aponta que, na ocorrência de clara idoneidade da conduta de aquisição do particular, não seria de se vislumbrar, de modo algum, a possibilidade de crime. Nesse contexto, a tentativa de buscar amparo em um conceito frágil como o de homem médio, é caminho que dificilmente permite uma solução segura para a avaliação do risco doloso,[85] sendo necessário a busca de solução em outros campos.

Com efeito, deve-se considerar que a liberdade de negociação, bem como a licitude do sistema de pagamento por criptomoedas, são fatores que permitem, ao particular, uma atuação pautada com base no princípio da confiança, sem que seja esperado dele o controle sobre a procedência dos dinheiros ou criptomoedas recebidas. Muitas criptomoedas funcionam como sistema de pagamento ou se integram aos sistemas tradicionais, com a diferença que, no caso do sistema virtual, a ausência de regulamentação sobre o setor, muitas vezes, mitiga, ao invés de aumentar a possibilidade de suspeita sobre a origem dos valores. Desse modo, a suspeita acerca da proveniência da origem dos valores, no caso da aquisição de um automóvel em criptomoedas, é muito mais difícil de ser estabelecida se comparada com uma aquisição em dinheiro vivo, uma vez que o uso de papel

83. Sobre a dimensão do problema, veja-se VASEK, Marie; MOORE, Tyler. Analyzing the Bitcoin Ponzi scheme ecosystem. *In*: *International Conference on Financial Cryptography and Data Security*. Berlin: Springer, 2018. p. 101 e ss.

84. Quanto a isso, a jurisprudência nacional já se manifestou de forma pontual, como se lê em ações de indenização civil contra *exchanges*, cuja atuação também chegou a ser categorizada no crime de operação de instituição financeira sem autorização legal no caso da Operação Egypto da Polícia Federal.

85. SICIGNANO, Gaspare Jucan. Op. cit., p. 143.

moeda em grandes volumes se mostra *per se* suspeito em razão do processo de digitalização dos meios de pagamento.

Logo, apesar da aquisição de criptomoedas poder se mostrar como criminosa para fins de lavagem de dinheiro, em tais casos, uma imputação apenas se justificaria quando evidente a intencionalidade de branqueamento de capitais a partir de outros elementos objetivos da transação entre as partes. Para tanto, toda uma lógica particular do elemento subjetivo deve ser tida em conta. Tais elementos seriam, em princípio, aqueles que, por sua vez, fogem à normalidade esperada no contexto, tais como, eventualmente, o envolvimento de valores exorbitantes na transação. Portanto, somente se houver tais incrementos potenciais de riscos de lavagem é que se poderia imaginar qualquer sorte de intervenção penal. Não antes.

Assim, em passo adiante, uma terceira constelação fática relevante se verifica quando há uma conexão direta entre a aquisição pelo usuário das criptomoedas e a atividade delitiva. Se a operação for realizada com escopo de dificultar, ou obstaculizar, a origem delituosa do bem, clara estaria, em princípio, a infração de lavagem. Imagine-se, nesse sentido, o caso de um funcionário público que venha a ser corrompido mediante paga em criptomoedas. Em semelhante hipótese, poder-se-ia considerar que o agente estaria a incorrer, também, na conduta de lavagem, na medida em que o meio de realizar o pagamento já leva à ocultação em si dos valores recebidos. Como já mencionado, o fato de se encontrar uma *hard wallet*, junto com as suas respectivas palavras-chave de acesso, que venha, derradeiramente, a se mostrar não declarado e de origem ilícita, já poderia implicar, em tese, a incorrência em lavagem de dinheiro. Mas, por óbvio, essa situação implica outra sorte de verificações e possibilidades.

3.2.2. Aquisição de criptomoedas com dinheiro de origem ilícita: a autolavagem

Em tópico anterior discorreu-se sobre o entendimento da jurisprudência nacional acerca punição por autolavagem. Essa hipótese é uma realidade própria do cenário brasileiro, onde se considera que a lavagem de dinheiro protege bem jurídico autônomo, sem confundir-se com o exaurimento de delitos antecedentes. Da mesma maneira, reconhece a jurisprudência a necessidade de se verificar a prática de atos autônomos de ocultação, a fim de configurar-se a autolavagem.

Com efeito, a realidade das criptomoedas parece impor uma distinção fundamental entre os atos de ocultação potencialmente praticados por terceiros em comparação com as hipóteses de lavagem praticadas pelo próprio autor do crime antecedente. Pois, se a legalidade do sistema de criptomoedas pauta uma regra de confiança, a partir da qual a simples aquisição ou detenção de criptomoeda não configura lavagem de dinheiro, a menos que se verifiquem situações específicas, o mesmo não se pode dizer de outras condutas que possam implicar em autolavagem.

Particular importância assume aqui a possibilidade de utilização de métodos específicos que permitem efetivar o distanciamento das moedas de sua origem infracional.

Conforme esclarecem Campbell-Verduyn e Goguen, semelhantes métodos não necessariamente surgem com intuitos criminosos, podendo ser entendidos principalmente como contrarreações em relação à preocupação de que, as transações baseadas em bitcoin e *blockchain,* já não seriam tão anônimas como se acreditava inicialmente.[86] Desta sorte, ao longo do tempo, foram ao menos três protocolos distintos com o fim de assegurar a anonimidade das transações no ecossistema das criptomoedas.

Em um momento inicial, programas "anonimizadores" passaram a permitir a entrada e saída de valores entre o sistema das criptomoedas e o sistema monetário estatal com identificações pessoais distintas, impossibilitando relacionar a moeda com o seu proprietário[87]. Depois, em um segundo momento, criaram-se os chamados os "serviços de mistura" (*tumblers, blenders* ou *mixers*), os quais podem ser centralizados, a exemplo do BitLaundry e do Bitcoin Fog, como também podem operar de modo descentralizado, diretamente entre os usuários, qual se dá nos casos do ConinJoin e do JoinMarket. Em tais serviços, os usuários reúnem suas moedas, e após o processo de mistura em combinações aleatórias, retomam os valores inicialmente colocados antes da combinação, geralmente em variados e novos endereços, de modo que dificilmente se possa rastrear a sua origem.[88] Assim, esses usuários associados originam, em conjunto, uma única transação formal na *blockchain*, embora ela represente, em realidade, várias transações. Uma vez que semelhantes serviços obscurecem a cadeia de transações, tem-se aqui o incremento da dificuldade de rastreio.[89] Por fim, uma terceira e mais recente tecnologia deu origem a novas variações de criptomoedas, tais como a já mencionada monero, ou, ainda, zcash, zerocoin, e dash, entre outras, as quais foram desenvolvidas com o intuito de oferecer completa anonimidade em suas transações.[90] Todos, enfim, casos próximos à técnica de lavagem de ativos conhecida como mescla.[91]

Além dessas situações, algo que preocupa é a possibilidade facilitada de dissimulação em atuações, por exemplo, a arbitragem de criptomoedas. Nesses casos, trata-se de situação de compra e venda de criptomoedas em diferentes *exchanges*, mesmo de diversos países, aproveitando-se de taxas cambiais diversas.[92] Além disso, a dissociação dos usuá-

86. Cf. CAMPBELL-VERDUYN, Malcolm; GOGUEN, Marcel. Op. cit., p. 80.

87. Cf. CAMPBELL-VERDUYN, Malcolm; GOGUEN, Marcel. Op. cit., p. 80.

88. Cf. GRZYWOTZ, Johanna. Op. cit., p. 105-108. CAMPBELL-VERDUYN, Malcolm; GOGUEN, Marcel. Op. cit., p. 80. MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. Op. cit., p. 293 MÖSER, Malte; BÖHME, Rainer; BREUKER, Dominic. An inquiry into money laundering tools in the Bitcoin ecosystem. *APWG eCrime Researchers Summit*, 2013. p. 1-14.

89. Cf. MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. Op. cit., p. 295. RAZZANTE, Ranieri. Op. cit., p. 69 e ss.

90. Cf. CAMPBELL-VERDUYN, Malcolm; GOGUEN, Marcel. Op. cit., p. 80. MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. Op. cit., p. 298.

91. BARROS, Marco Antonio. Op. cit., p. 51.

92. Cf., sobre a consideração de arbitragem internacional com absorção de recursos ilícitos como lavagem de dinheiro, DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Op. cit., p. 407.

rios com suas moedas pode se dar já mesmo com a mera utilização de serviços de carteira virtual. Isso porque muitas dessas carteiras detêm o controle sobre as chaves privadas dos usuários, retornando-lhes os valores confiados em moedas aleatórias, sem que as identidades dos clientes sejam armazenadas ao final.[93]

Note-se, pois, que a autolavagem de dinheiro na utilização de criptomoedas mostra-se, a princípio, potencialmente possível. Entretanto, para a sua caracterização, mostra-se necessária a averiguação de condutas orbitantes à lavagem, bem como a necessidade de ser verificada, por igual, toda a perspectiva subjetiva do agente nesse processo.

Desta sorte, cabe refletir, ademais, sobre o que mais poderia configurar atos de colocação ou dissimulação, próprios de autolavagem, em um ambiente virtual reconhecido como autêntico sistema monetário ou financeiro. Conforme já salientado, esse paulatino processo de formalização das criptomoedas tem uma de suas consequências o fato de que o simples uso das mesmas não pode ser caracterizado como oculto ou criminoso em si. Imagine-se a hipótese de um traficante de drogas cujo recebimento em criptomoedas seja apenas uma das possíveis formas de pagamento pelo produto ilícito. Seria demasiado simplista caracterizar um recebimento pontual de valores como autolavagem. Nesse tocante, parece essencial seguir o direcionamento da jurisprudência do STF quando exige a prática de atos de ocultação autônomos do produto do crime. Desta sorte, para configurar a autolavagem de dinheiro no exemplo mencionado, seria necessário verificar-se, no mínimo, a dissimulação sistemática de valores recebidos em volumes consideráveis, por exemplo, através do recebimento em inúmeras carteiras, ou, ainda, no contexto de atuação de uma organização criminosa.[94]

93. Particular dificuldade se apresenta para o terceiro que utiliza tais serviços, cuja participação configura potenciais condutas de auxílio, na medida em que contribuem para a autolavagem praticada por outrem. Novamente, aqui, há a necessidade de ser verificada, por igual, toda a perspectiva subjetiva do agente nesse processo. Assim, para o indivíduo que toma parte em serviços de mistura, ainda que seu intuito seja apenas garantir a anonimidade de suas transações por razões pessoais quaisquer, parece claro o alto risco envolvido no sentido de que está, no mínimo, contribuindo para atos de ocultação de valores ilícitos praticados por outrem. Semelhante inferência não se deixa realizar tão facilmente, contudo, no que diz respeito ao usuário que opta pelo uso de carteiras virtuais menos seguras ou serviços de arbitragem, embora os mesmos se mostrem igualmente aptos para a dissimulação da origem de valores ilícitos.

94. Acerca do problema particular da autolavagem, Frederico Horta e Adriano Teixeira defendem visão mais restrita que a opinião dominante sobre o tema. Nesse sentido, exigem particular afetação do bem jurídico protegido pelo crime de lavagem. Dessa maneira, a prática de atos de ocultação somente configuraria lavagem quando determinada atividade econômica fosse afetada, a partir de dano à concorrência, na hipótese de prejuízo para os demais agentes do mercado. Alternativamente, consideram que ainda poderia haver a autolavagem quando os atos de dissimulação fossem praticados em favor de organização criminosa. HORTA, Frederico; TEIXEIRA, Adriano. Op. cit., p. 38 e ss. Em solução semelhante chegam MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. Op. cit., p. 284.

Por outro lado, é preocupante a possibilidade de se derivar a hipótese de autolavagem a partir da simples verificação de infringência dos deveres acessórios de comunicação sobre as operações realizadas com criptoativos, nos termos da Instrução Normativa 1.888/2019 da Receita Federal. Embora a prática de crimes tributários possa ser acompanhada da lavagem de dinheiro, cabe diferenciar ambas as questões. No âmbito de empresas, por exemplo, a configuração de autolavagem de dinheiro pela simples supressão de tributos é duramente criticada pela doutrina, chegando alguns a considerarem como verdadeira "ficção" a ideia de que se poderia etiquetar como "sujos" os valores suprimidos que não saem da empresa.[95] Desse modo, tanto em relação às empresas como em relação ao contribuinte, parece claro, também aqui, que para a ocultação de valores resultantes de crime tributário, por intermédio de criptomoedas, é preciso que se verifique a existência de técnicas e procedimentos dirigidos para ocultação e dissimulação dos tributos suprimidos. Nesse sentido, a ocultação poderia se verificar mediante a aquisição, anônima, de criptomoedas completamente anônimas e irrastreáveis. A simples retenção de valores lícitos não declarados à Receita parece ser insuficiente para tal.

3.2.3. A integração das criptomoedas

Por outro lado, a reintegração de criptomoedas, com aparência de licitude, se mostraria como outra modalidade de lavagem de dinheiro. Tratar-se-ia, sim, da mais fácil e corriqueira forma de lavagem, evidenciando o quão frágil é o cenário de criptomoedas nesse campo. Aqui, a última fase da lavagem pode se configurar pela reinserção das criptomoedas no mercado formal de criptoativos, após a dissimulação de sua origem, como, também, por meio de sua conversão para o sistema de moedas fiduciárias ou mesmo através da aquisição de bens e serviços.

Miranda e Vianna, aliás, destacam que a reintegração poderia se dar de maneira relativamente simples no atual contexto normativo, na medida em que a Receita Federal passou a exigir a inclusão de informações na Declaração de Imposto de Renda sobre as criptomoedas somente a partir do ano de 2017. Em razão disso, observam que as criptomoedas poderiam ser declaradas regularmente como tendo sido adquiridas antes desse período, porém, com a informação de que a compra dos ativos foi feita "em baixíssimas cotações, atribuindo os ganhos financeiros à volatilidade da criptomoeda."[96] E, para tanto, bastaria uma declaração retificadora no Imposto de Renda.

Inúmeros bens, hoje, podem ser adquiridos com criptomoedas, utilizando-as, até mesmo, como um sistema alternativo de remessas,[97] o que mais gritantemente evidencia possibilidades de lavagem de capitais.[98] Mas, é de se notar, que nem toda a utilização de

95. HERZOG, Felix. Op. cit., § 13 nm. 91.

96. MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. Op. cit., p. 298 e ss.

97. DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Op. cit., p. 393 e ss.

98. MENDRONI, Marcelo Batlouni. Op. cit., p. 233 e ss.

criptomoedas pode implicar crime. Uma vez mais, no entanto, torna-se absolutamente necessária a verificação de todo o contexto fático. Muito embora seja teoricamente possível a incriminação, na prática, ela se mostra bastante complexa, havendo incursões subjetivas e também objetivas de obrigatória verificação.

3.3. Lavagem de dinheiro por parte dos responsáveis das exchanges

Já se mencionou, alhures, que o campo atinente à lavagem de dinheiro é extremamente rico em propostas preventivas. Ao se considerar esse fato, juntamente com a percepção de que as criptomoedas abrem uma possibilidade ampla de incorrência de lavagem, além de um crescente aumento de sua utilização,[99] resta absolutamente claro que é junto à sua comercialização que podem se dar as maiores possibilidades de controle.

Assim, o caso das *exchanges* mostra-se, sem dúvida, como o mais rico em termos de preocupação em relação à lavagem de dinheiro. Não o único, mas talvez o de mais evidente preocupação acadêmica. E isso, fundamentalmente, porque é no ambiente das *exchanges* em que se verificam os pontos de contato mais explícito entre o ambiente das moedas virtuais e o sistema monetário tradicional. Além disso, é em relação às *exchanges* que se percebem riscos específicos em termos de rastreabilidade e identificação, seja por meio da possibilidade de mistura anônima de criptomoedas, seja pela utilização de *mixing-services*,[100] onde o risco de dissimulação dos ativos se mostra incrementado. Não por outra razão, diversos autores apontam no sentido de que a elaboração de deveres de *compliance* a serem cumpridos pelas *exchanges* se mostraria como um dos melhores sistemas preventivos de controle à lavagem de dinheiro.[101]

Conforme visto, as *exchanges* são plataformas que funcionam como serviços de câmbio a fim de intermediar a troca entre criptomoedas e dinheiro ficudiário, como, também, entre as diversas criptomoedas. Nesse tocante, é essencial observar a peculiaridade que as duas diversas modalidades de *exchanges* colocam para uma regulação sobre a matéria. Assim, as *exchanges* classificadas como "centralizadas" atuam como verdadeiras intermediárias entre os que desejam comprar e vender criptomoedas, o que implica igualmente riscos operacionais específicos de custódia dos ativos.[102] Já no caso das

99. TELLES, Christina Mariani da Silva. Op. cit., p. 80.

100. Cf. GRZYWOTZ, Johanna. Op. cit., p. 104 e s., 292 e ss.; MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. Op. cit., p. 292 e ss.

101. BELLO, Douglas Sena; SAAVEDRA, Giovani. A necessária reflexão..., cit., p. 270. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Bitcoin*..., cit.. p. 158 e ss.

102. ESTELLITA, Heloisa. Op. cit., p. 8. Conforme esclarece Grupenmacher, por essa via, são constatados dois sistemas computacionais distintos, um dentro da *blockchain* e outro que funciona como base de dados de uma *exchange*. Desse modo, "ao negociar por meio de uma plataforma, há apenas a transferência de titularidade na base de dados interna, não sendo realizada qualquer operação em blockchain. Essa transferência final de titularidade em blockchain acontece apenas quando há a retirada ou o depósito de ativos, momento em que será fornecido o hash da operação (...)

exchanges "descentralizadas", tem-se a possibilidade de transações diretas entre os interessados, sem uma necessária participação de terceiros, uma vez que a aproximação se dá pelo trabalho de *softwares*.[103] A esse ponto, voltaremos mais adiante.

Por ora, cabe salientar que as tendências de regulamentação mais recente no campo antilavagem não se restringem ao problema das *exchanges*. De uma maneira geral, tais movimentos regulatórios se localizam basicamente em três planos: a autorregulação dos provedores de serviços virtuais, a regulação externa dos mesmos por meio de iniciativas nacionais, e a abordagem regulatória de organismos internacionais, entre as quais se destacam as recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI/FATF).[104]

No presente momento, não recai sobre as *exchanges* sediadas no Brasil nenhum dever específico de informação, identificação ou controle para fins de lavagem de dinheiro, conforme já se mencionou. Isso dificulta a possibilidade de responsabilização criminal de seus representantes por atos de lavagem, na medida em que elas não se encontram submetidas a quaisquer padrões para a delimitação de atividades suspeitas, operações de alto risco ou de identificação do cliente.[105] Nesse tocante, é importante salientar que, com exceção de casos extremos, nos quais se verifiquem arranjos técnicos voltados para a facilitação de ocultação de valores, a identificação efetiva de clientes e o armazenamento de informações sobre a origem e o destino das transações efetuadas não consiste em tarefa trivial.

Com efeito, críticos atentam para a dificuldade operacional de padrões de controle e *compliance* pelas *exchanges*, sobretudo quando se tem em vista aquelas de pequeno porte[106]. Ademais, existe certo ceticismo quanto à efetividade de regulações sobre a atuação das *exchanges* para fins de lavagem de dinheiro, na medida em que os usuários mal-intencionados sempre teriam a possibilidade de buscar ambientes de menor

---

Assim, a titularidade do dinheiro e os ativos criptografados dos clientes acabam se misturando, e a cada plataforma cabe o desenvolvimento da tecnologia que permita essa segregação internamente. Com tais sistemas desenvolvidos será possível controlar os bens e o dinheiro a que se possui, hoje cada usuário tem acesso a uma tela individual que é parte do sistema da exchange, no qual há o balanço e o extrato de suas transações. No entanto, para fins legais, os recursos estão na conta correte em nome da *criptoexchange*, não havendo qualquer separação de titularidade em relação aos valores." (GRUPENMACHER, Giovana Treiger. Op. cit., p. 60 e ss.).

103. ESTELLITA, Heloisa. Op. cit., p. 8. Cf., em especial, a ampla análise dos modelos em GRUPENMACHER, Giovana Treiger. Op. cit., p. 663 e ss.

104. CAMPBELL-VERDUYN, Malcolm. Op. cit., p. 289 e ss.

105. Em diversos lugares do mundo, as preocupações do setor bancário com o *compliance* antilavagem têm levado a uma recusa de hospedar contas e transações financeiras de *exchanges*, levando a um cerco contra esse setor do mercado. No Brasil, a questão culminou na judicialização do caso envolvendo o Banco Itaú e Banco do Brasil. A respeito, cf. GRUPENMACHER, Giovana Treiger. Op. cit., p. 68 e s.

106. Cf., de maneira geral, a crítica em SINGH, Kevin. New wild west: preventing money laundering in the Bitcoin network. *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, v. 13, p. 38-64, 2015. MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. Op. cit., p. 301.

regulação.[107] Particularmente, afirma-se que a imposição dessas medidas não consegue ser implementada em termos práticos, já que os *sites* podem surgir e desaparecer com tanta rapidez, que enquanto os órgãos de persecução penal detectam uma *exchange* suspeita, tantas outras terão aparecido em outro lugar.[108]

A despeito disso, fato é que diversas corretoras têm aderido de maneira espontânea aos parâmetros de *compliance* já estabelecidos legalmente para o sistema financeiro. Embora frisem a dificuldade de adequação devido às especificidades da tecnologia envolvida, as empresas têm buscado o caminho da autorregulação via *compliance* como uma maneira de conferir legitimidade à sua atuação no mercado.[109] No mínimo, o que se pode obter dessa maneira é a imposição de gargalos no ambiente das criptomoedas, iniciativa que se mostra de todo modo válida, embora ainda haja inúmeras incertezas de ordem operacional no que se refere à implementação das medidas necessárias e possíveis a serem tomadas.

Muito provavelmente, porém, será no campo de regulação externa das *exchanges* que surgirão as principais delimitações normativas sobre a matéria.[110] Inúmeras propostas legislativas estão a ser discutidas em vários países, os quais têm iniciado um movimento de regulamentação do setor, em grande parte alinhados com os padrões antilavagem já estabelecidos internacionalmente.[111] No Brasil, há propostas que vão desde a criação de tipos penais de gestão fraudulenta e temerária de *exchanges* até a tipificação de fraudes piramidais. Para além de tais iniciativas, tudo indica que a incumbência a ser imposta às *exchanges* ocorrerá no sentido de identificação dos clientes e registro de operações, na linha do proposto nos art. 9º, 10 e 11, da Lei 9.613/1998, na linha do que propõem alguns dos projetos que se encontram atualmente em tramitação.[112] Aliás, já era esse o passo seguido pela Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA).[113] Nesse tocante, entre as 11 ações propostas pela estratégia em 2018, destaca-se a n. 8, que sugere "aprofundar os estudos sobre a utilização de moedas

107. SINGH, Kevin. Op. cit., p. 45 e ss.

108. CHRISTOPHER, Catherine Martin. Op. cit., p. 23.

109. CAMPBELL-VERDUYN, Malcolm; GOGUEN, Marcel. Op. cit., p. 78.

110. Cf. SOUZA, Arthur de Brito Gueiros; COELHO, Cecília Choeri da Silva. Op. cit., p. 57.

111. Cf. a análise detalhada nos países do G-20 em RODRIGUES, Gustavo; KURTZ, Lahis. Op. cit., p. 23 e ss.

112. Cf. a tramitação no Senado brasileiro sobre o PL 3825, de 2019, de autoria do Senador Flávio Arns (REDE/PR) e o PL 3949, de 2019, de autoria do Senador Styvenson Valentim (PODEMOS/RN). Na Câmara dos Deputados, o PL 2.303, de 2015, de autoria do Dep. Federal Aureo Ribeiro – SD/RJ, bem como o PL 2.060, de 2019, de autoria do Dep. Federal Aureo Ribeiro – SOLIDARI/RJ.

113. Cf. CAVALCANTI, José Robalino. O sistema nacional antilavagem de dinheiro e seus atores. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 139 e ss.

virtuais para fins de lavagem de dinheiro e eventualmente apresentar propostas para regulamentação ou adequações legislativas."

*3.4. Ampliando a análise: provedor de serviços de ativos virtuais (*virtual assets service providers – VASPs*) e neutralidade tecnológica nas Recomendações do GAFI (GAFI/FATF)*

No ano de 2018, a União Europeia editou a Diretiva (UE) 2018/843 no intuito de ampliar o escopo de suas diretivas anteriores em matéria de prevenção contra a utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo.[114] Entre as medidas recentemente adotadas, encontra-se a inclusão de "prestadores cuja atividade consista em serviços de câmbio entre moedas virtuais e moedas fiduciárias", bem como "prestadores de serviços de custódia de carteiras" no rol das pessoas sujeitas ao mecanismo de controle antilavagem.

Com a diretiva, não apenas as *exchanges*, como também as plataformas de custódia de ativos, passam a depender de uma licença para a realização de suas atividades. Ademais, esses atores ficam obrigados a identificar seus clientes, manter os registros das transações e comunicar as operações suspeitas. Como se vê, ao invés de adotar a noção de criptomoedas, a diretiva de 2018 faz referência ao conceito, mais amplo, de "moedas virtuais". Ao mesmo tempo, a regulamentação não alcança serviços de intercâmbio entre diferentes moedas virtuais, limitando-se às pessoas que realizam o intercâmbio das moedas virtuais com as moedas fiduciárias. Pela redação legal, também os serviços de carteira ficam de fora das obrigações estabelecidas pela diretiva quando não ofereçam a custódia das moedas virtuais. Aqui, o exemplo básico da mutabilidade de tantos conceitos relativos às criptomoedas.

De todo modo, enquanto grande parte das propostas legislativas, mundo afora, e no Brasil, têm se debruçado sobre a questão das moedas virtuais, criptografadas ou não, e do papel desempenhado pelas *exchanges* no que se refere à lavagem de dinheiro, o GAFI (GAFI/FATF) tem concentrado esforços paulatinos na ampliação dos atores e das tecnologias envolvidas no cenário virtual.[115] Esse direcionamento fica claro sobretudo nas atualizações de 2018 e 2019 de suas recomendações sobre os ativos virtuais (*virtual assets*) e os provedores de serviços de ativos virtuais (*virtual asset service providers – VASPs*).

Dessa forma tem-se que, em sua orientação mais recente, o GAFI (GAFI/FATF) se preocupa com a "neutralidade tecnológica" dos padrões a serem adotados, os quais não devem se restringir a atividades ou a plataformas tecnológicas específicas, de modo a

114. EUROPA. *Diretiva (EU) 2018/1108 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 07 de maio de 2018*. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=-CELEX:32018L0843&from=PT]. Acesso em: 10.06.2020. A matéria é extensamente tratada pela Diretiva (UE) 2015/849, de 2015.

115. RODRIGUES, Gustavo; KURTZ, Lahis. Op. cit., p. 17 e ss.

se evitar a obsolescência da regulação no futuro ou mesmo a concessão de privilégios a determinados produtos.[116] De tal sorte, parece haver uma preocupação em adotar uma terminologia neutra, passando a se referir à noção de "ativos virtuais". A recomendação define o ativo virtual como "uma representação digital de valor que pode ser negociado digitalmente, ou transferido, e que pode ser utilizado para pagamento ou investimento", excetuando do conceito as "moedas fiat, títulos e outros bens financeiros que já estão abrangidos noutras partes das Recomendações do GAFI".[117] Desse modo, a recomendação engloba não apenas as moedas criptografadas (descentralizadas), como também as moedas virtuais centralizadas (cuja emissão se sujeita a uma autoridade administrativa), e *tokens* de uma maneira geral. Com isso, abarca-se, igualmente, os diversos usos que os ativos virtuais possam assumir, já que, além da função monetária, há moedas que desempenham a função exclusiva de investimentos, podendo funcionar como sistema de pagamento, ou, ainda, cumular tais funcionalidades.

Da mesma maneira, a atualização de 2019 amplia o escopo das recomendações no que se refere aos agentes obrigados ao controle e notificação. Aqui, longe de se limitar à percepção das *exchanges*, o conceito de "provedor de serviços de ativos virtuais" abrange qualquer pessoa natural ou jurídica, que pratique operações de

> "troca entre ativos virtuais e moedas fiduciárias ou entre uma ou mais formas de ativos virtuais (*v.g.*, *fiat-to-crypto exchanges*); transferência de ativos virtuais (*v.g.*, *crypto-to--crypto exchanges*); custódia e/ou administração de ativos ou de instrumentos que permitam o controle sobre ativos virtuais (*v.g.*, custodiante de criptoativos); participação em e prestação de serviços financeiros relacionados com a oferta de um emitente e/ou venda de um ativo virtual."[118]

Com isso, os provedores de carteiras virtuais (*e-wallets*) passam a ter relevância no contexto dos padrões exigidos pelo GAFI (GAFI/FATF). Note-se, ademais, a inclusão de atores importantes que são aqueles implicados nas ofertas iniciais de moedas (ICOs). Em tais ofertas, empresas ou governos emitem uma moeda virtual com a finalidade de angariar fundos. Em contrapartida, os investidores interessados compram as moedas virtuais na expectativa de que o seu valor aumente no futuro. Semelhantes ofertas são compreendidas como um instituto misto entre o que seria uma oferta pública inicial e uma campanha de *crowdfunding*. Desse modo, as ofertas iniciais de moedas chamam a atenção de políticas antilavagem na medida em que os ofertantes podem atrair grandes valores em

116. FATF. *Guidance for a risk-based approach*...Op. cit., p. 9.

117. FATF. *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation – The FATF Recommendations*. Paris: FATF/OECD, 2012. Atualizado em junho de 2019. Disponível em: [www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf]. Acesso em: 10.07.2020.

118. FATF. *Guidance for a risk-based approach*...Op. cit., p. 13 e s.

investimento, por meio de dinheiro ou outras moedas virtuais, sem precisarem se submeter às restrições legais e financeiras associadas de uma oferta pública na bolsa de valores.[119]

Por tais motivos, também as companhias de mineração se apresentam como atores potencialmente relevantes para fins de cumprimento com as incumbências antilavagem. Do mesmo modo, cabe observar que, segundo a recomendação vigente, não são todas plataformas de *exchange*, nem todas as custodiantes, que se submetem às regras do GAFI (GAFI/FATF). Assim, o foco é dado às plataformas que exercem custódia de ativos de maneira centralizada, como aquelas que mantém as chaves privadas dos usuários, ou as *exchanges* que funcionam de modo centralizado. Logo, empresas que apenas oferecem plataformas de negociação *peer-to-peer* podem ficar de fora do círculo de agentes sujeitos aos mecanismos de controle.

Dessa sorte, as diretivas mais recentes passam a impor aos provedores de serviços de ativos virtuais os deveres de identificação, controle e notificação já conhecidos e implementados pelos países que aderem às recomendações do GAFI (GAFI/FATF). Em termos práticos, isso significa, primeiramente, que os provedores de serviços relacionados com criptoativos e moedas virtuais se vêm obrigados à adoção de processos de *due diligence* do cliente para o mapeamento dos riscos de lavagem associados à sua clientela. Isso gera enorme desafios às empresas em termos tecnológicos, na medida em que os milhares de criptoativos existentes no mundo variam em seus protocolos e características técnicas de funcionamento.

Em segundo lugar, as novas orientações do GAFI (GAFI/FATF) impõem a implementação da chamada "regra de viagem" (*travel rule*), nos termos da Recomendação 16 do GAFI (GAFI/FATF).[120] A regra, até então aplicável apenas às instituições financeiras, exige que os países assegurem o acesso a informações sobre os remetentes e beneficiários das transferências de valores feitas por intermédio dos diversos provedores de serviços de ativos virtuais. Isso implica que os provedores serviços originários sejam capazes de obter e manter as informações sobre os usuários que fazem a transação, bem como de transferir tais informações aos provedores de serviços beneficiários, que recebem tais valores. São, portanto, movimentos de comunicação tanto a nível horizontal, dos provedores entre si, como vertical, destes para com as autoridades governamentais, em particular as unidades de inteligência financeira.

Independentemente das iniciativas legislativa em âmbito nacional, a paulatina adoção desses padrões pelas empresas cuja jurisdição se submete às recomendações do

119. Maiores detalhes em RHUE, Lauren. Trust is all you need: an empirical exploration of Initial Coin Offerings (ICOs) and ICO Reputation Scores (May 16, 2018). *SSRN*. Disponível em: [https://ssrn.com/abstract=3179723] ou [http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3179723]. Acesso em: 10.07.2020. CHOHAN, Usman. Initial Coin Offerings (ICOs): Risks, regulation, and accountability. In: GOUTTE. S.; GUESMI, K.; SAADI, S. (Org.). *Cryptofinance and mechanisms of exchange*: contributions to management science. Cham: Springer, 2019. p. 165 e ss.

120. FATF. *International Standards*…, cit., *passim*.

GAFI (GAFI/FATF) acaba por gerar um efeito em cadeia que atinge seus potenciais parceiros comerciais e acaba por restringir o espectro das moedas negociadas. Cedo ou tarde, tais exigências e ampliações serão objeto de preocupação também no Brasil, já que se submete ao cumprimento das recomendações do GAFI (GAFI/FATF).

No entanto, o que se percebe é que ainda existe grande incerteza e ceticismo quanto à operacionalidade da transposição dessas recomendações, que originalmente foram desenhadas para o setor financeiro, para os provedores de serviços de ativos virtuais. Para muitos provedores de serviços, uma efetiva identificação dos clientes ainda parece inimaginável. Do mesmo modo, as soluções técnicas disponíveis para o armazenamento de informações pessoais dos detentores de moedas conflitam em grande medida com as regras de proteção de dados e privacidade,[121] como ainda podem representar um elevado risco de vulnerabilidade para ataques de *hackers* interessados no "furto" de criptomoedas. Por fim, preocupa a amplitude da definição do que vêm a ser os provedores de serviços de ativos virtuais, uma vez que o conceito pode abarcar desenvolvedores de tecnologia em áreas não necessariamente comerciais. Nesse sentido, a sujeição a obrigações de controle pode simplesmente inviabilizar iniciativas tecnológicas de menor porte.

Conclusões

Passou-se a ter por lugar comum a assertiva de que as criptomoedas possam ser enquadradas em uma dúbia realidade. Por primeiro, que se tenha que a preocupação internacional com a lavagem de dinheiro representa, até certa medida, uma inversão do Direito Penal em sua concepção clássica. No lugar de lesões a bens individuais, passa-se ao perigo abstrato relativamente a bens jurídicos difusos, culminado na atenção que se desloca do injusto para os meios de captura e investigação.

Conforme se procurou demonstrar, após relativa sedimentação da matéria e padronização dos *standards* de controle internacionalmente impostos, o surgimento de inovações tecnológicas, monetárias e financeiras a partir das criptomoedas, passa, ele próprio, a tensionar o paradigma preventivo de transparência no contexto da lavagem de dinheiro.

Nesse específico ponto, tem-se que o fenômeno particular das criptomoedas se apresenta como aparente paradoxo perante a lógica do delito de lavagem. Originalmente concebidas nos termos de um protocolo confiável, transparente e rastreável quanto às suas operações, pode parecer estranho, a alguns, a ideia de que, por intermédio de criptomoedas, seria possível ocultar valores, mesmo de proveniência ilícita. Em contrapartida, a pseudoanonimidade de moedas como a bitcoin, com diversas formas de

121. Cf. BAIER, Johannes. Kriminalpolitische Herausforderungen durch Bitcoin und anderen Kryptowährungen – Teil 2. *Corporate Compliance Zeitschrift*, 2019, 159 e ss. BEAUCAMP, Sophie; HENNINGSEN, Sebastian; FLORIAN, Martin. Strafbarkeit durch Speicherung der Bitcoin-Blockchain? *Multimedia und Recht*, 2018. p. 501.

armazenamento, bem como a criação de programas anonimizadores, serviços de mistura e novos protocolos para moedas completamente anônimas e irrastreáveis, são fatores que abrem um universo de possibilidades para o afastamento dos ativos de sua origem ilícita. Tudo isso, agravado pelo, ainda, pouco regulado mercado de criptoativos, leva a questão para o lado oposto – estranha é a ideia de ocultar algo que, *per se*, já parece completamente blindado e opaco aos padrões de controle antilavagem.

A presente análise buscou, nesse diapasão, desmistificar algumas confusões neste cenário, concluindo, particularmente, sobre a necessidade de se evitar a percepção de que o sistema financeiro e monetário virtual seja concebido como um ambiente criminoso. Para a aplicação da Lei 9.613/1998, isso significa que a tipificação delitiva por intermédio de criptomoedas é possível, porém, requer análise diferenciada em cada caso, resguardando-se a necessidade de demonstração do elemento subjetivo para a imputação penal. Nesse tocante, é fundamental distinguir entre as condutas potencialmente praticadas pelos usuários de criptomoedas, que recebem valores de proveniência ilícita, dos usuários que ocultam a origem do produto de crimes praticados por eles mesmos, como hipótese de autolavagem. Ademais, coloca-se a questão da relevância penal da atuação das *exchanges*, uma vez que o risco de ocultação da origem ilícita de valores se agrava no intercâmbio entre o ambiente virtual e o sistema monetário tradicional.

A esse respeito, demonstraram-se os desafios e os limites enfrentados em três planos: o plano da autorregulação do mercado através de programas de *compliance*; a iniciativa legislativa em âmbito nacional; e a regulação da matéria em âmbito internacional, sobretudo a partir das recomendações do GAFI (GAFI/FATF). O que a análise apresentada conclui, é que as recomendações desse organismo ampliam consideravelmente os atores potencialmente responsáveis no âmbito da criminalização da lavagem de dinheiro. Além de *exchanges*, entram em consideração os provedores de carteiras, os emissores de ofertas iniciais de moedas, as empresas de mineração, entre outros. Ao mesmo tempo, há uma ampliação das tecnologias potencialmente relevantes para fins de lavagem, saindo-se do espectro das criptomoedas para os ativos virtuais.

Na melhor das hipóteses, o que se tem é um cenário de incerteza quanto à factibilidade de transposição das recomendações do GAFI (GAFI/FATF) para o ambiente virtual, cujos provedores de serviços são paulatinamente equiparados às instituições financeiras. Em plena era dos criptoativos, a adoção dos *standards* antilavagem se apresenta não apenas como paradoxo em relação à ideologia anarquista que fundamenta a sua idealização, senão que ainda se coloca como grande fonte de dúvida no que se refere às possibilidades técnicas e desejabilidade social desse projeto. Os desafios para o amanhã, em especial referência às criptomoedas, talvez sejam absolutamente de difícil percepção, mas, sem dúvida, são tema de alta indagação penal, que deve, o quanto antes, passar a se preocupar em relação à regra geral de legalidade em relação a esse ambiente. O crime, e o "criptocrime", em essência, hão de ser vistos, sempre, como exceção. Nunca, entretanto, como regra.

Bibliografia

ADLER, David. Silk Road: The Dark Side of Cryptocurrency. *Fordham Journal of Corporate & Financial Law (blog)*. 21 fev. 2018. Disponível em: [https://news.law.fordham.edu/jcfl/2018/02/21/silk-road-the-dark-side-of-cryptocurrency]. Acesso em: 10.07.2020.

ALTENHAIN, Karsten. Kommentare zum § 261 StGB. In: KINDHÄUSER, Urs et al. (Org.). *Nomos Kommentar zum StGB*. 5. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2017.

AMMOUS, Saifedean. *The bitcoin standard: the decentralized alternative to Central Banking*. Hoboken: Wiley, 2018.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais. São Paulo: Ed. RT, 2016.

BAIER, Johannes. Kriminalpolitische Herausforderungen durch Bitcoin und anderen Kryptowährungen – Teil 2. *Corporate Compliance Zeitschrift*, 2019.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Aspectos gerais sobre o crime de lavagem de dinheiro. In: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (Org.). *Lavagem de dinheiro:* comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARROS, Marco Antonio. *Lavagem de capitais e obrigações correlatas*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

BARROSO, Érica Montenegro Alves; LIMA, Daniel Hamilton Fernandes de; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Criptomoedas e evasão de divisas: uma análise epistemológica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 165, p. 19-40, mar. 2020.

BEAUCAMP, Sophie; HENNINGSEN, Sebastian; FLORIAN, Martin. Strafbarkeit durch Speicherung der Bitcoin-Blockchain? *Multimedia und Recht*, 2018.

BELLO, Douglas Sena; SAAVEDRA, Giovani. A necessária reflexão acerca da expansão legislativa do *compliance* decorrente da relação de criptomoedas como os bitcoins e a lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 147, p. 251-272, set. 2018.

BELOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário. Análise crítica da LC 105/2001*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

BJERG, Ole. How is bitcoin money? *Theory, Culture & Society*, v. 33, 2016.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi, 2015.

BLANCO CORDERO, Isidoro. La admisibilidad de las listas de evasores fiscales sustraídas en el extranjero como prueba para acreditar la comisión de delitos

fiscales. *InDret*, jul. 2015, p. 2 e ss. Disponível em: [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1152.pdf]. Acesso em: 26.06.2020.

BRYANS, Danton. Bitcoin and money laundering: mining for an effective solution. *Indiana Law Journal*, v. 89, n. 1, 2014.

BUSTOS RUBIO, Miguel. Del "blanqueo del blanqueo" a la libertad de competencia: la sempiterna cuestión del bien jurídico en el delito de blanqueo de capitales. In: BUSTOS RUBIO, Miguel; RODRÍGUES ALMIRÓN, Francisco (Dir.). *El sistema socieconómico desde el prisma del derecho penal y la criminología*. Pamplona: Aranzadi, 2020.

CAMPBELL-VERDUYN, Malcolm; GOGUEN, Marcel. The mutual constitution of technology and global governance: Bitcoin, blockchains, and the international anti-money-laundering regime. CAMPBELL-VERDUYN, Malcolm (Org.). *Bitcoin and beyond*: cryptocurrencies, blockchains, and global governance. London: Routledge, 2018.

CAMPBELL-VERDUYN, Malcolm. Bitcoin, crypto-coins, and global anti-money laundering governance. *Crime, Law and Social Change*, v. 69, n. 2, p. 283-305, 2018.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. *Sigilo bancário à luz da doutrina e da jurisprudência*. Curitiba: Juruá, 2008.

CAVALCANTI, José Robalino. O sistema nacional antilavagem de dinheiro e seus atores. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El secreto bancario y la evasión fiscal internacional*. Buenos Aires: BdeF, 2012.

CHOHAN, Usman. Initial Coin Offerings (ICOs): risks, regulation, and accountability. In: GOUTTE, S.; GUESMI, K.; SAADI, S. (Org.) *Cryptofinance and mechanisms of exchange*: contributions to management science. Cham: Springer, 2019.

CHRISTOPHER, Catherine Martin. Whack-a-Mole: Why prosecuting digital currency exchanges won't stop online money laundering. *Lewis & Clark Law Review*, v. 18, n. 1, 2014.

DAL SANTO, Luiz Phelipe. A indevida criminalização da autolavagem de capitais. *Delictae*, v. 3, n. 4, 2018.

DALLAGTNOL, Deltan Martinazzo. Tipologias de lavagem. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

DE CARLI, Carla Veríssimo. O sistema internacional antilavagem de dinheiro. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

ESTELLITA, Heloisa. *Bitcoin e lavagem de dinheiro*: uma aproximação. Disponível em: [www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/

penal-em-foco/bitcoin-e-lavagem-de-dinheiro-uma-aproximacao-07102019]. Acesso em: 23.06.2020.

EUROPA. *Diretiva (EU) 2018/1108 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 07 de maio de 2018*. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L0843&from=PT]. Acesso em: 10.07.2020.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998.

FATF. *Guidance for a risk-based approach. Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers*. Paris: FATF/OECD, 2019. Disponível em: [www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/guidance-rba-virtual-assets.html]. Acesso em: 23.06.2020.

FATF. *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation* – The FATF Recommendations. Paris: FATF/OECD, 2012. Atualizado em junho de 2019. Disponível em: [www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf]. Acesso em: 10.07.2020.

FRANKENFIELD, Jake. Silk Road (Website). *Investopedia*. Verbete publicado em 1 nov. 2019. Disponível em: [www.investopedia.com/terms/s/silk-road.asp]. Acesso em: 10.07.2020.

GOMES, Abel Fernandes. Lavagem de dinheiro: notas sobre a consumação, tentativa e concurso de crimes. In: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (Org.). *Lavagem de dinheiro*: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GRUPENMACHER, Giovana Treiger. *As plataformas de negociação de criptoativos: uma análise comparativa com as atividades das corretoras e da Bola sob a perspectiva da proteção do investidor e da prevenção à lavagem de dinheiro*. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019.

GRZYWOTZ, Johanna. *Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche*. Berlin: Duncker & Humblot, 2019.

HAFFKE, Lars; FROMBERGER, Mathias; ZIMMERMANN, Patrick. Cryptocurrencies and anti-money laundering: the shortcomings of the fifth AML Directive (EU) and how to address them. *Journal of Banking Regulation*, v. 21, 2020.

HENNECKE, Richard. „Darf ich in Bitcoin zahlen?" – Geldwäscherisiken für Industrie- und Handels-Unternehmen bei Bitcoin-Transaktionen. *Corporate Compliance Zeitschrift*, 2018.

HERZOG, Felix. Geldwäsche. In: ACHENBACH, Hans; RANSIEK, Andreas; RÖNNAU, Thomas (org). *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*. 5. Aufl. Heidelberg: Müller, 2019.

HORTA, Frederico; TEIXEIRA, Adriano. Da autolavagem de capitais como ato posterior coapenado. *Revista de Estudos Criminais*, v. 18. n. 74, p. 7-49, 2019.

LEONE, Federico; PARISELLA, Simone. La blockchain, il protocolo e le criptovalute. In: RAZZANTE, Ranieri. *Bitcoin e criptovalute*: profili fiscal, giuridici e finanziari. Satarcangelo di Romagna, 2018.

LIMA, Carlos Fernando dos Santos. O sistema nacional antilavagem de dinheiro: as obrigações de compliance. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

MACHADO, Maíra Machado. *Internacionalização do direito penal*: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena. São Paulo: Direito GV, 2004.

MACHADO, Tomás Grings. Deve o crime de lavagem de dinheiro proteger bens jurídico-penais? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 167, p. 189-236, maio 2020.

MAUME, Philipp; HAFFKE, Lars; ZIMMERMANN, Patrick. Bitcoin versus Bargeld – Die geldwäscherechtliche Verpflichtung von Güterhändlern bei Zahlungen mit Kryptowährungen. *Corporate Compliance Zeitschrift*, 2019.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2018.

MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. Bitcoin e lavagem de dinheiro: como as criptomoedas podem revolucionar o crime de lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 163, p. 265-309, jan. 2020.

MÖSER, Malte; BÖHME, Rainer; BREUKER, Dominic. An inquiry into money laundering tools in the Bitcoin ecosystem. *APWG eCrime Researchers Summit*, 2013.

MÜLLER, Lukas; REUTLINGER, Milena; KAISER, Philippe. Entwicklungen in der Regulierung von virtuellen Währungen in der Schweiz und der Europäischen Union. *Zeitschrift für Europarecht*, v. 20, maio 2018.

NEUHEUSER, Stefan. Kommentare zum § 261 StGB. In: JOECKS, Wolfgang; MIEBACH, Klaus (Org.). *Münchener Kommentar zum StGB*. 3. Aufl. München: Beck, 2017.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos. Blanqueo de capitales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa*: parte general y especial. Barcelona: Atelier, 2020.

PENROSE, Kelsey L. Banking on Bitcoin: Applying Anti-Money Laundering and Money Transmitter Laws. *North Carolina Banking Institute*, v. 18, 2014.

PÉREZ LÓPEZ, Xesús. Las criptomonedas: consideraciones generales y empleo de las criptomoedas con fines de blanqueo. FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel

(Dir.). *Blanqueo de capitales y TIC*: marco jurídico nacional y europeo, modus operandi y criptomonedas. Pamplona: Aranzadi, 2019.

PRADO, Rodrigo Leite. Dos crimes: aspectos subjetivos. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

RAZZANTE, Ranieri. Il'utilizzo illecito delle monete virtual. In: RAZZANTE, Ranieri. *Bitcoin e criptovalute:* profili fiscal, giuridici e finanziari. Satarcangelo di Romagna, 2018.

RHUE, Lauren. *Trust is all you need*: an empirical exploration of Initial Coin Offerings (ICOs) and ICO Reputation Scores (May 16, 2018). *SSRN*. Disponível em: [https://ssrn.com/abstract=3179723 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3179723]. Acesso em: 10.07.2020.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria de Segurança Pública. *Denarc desmonta laboratório de mineração de bitcoins a serviço do tráfico*. 24.04.2019. Disponível em: [www.ssp.rs.gov.br/denarc-desmonta-laboratorio-de]. Acesso em: 10.07.2020.

RODRIGUES, Gustavo; KURTZ, Lahis. *Cryptocurrencies and anti-money laundering regulation in the G20*. Belo Horizonte: Institute for Research on Internet and Society, 2019. Disponível em: [http://bit.ly/32Fw4xD]. Acesso em: 10.07.2020.

SAAVEDRA, Giovani Agostini; BELLO, Douglas Sena. Breves notas sobre compliance e prevenção à lavagem de dinheiro em bitcoins *exchanges*. *Delictae*, v. 2, n. 3, 2017. Disponível em: [www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/35/32]. Acesso em: 26.06.2020.

SCHMIDT, Wilhelm; KRAUSE, Juliane. Kommentare zum § 261 StGB. In: CIRENER, Gabriele et al. *Leipziger Kommentar zum StGB*. 12. Aufl. Berlin: Walter de Gruyter, 2010.

SCHRERRER, Amandine. *G8 against Transnational Organized Crime*. Burlington, 2008.

SICIGNANO, Gaspare Jucan. *Bitcoin e riciclaggio*. Torino: G. Giappichelli, 2019.

SIEBER, Ulrich; NUEBERT, Carl-Wendelin. Investigaciones transnacionales de crímenes en el ciberespacio: retos a la soberanía nacional. In: NIETO MARTÍN, Adán; GARCÍA MORENO, Beatriz (Dir.). *Ius puniendi y global law*: Hacia un derecho penal sin estado. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Repatriação e regulação penal econômica: os novos parâmetros de controle. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime*: aspectos do binômio crise econômica e direito penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Autorregulação, responsabilidade empresarial e criminal *compliance*. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ,

Eduardo. Compliance*, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Bitcoin e suas fronteiras penais*: em busca do marco penal das criptomoedas. São Paulo: D'Plácido, 2018.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. "Criptocrime": considerações penais econômicas sobre criptomoedas e criptoativos. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, São Paulo, v. 1, p. 79-100, jan.-mar. 2020.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Crise econômica e reflexos penais: leis penais em branco, *compliance* fiscal e regularização de ativos. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime*: aspectos do binômio crise econômica e direito penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Repatriação e anistia. Considerações criminais sobre a prestação de informações (*dislosure*) em âmbito de *tax compliance*. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime*: aspectos do binômio crise econômica e direito penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

SINGH, Kevin. New wild west: preventing money laundering in the Bitcoin network. *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, v. 13, 2015.

SOUZA, Arthur de Brito Gueiros; COELHO, Cecília Choeri da Silva. Questões atuais na prevenção da lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 165, p. 41-69, mar. 2020.

TELLES, Christiana Mariani da Silva. *Sistema bitcoin, lavagem de dinheiro e regulação*. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2018.

VASEK, Marie; MOORE, Tyler. Analyzing the Bitcoin Ponzi scheme ecosystem. In: *International Conference on Financial Cryptography and Data Security*. Berlin: Springer, 2018.

VOGEL, Joachim. *Geldwäsche - ein europaweit harmonisierter Straftatbestand? ZStW*, v. 109, 1997.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- "Criptocrime": considerações penais econômicas sobre criptomoedas e criptoativos, de Renato de Mello Jorge Silveira – *RDPec* 1/79-100 (DTR\2020\3822);
- A necessária reflexão acerca da expansão legislativa do *compliance* decorrente da relação de criptomoedas como os bitcoins e a lavagem de dinheiro, de Douglas Sena Bello e Giovani Agostini Saavedra – *RBCCrim* 147/251-272 (DTR\2018\19321);
- *Bitcoin* e lavagem de dinheiro: como as criptomoedas podem revolucionar o crime de lavagem de dinheiro, de Lucas Miranda e Túlio Vianna – *RBCCrim* 163/265-309 (DTR\2019\42602);
- Criptomoedas e Direito Penal Econômico: uma análise à luz do crime de lavagem de dinheiro, de Amanda Paparoto Assis – *RDPec* 3/65-82 (DTR\2020\10207); e
- Lavagem de dinheiro, *bitcoin* e regulação, de Thiago Bottino e Christiana Mariani da Silva Telles – *RBCCrim* 148/131-176 (DTR\2018\19794).

Liberdade para quem? Existem vieses políticos no julgamento de *habeas corpus* da competência originária do Supremo Tribunal Federal?

Freedom for whom? There are political biases in the judgement of habeas corpus *of originating competence from the Federal Supreme Court?*

José Mário Wanderley Gomes Neto

Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco (2015). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2003). Professor de Direito Processual Civil na Universidade Católica de Pernambuco-PE e do Centro de Estudos Superiores de Maceió-AL. Advogado e Consultor Jurídico.
ORCID: [http://orcid.org/0000-0002-4003-856X].
josemwgomes@gmail.com

Luis Felipe Andrade Barbosa

Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco (2019). Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco (2012). Professor de Direito Constitucional e Administrativo no Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES-UNITA. Advogado e Consultor Jurídico.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-9992-3718].
luisbarbosa@asces.edu.br

Rafael Alves de Luna

Doutorando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (2018). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPro. Advogado.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-4231-449X].
rafael_alves_luna@hotmail.com

Recebido em: 25.09.2019
Aprovado em: 27.09.2020
Última versão dos autores: 21.10.2020

Áreas do Direito: Penal; Processual

Gomes Neto, José Mário Wanderley; Barbosa, Luis Felipe Andrade; Luna, Rafael Alves de. Liberdade para quem? Existem vieses políticos no julgamento de *habeas corpus* da competência originária do Supremo Tribunal Federal? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 175. ano 29. p. 191-210. São Paulo: Ed. RT, janeiro/2021.

Resumo: O *habeas corpus* é o instrumento jurídico-constitucional cujo fim é a busca de proteção judicial contra injusta ameaça ou a coação da liberdade de ir e vir, não limitada a sua admissibilidade às hipóteses de prisão consumada ou iminente. Considerando o aspecto político no qual está imersa a Corte Suprema do Brasil, afirma-se com frequência que o resultado do procedimento do *habeas corpus* em muito depende da atividade política exercida pelo paciente. Dessa forma, a presente pesquisa tem como objetivo aferir a ocorrência ou não de variação das chances de obtenção de uma decisão favorável ao paciente, a depender de sua atividade política, perante o Supremo Tribunal Federal. Esta pesquisa possui um duplo viés metodológico, partindo de uma revisão de literatura especializada sobre o tema e, ao final, a partir de uma amostra aleatória de *habeas corpus* da competência originária do Supremo Tribunal Federal, de modo a testar empiricamente, valendo-se da ferramenta de regressão logística, a existência de vieses políticos em seu processo decisório. A hipótese a ser testada é a de que a atividade política exercida pelo paciente influencia positivamente nas chances de concessão da ordem pelos Ministros do STF nos processos de *habeas corpus* originários.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal – *Habeas corpus* – Judicialização da política – Regressão logística – Comportamento judicial.

Abstract: *Habeas corpus* is the constitutional legal instrument whose aim is to seek judicial protection against an unfair threat or the constraint of freedom to come and go, not limited to its admissibility to the prospect of consummate or imminent imprisonment. Considering the political aspect to which the Supreme Court of Brazil is immersed, it is often stated that outcome of the *habeas corpus* procedure largely depends on the patient's political activity. Thus, the present research aims to assess the occurrence or not of variation in the chances of obtaining a decision favorable to the patient, depending on their political activity, before the Federal Supreme Court. This research has a double methodological bias, starting from a literature review on the subject, and at the end, from a random sample of *habeas corpus* of competence originating from Brazilian Supreme Court, in order to empirically test, using the logistic regression tool, the existence of political biases. In your decision making process. The hypothesis to be tested is that the political activity exercised by the patient positively influences the chances of granting the order by the Brazilian Supreme Court Ministers in the original *habeas corpus* proceedings.

Keywords: Brazilian Supreme Court – *Habeas corpus* – Judicialization of politics – Logistic regression – Judicial behavior.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da finalidade e da natureza do ***habeas corpus.*** 3. ***Habeas corpus*** no STF: processos de competência originária no orbe da dupla função do Supremo. 4. Judicialização da política e politização da justiça: hipóteses de pesquisa. 5. Análise empírica e resultados. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Em 23 de março de 2018, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, João Antônio Dias Toffoli, deferiu parcialmente medida liminar no *Habeas Corpus* 152.707, na qual figurava como paciente o Deputado Federal afastado Paulo Maluf do Partido Progressista, eleito pelo Estado de São Paulo. O pedido liminar veiculava pretensão de determinação de

Gomes Neto, José Mário Wanderley; Barbosa, Luis Felipe Andrade; Luna, Rafael Alves de. Liberdade para quem? Existem vieses políticos no julgamento de *habeas corpus* da competência originária do Supremo Tribunal Federal? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 175. ano 29. p. 191-210. São Paulo: Ed. RT, janeiro/2021.

prisão domiciliar humanitária para o cumprimento de sentença condenatória, alegando a pendência de julgamento de recurso de agravo e a piora do estado de saúde do paciente. Em sua decisão, o Ministro Toffoli assinalou expressamente que o deputado afastado passava "por graves problemas relacionados à sua saúde no cárcere, em face de inúmeras e graves patologias que o afligem".

Naquele momento, o então Deputado Federal afastado recebera autorização judicial para deixar a carceragem onde se encontrava preso por determinação do próprio Supremo Tribunal Federal e cumprir a pena a qual fora condenado em regime de prisão domiciliar.

Decisões como essa despertam no senso comum da população uma indagação pendente da devida confirmação empírica: será que a condição de Deputado Federal fora determinante para que o benefício fosse concedido? Será que aqueles que exercem atividade político-partidária seriam beneficiados no julgamento de *habeas corpus*, em virtude de uma suposta identidade de preferências políticas entre os pacientes e seus julgadores?

Aumentando ainda a complexidade da situação, tais ações são julgadas em um ambiente em que muito se fala em judicialização da política e em politização do Judiciário, considerando a existência de uma suposta influência de preferências políticas dos julgadores sobre suas razões decisórias.

O *habeas corpus*, referido comumente na doutrina como remédio heroico, é o instrumento jurídico-constitucional com revestimento de finalidade específica, adequado à busca de proteção judicial contra injusta ameaça ou coação da liberdade de ir e vir, não limitada a sua admissibilidade às hipóteses da prisão consumada ou iminente.

A existência do remédio se amolda a uma garantia processual em favor de qualquer cidadão em face dos diversos órgãos estatais, quando seus atos (administrativos e/ou judiciais) possam injustamente violar ou ameaçar sua liberdade, concedendo a ordem de salvo-conduto ou liberatória de provação de liberdade (preventiva, provisória, flagrante ou decorrente de condenação judicial). Quanto ao sujeito passivo, admite-se que figure como autoridade coatora tanto autoridade pública quanto particulares, em situações *sui generis*[1].

Não tendo como objetivo adentrar em questões mais gerais e por vezes abstratas, no que tange ao objeto de pesquisa "*habeas corpus*", o presente escrito buscou analisar como está sendo realizado o julgamento de políticos, sob o pálio da prerrogativa por função, no âmbito do Supremo Tribunal Federal – o que atrai a competência originária desse órgão,

1. "Constitucional. Processual penal. Constrangimento ilegal. Restrição ao direito de locomoção. Ato de particular. *Habeas corpus*. Admissibilidade. – O *habeas corpus* e ação constitucional destinada a garantir o direito de locomoção, em face de ameaça ou de efetiva violação por ilegalidade ou abuso de poder. – Do teor da clausula constitucional pertinente (art. 5º, LXVIII) exsurge o entendimento no sentido de admitir-se o uso da garantia inclusive na hipótese em que a ilegalidade provenha de ato de particular, não se exigindo que o constrangimento seja exercido por agente do poder público. – Recurso ordinário provido" (STJ, RHC 4.120/RJ, 1994/0035062-7, rel. Min. Anselmo Santiago, j. 29.04.1996, 6ª T., *DJ* 17.06.1996, p. 21517, *REVJUR* 227/69, *RT* 733/521).

a fim de responder à seguinte pergunta: haveria influência da atividade política exercida pelo paciente na variação das chances de obter uma decisão favorável em *habeas corpus*?

A partir da conjugação metodológica de revisão de literatura e estudo empírico qualitativo, a presente pesquisa analisou uma amostra aleatória de *habeas corpus* de competência originária do Supremo Tribunal Federal (STF), de modo a testar de forma empírica a existência (ou não) de vieses políticos em seu processo decisório.

2. Da finalidade e da natureza do *habeas corpus*

Volvendo à análise estrita do *habeas corpus*, esse corresponde a uma das espécies de remédio constitucional que tem como objetivo proteger o cidadão da ação estatal, tutelando a sua liberdade de locomoção, sempre que ela for diretamente atingida, não se limitando a sua admissibilidade às hipóteses de prisão consumada ou iminente.

Sob o aspecto histórico, é possível vislumbrar que a origem do *habeas corpus* remonta à Magna Carta de 1215, outorgada pelo Rei João, mais tarde conhecido como João sem Terra, nos campos de Runnymed, na Inglaterra (MORAES, 2003, p. 137)[2]. Outra possível origem dada pela doutrina é a aprovação do *habeas corpus act* em 1679, que institucionalizou de forma mais intensa o instituto, além de limitá-lo à asseguração da liberdade dos súditos e à prevenção de encarceramentos em ultramar (FIGUEIREDO FILHO et al., 2012, p. 132).

No contexto brasileiro, é de se ressaltar que todas as nossas constituições, desde 1824, previram o remédio heroico, ainda que de forma implícita. Acerca do estabelecimento de uma teoria geral do *habeas corpus,* é correto afirmar que essa ocorrera a partir da vigência da Constituição de 1891, com forte influência de Ruy Barbosa e Pedro Lessa. O próprio Ruy sustentava à época que o *habeas corpus* seria o meio apto à defesa de qualquer direito líquido e certo que sofresse coação ilegal ou por abuso de autoridade (BULOS, 2008, p. 266); alcance somente diminuído a partir da Emenda Constitucional 3º, de 1926, que trouxe uma nova redação ao art. 72, § 22, da Constituição de 1891[3].

Atualmente, o remédio está previsto como direito fundamental na Constituição Federal de 1988, segundo a previsão do art. 5º, LXVIII, afirmando que "conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação

---

2. Segundo Pontes de Miranda (1962, p. 9), foi a partir dessa Magna Carta que se pavimentaram as demais conquistas do povo inglês para a garantia prática, imediata e utilitária da liberdade física.

3. "Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 22. Dar-se-ha o *habeas-corpus* sempre que alguém soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violencia por meio de prisão ou constrangimento illegal em sua liberdade de locomoção (sic)."

em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder". Reafirmando a importância do *habeas corpus*, Sarlet et al. (2019, p. 880):

> "Pelo seu objeto – a liberdade individual – e pela sua função de controle sobre a juridicidade da atuação estatal, facilmente se percebe sua íntima ligação com o Estado Constitucional. O *habeas corpus* consubstancia-se na garantia da liberdade individual diante do poder estatal, sendo anteparo de fundamental importância à pessoa diante do Estado. É uma ação – e não um recurso – que visa à tutela jurisdicional da liberdade."

Para além da Carta Constitucional, sua regulamentação é encontrada no Decreto-Lei 3.689/1941 (Código de Processo Penal), destacando-se a proteção contra a violência ou coação ilegal na liberdade de locomoção, ou mesmo a sua iminência, por ato estatal ou de particular, segundo o que disciplina o art. 647 do aludido diploma legal: "Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar".

Nesse sentido, são admitidas as hipóteses de *habeas corpus* preventivo e repressivo (ou liberatório) contra a privação ou ameaça da privação da liberdade de ir e vir, de forma a viabilizar o exercício de outros direitos fundamentais. No caso da hipótese preventiva, há necessidade de demonstração de ameaça concreta e atual contra o cidadão.

> "O *habeas corpus* constitui ação de resistência do indivíduo contra restrição injustificada da livre locomoção. Sua característica processual é a carga de eficácia mandamental. A decisão que defere *habeas corpus* constitui uma ordem, ao contrário da maioria das sentenças. Quem a descumprir comete o crime de desobediência, punido com pena privativa de liberdade nos termos do art. 330 do Código Penal." (DIMOULIS, 2016, p. 402).

Ademais, a amplitude do direito permite que a titularidade seja exercida por qualquer pessoa – independentemente de liame jurídico fático com o cidadão que está na iminência de sofrer ou que está sofrendo a limitação ilegal na liberdade de locomoção, ou pelo Ministério Público, conforme regra presente no art. 654, *caput*, do Código de Processo Penal.

> "A abertura da legitimação ad causam para impetração de *habeas corpus* justifica-se pela proeminência que o direito de liberdade tem no Estado Constitucional. E é essa mesma proeminência que permite inclusive a concessão *ex officio* de *habeas corpus* (art. 654, § 2º, do CPP)." (SARLET, 2019, p. 883).

Mesmo diante da sua importância para a proteção dos direitos fundamentais, a Constituição Federal estabelece a possibilidade de limitação à impetração do remédio em duas hipóteses: durante o estado de sítio motivado por guerra ou agressão armada estrangeira

(arts. 137, II e 138, da CF/88) e nos casos de sanções disciplinares por faltas militares (art. 142, § 2º, da CF/88).[4]

Noutro eixo, é de se considerar também que, pelo procedimento atual, o *habeas corpus* tramita em procedimento sumaríssimo, inexistindo a possibilidade de reanálise probatória ou de dilação probatória, não se prestando, por exemplo, a anular sentenças imutáveis por força do instituto da coisa julgada (MORAES, 2003, p. 140).

É importante destacar que a eficácia da sentença que concede o remédio constitucional em apreço é de ordem mandamental, dado que objetiva efetivamente impedir ou cessar a coação ilegal à liberdade de locomoção do cidadão. Entretanto, como decorrência prática do seu manejo, a literatura compreende ser possível decisão que decrete a extinção do processo (trancamento), que reconheça direito à prisão especial ou que provoque a desconsideração de determinado ato processual inválido (SARLET et al., 2019, p. 885).

3. *Habeas corpus* no STF: processos de competência originária no orbe da dupla função do Supremo

Não é ocioso recordar que o Supremo Tribunal Federal brasileiro carrega consigo um duplo viés funcional, sendo ao mesmo tempo uma corte constitucional e uma suprema corte, o que lhe traz um caráter de hibridez. Diferenciando as funções, sob o viés de corte constitucional, tais quais os tribunais europeus, o STF exerce competência de jurisdição constitucional, controlando diversos fatores atinentes às instituições democráticas, tal qual a manutenção do próprio regime democrático, do Estado de Direito e das garantias fundamentais, além de efetuar o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, tal qual leciona Paulo Bonavides (2004, p. 128):

---

4. Nesse ponto, é de se destacar a existência de três correntes doutrinárias sobre o conhecimento do *habeas corpus* a fim de impugnar transgressão disciplinar militar. A primeira corrente, capitaneada por Walter Ceneviva (1989, p. 68), afirma que: "por razões ligadas aos conceitos de hierarquia e disciplina, não cabe o *habeas corpus* para as punições militares de caráter disciplinar". Nessa primeira posição também se encontra José Afonsa da Silva, afirmando que: "onde há hierarquia, [...], há, corretamente uma relação de sujeição objetiva, que se traduz na disciplina, [...]. A disciplina é, assim, um corolário de toda a organização hierárquica. Essa relação fundamenta a aplicação de penalidades que ficam imunes ao '*habeas corpus*' (com destaque no original), nos termos do art. 142, § 2º, que declara não caber aquele remédio constitucional em relação a punições disciplinares militares" (SILVA, 1994, p. 738). A segunda corrente advoga que a extensão do *habeas corpus* deve se limitar à questão da legalidade da punição – se foi determinada por autoridade com poder hierárquico compatível, por exemplo –, não podendo analisar questões de mérito do ato disciplinar. Nesse sentido: "É possível, porém, que falte algum dos pressupostos. Se, nas relações entre o punido e o que puniu, não há hierarquia[...] de transgressão disciplinar não há que se falar. Basta que se prove não existir tal hierarquia, nem mesmo acidental, para que seja caso de se invocar o texto constitucional, e o *habeas corpus* é autorizado (PONTES DE MIRANDA, 1974, p. 315-316). Ainda há a terceira corrente, mais liberal, que defende a possibilidade de que o *habeas corpus* possa analisar tanto a legalidade quanto o mérito da questão (ASSIS, 2012, p. 204).

> "O conceito de jurisdição constitucional, qual a entendemos em sua versão contemporânea, prende-se à necessidade do estabelecimento de uma instância neutra, mediadora e imparcial na solução dos conflitos constitucionais. E em se tratando, como *só e* acontecer, de sociedades pluralistas e complexas, regidas por um princípio democrático e jurídico de limitações do poder, essa instância há de ser, sobretudo, moderadora de tais conflitos."

No mais, afere-se, também, que o exercício da função de corte constitucional traz como efeito uma eficácia que supera o caráter *inter partes* em prol de uma eficácia *erga omnes* das decisões exaradas sob essas características. O fundamento dessa função é embasada nas alíneas "a" e "p" do inciso I do art. 102 da CF/88. É possível associar esse exercício funcional do Supremo à noção de controle de constitucionalidade que, por sua vez, é traduzida em mecanismos que garantem a supremacia constitucional por meio da identificação e reparação de atos e normas incompatíveis com as normas inconstitucionais (BERNARDES, 2004, p. 20).

Assim, o Supremo Tribunal Federal analisa a norma infraconstitucional questionada em confronto com a Constituição, não havendo um caso concreto como pano de fundo da discussão.

Noutro eixo, o STF também exerce a função de uma suprema corte, constituindo órgão de cúpula do Poder Judiciário, a partir da análise recursal, além de constituir instância ordinária e, por vezes, única, para julgamento de determinados indivíduos. Como exemplo dessa função, encontra-se a previsão dos incisos II e III do art. 102 da CF/88. Nesse eixo de análise, há uma nuance a ser ressalvada, que permite a diferenciação da função descrita anteriormente, qual seja, a eficácia da decisão no orbe de exercício de função de Suprema Corte que, em regra geral, é limitada às partes do processo, não possuindo eficácia *erga omnes*.

Partindo dessas premissas, é correta a ilação de que o *habeas corpus* que chega ao Supremo Tribunal Federal corresponde à via de manifesto exercício funcional de Suprema Corte, já que a análise do conflito não se presta a decretar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, mas sim de verificar a confluência de decisões judiciais/atos administrativos (como os praticados no inquérito policial, por exemplo) privativos de liberdade, em comparação ao texto constitucional.

Dito isso, depreende-se do texto legal que a cognição de matéria de *habeas corpus* pode chegar ao STF por três formas, descritas a seguir: a) recurso extraordinário/ordinário em *habeas corpus*; b) por competência originária; e c) *habeas corpus* como sucedâneo recursal. Passa-se à análise de cada uma delas.

No tocante à primeira hipótese, o *habeas corpus* pode chegar por duas vias: por recurso ordinário ou por recurso extraordinário. No que atine à interposição de recurso ordinário, esse será cabível quando o *habeas corpus* for decidido em única instância pelos tribunais superiores, acaso seja denegada a concessão da segurança, nos termos do art. 102, II, *a*, da CF/88.

Já as possibilidades de interposição de recurso extraordinário em *habeas corpus* são bem mais amplas, sendo reguladas pelo art. 102, III, alíneas *a* a *d*, da CF/88. Nesse caso, basta a demonstração de que a decisão atacada contraria dispositivo do bloco de constitucionalidade; que declara a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, em hipótese de controle difuso de constitucionalidade; que julga válida lei ou ato de governo local contestado em face do bloco de constitucionalidade; ou que julga válida lei local contestada em face de lei federal.

Ainda no âmbito da propositura de recurso extraordinário, esclarece-se que quando ocorrer a interposição de recurso com fundamento no julgamento de validade da lei local contestada em face de lei federal, há de ser demonstrada que a questão envolve discussão quanto à repartição de competências legislativas.

> "Pode-se fazê-lo declarando-se inconstitucional tratado ou lei federal que não o sejam ou o julgando válida lei ou ato de governo local que tenha sido, no curso do processo, contrastando com a CF e tido como inconstitucional, é também nesse sentido que se deve interpretar a alínea *d* do III, que foi instituída pela Emenda Constitucional n. 45/2004. A Constituição foi alterada nesse ponto para estabelecer que caberá recurso extraordinário – e não especial – contra acórdão que julgar válido lei local contestada em face de lei federal. É que, nesse caso, a controvérsia que se põe não concerne meramente à legislação infraconstitucional. Em verdade, a disputa diz respeito à distribuição *constitucional* de competência para legislar: se a lei local está sendo contestada em face de lei federal, é porque se sustenta que ela tratou de matéria que, por determinação constitucional, havia de ser disciplinada pelo legislador federal." (WAMBIER, 2007, p. 601).

Outro ponto a ser ressaltado é que, para que o recurso extraordinário seja admitido pelo STF, há de ser exaurida a cognição no tribunal de origem, não podendo ser aventada matéria não impugnada na Corte local, ou nos Tribunais Superiores, a fim de que não configure supressão de instância.[5]

Volvendo à análise das hipóteses de cognição de matéria de *habeas corpus* em sede do STF, há a segunda hipótese, qual seja, a análise de *habeas corpus* em razão da competência originária. Revisitando de forma sumária as asserções iniciais, é atribuída ao STF a competência originária, no âmbito de sua função jurisdicional, de análise de *habeas corpus* no qual o paciente exerça um dos seguintes cargos: Presidente da República, Vice-Presidente, membro do Congresso Nacional, Ministro do STF, Procurador-Geral da República, Ministro de Estado, Comandante das Forças Armadas, membros dos Tribunais

5. "*Habeas corpus*. Penal. Reincidência. *Bis in idem*. Inocorrência. Princípio da insignificância. Apreciação. Supressão de instância. 1. A pena agravada pela reincidência não configura bis in idem. O recrudescimento da pena imposta ao paciente resulta de sua opção por continuar a delinquir. 2. *A questão atinente à aplicabilidade do princípio da insignificância não foi submetida à Corte local, nem ao STJ, implicando supressão de instância seu conhecimento neste Tribunal.* Ordem denegada." (STF, HC 94.816/RS, rel. Min. Eros Grau, j. 04.08.2009, 2ª T., *DJ* 23.10.2009, *RT* 891/523-525 – grifos nossos).

Superiores, membros do Tribunal de Contas da União e chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Além disso, o *habeas corpus* é de competência do Supremo Tribunal Federal quando o ato coator for perpetrado (de forma colegiada) pelo próprio Supremo, por algum de seus Ministros ou por algum dos Tribunais Superiores.

Por fim, há ainda a possibilidade de cognição de *habeas corpus* impetrado como sucedâneo recursal. Somente a fim de explicitar essa hipótese, sabe-se que, desde 2009, a Corte Suprema vem adotando o entendimento de que o *habeas corpus* não pode fazer as vias de recurso[6].

Embora, *prima facie*, pareça que a questão tenha se estabilizado no âmbito do STF, a praxe jurídica ainda fomenta tal interposição fundamentada, sobretudo, no art. 654, § 1º, do Código de Processo Penal, que permite que juízes e tribunais tenham competência para expedir de ofício a ordem de *habeas corpus*, quando no curso do processo verificarem que o paciente está sofrendo ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

Assim, diante do critério da eficácia do *habeas corpus*, embora não seja admitido nessas situações, não raro o STF faz a análise das circunstâncias fáticas do remédio constitucional a fim de concessão da ordem de ofício. Por isso, em face do que se propõe o presente artigo, essa hipótese não pode ser rechaçada.

Para uma melhor compreensão do objeto tratado, o quadro abaixo apresenta as possibilidades de instrumentalização do remédio constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Quadro 1 – *Habeas corpus* na competência do STF

Instrumento	Sigla	Competência
Recurso Extraordinário em *Habeas Corpus*	RE RHC	Recusal
Habeas Corpus	HC	Originária
Habeas Corpus como Sucedâneo de Recurso	HC (*)	Originária (*)

Fonte: elaborado pelos autores.

Diante do exposto, entende-se como relevante analisar os *habeas corpus* admitidos para julgamento pelo Supremo Tribunal Federal sob o pálio de sua competência originária, tanto pela via originária em sentido estrito, quanto daqueles remédios constitucionais

6. "*Habeas corpus*. Crime militar. Falsificação de documento. Art. 311 CPM. Extinção da pena pelo seu cumprimento. Súmula 695/STF. *Habeas corpus* como substitutivo de revisão criminal. Inadmissibilidade. Não conhecimento do *writ*. [...] 4. Não se deve admitir o manejo do *habeas corpus como substitutivo de revisão criminal, salvo, a título excepcional, quando houver flagrante nulidade do processo, da sentença ou do acórdão em que se reconheceu tratar-se de hipótese de condenação*. [...] 6. Ante o exposto, não conheço do presente *writ*." (STF, HC 96.440/SP, rel. Min. Ellen Gracie, j. 09.12.2008, 2ª T., *DJ* 06.02.2009 – grifos nossos).

admitidos como sucedâneo recursal, adotando-se como fator de coleta a qualificação do paciente como integrante de classe política no país.

A escolha deve-se ao entendimento de que esta é a instrumentalização mais utilizada, tanto do ponto de vista estratégico quanto do ponto de vista funcional, considerando as prerrogativas por função dos atores políticos.

4. Judicialização da política e politização da justiça: hipóteses de pesquisa

Foi discutido que o *habeas corpus* é um instrumento institucional de garantia processual para qualquer cidadão em face dos diversos órgãos estatais, quando seus atos (administrativos e/ou judiciais) possam injustamente violar ou ameaçar sua liberdade, concedendo a ordem de salvo-conduto ou de liberatória de privação de liberdade (preventiva, provisória, flagrante ou decorrente de condenação judicial).

Ocorre que, atualmente, tais ações são julgadas em meio a um ambiente em que muito se fala em judicialização da política e em politização do Judiciário, considerando a existência de uma suposta influência de preferências políticas dos julgadores sobre as suas razões decisórias. Nessa perspectiva,

> "[o] custo da judicialização da vida pública é, antes de tudo, a politização das magistraturas, o que é um bem em si mesmo se isso corresponder ao abandono do formalismo doutrinário pelo realismo judiciário. Mas da politização à partidarização vai um passo." (GAROUPA, 2007).

Em linhas gerais, a judicialização da política corresponde à expansão da ingerência judicial na arena política, representando um movimento de crescimento e de alargamento da esfera judicial no controle das atividades do Estado, com transferência do *decision-making* dos demais Poderes constituídos ao Poder Judiciário, tal qual descrito por Tate e Vallinder (1997).

A literatura tem trabalhado, de forma significativa, com a perspectiva de que o processo de ampliação da interferência judicial é decorrente de um contexto de fragilidade institucional e de ampla legitimação do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas.

> "[O] empoderamento judicial é decorrente, em grande medida, além dos contextos de fragilidade institucional na dinâmica de atuação dos demais Poderes, incapazes de estabelecer um debate "verdadeiramente representativo", à inegável legitimidade conferida ao Poder Judiciário, através das Cartas Políticas, ao ser alçado à condição de instituição responsável pela proteção da essência da Constituição." (BARBOSA, 2019, p. 21).

A centralidade do Poder Judiciário no Brasil é perceptível na atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), concebido simultaneamente como corte constitucional, recursal e primeira instância de processos específicos. No desenho institucional pátrio, são estabelecidas as premissas para que a Corte Constitucional seja instada para resolver as principais questões do contexto democrático nacional.

Sobre o tema, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1994, p. 15-17) era incisivo quando apontava para [os perigos potenciais de] uma relação de causalidade entre a judicialização da política e a politização dos julgadores, permeados simultaneamente por preferências jurídicas e políticas na formação de suas decisões, alertando quanto à imposição [expressa ou tácita] de um padrão politicamente correto de decisão.

Por sua vez, Joaquim Falcão (2007, p. 34-35) já alertava para uma excessiva politização do Judiciário brasileiro, resultante de uma apropriação corporativa da administração da justiça, a partir de fatores conjugados, desde a confusão entre administração e jurisdição à tensão interna entre hierarquia e democratização. Tal cenário, em tese, é propício para a influência de preferências políticas sobre a atividade decisional, com grande debate centrado na percepção sobre a atividade política da Corte, a partir da verificação de comportamentos sensíveis a fatores externos aos autos do processo, o que pode denotar a politização da justiça, mediante um comportamento estratégico dos ministros do STF.

Mais precisamente, apreciando a questão do julgamento dos *habeas corpus* de competência originária do STF, impetrados por políticos e autoridades públicas, a doutrina tem ressaltado a flexibilidade na interpretação constitucional dos temas penais e um "posicionamento cada vez mais estratégico dos Ministros" no processo decisório dos referidos remédios (VIEIRA, 2018, p. 208).

Diante desse cenário, no contexto dos *habeas corpus* apreciados, haveria influência da atividade política exercida pelo paciente na variação das chances de se obter uma decisão favorável? A hipótese de pesquisa trabalhada assume que a natureza política do paciente (presente ou pretérita) influenciaria na variação das chances de concessão da ordem pelos Ministros do STF, nos processos envolvendo *habeas corpus* originários.

5. Análise empírica e resultados

De um universo de aproximadamente 160.000 (cento e sessenta mil) casos de *habeas corpus* de competência originária do STF (HC), impetrados durante a série temporal compreendida entre os anos de 1989 e 2019, foi sorteada – eletronicamente pelo pacote de análise de dados SPSS – uma amostra aleatória de 383 (trezentos e oitenta e três) casos, com intervalo de confiança de 95%, e desvio padrão de 5%, consoante padrões de segurança adotados em estatística e aplicados a estudos empíricos sociais (LEVIN e FOX, 2012, p. 472).

Tal procedimento permite a construção de sólidas inferências lógicas acerca da variação verificada na totalidade de casos que compõem o universo, a partir da análise das variações ocorridas na fração colhida através de sorteio eletrônico (GOMES NETO et al., 2019).

Em cada caso, foram verificadas e codificadas variáveis relativas ao comportamento judicial, notadamente à concessão total ou parcial da ordem de liberdade (preventiva ou reativa), de modo a testar a existência, ou não, de associações entre a presença da variável e as chances de ocorrer o resultado a ser previsto pelo modelo. No presente estudo, a variável dependente (Y), de natureza dicotômica ou binária (1 ou ø), representa a ocorrência (1) ou não (ø) do resultado, qual seja, a *concessão de liberdade ao paciente*, seja por concessão da liminar, seja de ofício, seja por decisão definitiva (monocrática ou colegiada).

Quadro 2 – Variável dependente relativa à concessão da ordem de *habeas corpus*

Variável	Espécie	Natureza
Concessão da ordem	Categórica	Dependente discreta (0,1)

Fonte: elaborado pelos autores.

Em seguida, foi codificada uma variável explicativa (independente ou simplesmente X1), também categórica, com o objetivo de testar se a eventual natureza política do paciente (presente ou pretérita) seria fator a influenciar o comportamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, a partir da verificação da existência, ou não, de associação entre a presença dessa variável e o aumento ou a diminuição das chances de ser verificado o resultado caracterizado pela concessão da ordem (variável dependente), nos processos de *habeas corpus* originários.

Quadro 3 – Variável independente relativa ao exercício presente ou passado de atividade político-partidária

Variável	Espécie	Natureza
Exercício presente ou passado de atividade político-partidária	Categórica	Dependente discreta (0,1)

Fonte: elaborado pelos autores.

Para efeitos desta pesquisa, considerou-se, quanto à verificação da presença do exercício presente ou pretérito de atividade político-partidária (1), aqueles processos de *habeas corpus* de competência originária do Supremo Tribunal Federal nos quais (ao menos) um dos pacientes tenha sido eleito ou concorrido a mandato eletivo, tenha exercido função dirigente em partido político ou tenha exercido função de secretário

municipal, secretário estadual ou ministro, sendo as demais situações preenchidas com a ausência do fator (ø).

Tais conjuntos de variáveis foram posteriormente submetidos ***à análise por regressão logística*** (*Logit)*, por se tratar da ferramenta estatística adequada às situações em que a variável dependente é de natureza categórica e dicotômica (binária) e se pretenda inferir a existência de associações entre a presença de um conjunto de variáveis explicativas e as chances de ocorrer o evento descrito na variável resposta, assim como a respectiva intensidade (DEMARIS, 1992; LEVIN et al., 2012; GOMES NETO et al., 2019).

No caso em análise, a regressão logística é utilizada como instrumento metodológico para verificação das chances de ocorrer, ou não, a concessão da ordem de liberdade nos *habeas corpus* de competência originária do Supremo Tribunal Federal[7].

> "[A] regressão logística fornece uma extensão muito útil para o caso de previsão de dependentes dicotômicas. A regressão logística se concentra nas chances de um evento, e em até que ponto a extensão de diversas variáveis prognosticadoras aumentam ou reduzem as chances de um resultado sobre outro." (LEVIN et al., 2012, p. 353).

James M. Lattin et al. (2011, p. 13) sustentam que a regressão logística (Logit) é "o método apropriado para conduzir a análise de dependência quando as variáveis dependentes são de natureza discreta [binária]", pois quando essas "são resultado de um processo de escolha", é possível construir "um modelo de escolha para criar uma função não linear que descreva a probabilidade da escolha", sendo possível calcular as chances de cada escolha através da função logarítmica.

Aplicada a análise por regressão logística ao conjunto de dados extraídos dos casos componentes da amostra (*habeas corpus* originários do STF), organizados de forma matricial, a ferramenta computacional fornece (GOMES NETO et al., 2019), entre outros, os seguintes resultados:

a) o *coeficiente* (ou *Estimativa*), que aponta a intensidade da associação entre a chance de se verificar a variável dependente (resposta) e a presença das variáveis independentes (explicativas), bem como o sinal do resultado da função logarítmica, que permite saber se a dita variável está associada ao incremento das chances da alternativa (1) ou à sua redução, intuitivamente associada a favor da alternativa (ø) (DEMARIS, 1992). Nesse sentido, é fundamental a identificação do sinal do coeficiente, pois se for positivo (+), entende-se que ele contribui favoravelmente para a ocorrência do evento; por outro lado, caso negativo (-), interpreta-se que contribui desfavoravelmente para a chance de o evento ocorrer;

7. A regressão logística tem sido muito utilizada como ferramenta metodológica para explicar o comportamento judicial no Brasil, conforme se observa em vários trabalhos publicados nos últimos anos (TAYLOR, 2008; CUNHA e SILVA, 2008; FALCÃO e OLIVEIRA, 2012; CASTRO, 2013; GOMES NETO, 2015; RIBEIRO, 2019).

b) os *coeficientes exponenciais* (Exp), os quais correspondem aos prováveis efeitos de uma variável sobre as chances da variável dependente ocorrer, isto é, apresentar o resultado (1), uma vez que tais valores indicam o multiplicador pelo qual o aumento de uma unidade da variável explicativa (independente) altera (aumentando ou reduzindo) as chances previstas para a variável resposta (dependente), mantidas inalteradas todas as demais variáveis explicativas do modelo, permitindo interpretar o efeito de cada variável prognosticadora. (LEVIN, 2012)[8].

Dessa forma, a análise por regressão logística testa a existência (ou não) de associação estatística entre o exercício presente ou pretérito de atividade política pelo paciente (pessoa privada de sua liberdade ou na iminência de sê-lo) e as chances de concessão de ordem (decisão judicial que afasta a incidência de ato privativo da liberdade do requerente) em *habeas corpus* originários do Supremo Tribunal Federal.

Quadro 4 – Modelo Logit para o resultado "concessão da ordem" nos *habeas corpus* de competência originária do Supremo Tribunal Federal

	B	S.E.	Wald	Sig.	Exp. (B)
Atividade Política	-0,12	0,65	0,03	0,856	0,89

U = 160.000 casos; Amostra aleatória sorteada pelo pacote SPSS = 383 casos;
Variável dependente: resultado (1 = concessão da ordem, 0 = ausência de concessão da ordem);
Nível de confiança da amostra em 95% e intervalo de confiança amostral em 5%.
Fonte: elaborado pelos autores, a partir de dados colhidos no sítio eletrônico do STF.

O resultado apresentado no Quadro 4 indica a existência de uma associação de *natureza negativa* (ainda que de baixa intensidade[9]) entre a presença da variável testada (extraída das características dos pacientes) e a variação nas chances de ocorrer o resultado predito, qual seja, a concessão da ordem em *habeas corpus*. Segundo o modelo estatístico utilizado nesta pesquisa, o exercício (presente ou pretérito) de atividade política por (ao menos) um dos pacientes *diminui* em *89%* (oitenta e nove por cento) as chances da concessão de ordem em *habeas corpus* da competência originária do Supremo Tribunal Federal.

8. Para um maior aprofundamento sobre a utilização da regressão logística como ferramenta metodológica para estudos sobre o comportamento judicial, remetemos o leitor para o trabalho publicado por Gomes, Barbosa e Vieira (2019).

9. A baixa significância estatística (p-valor) verificada no modelo é produto do reduzido número (18,3%) de decisões judiciais concessivas de ordem, encontrado na amostra testada, predominando situações de denegação da ordem e de não julgamento, seja por questões meramente formais, seja por estratégias substanciais de autorrestrição judicial. Mesmo modelos com menor significância estatística podem trazer relevantes explicações sobre a ocorrência (ou não) dos eventos, ainda que as inferências deixem de explicar parcelas maiores da amostra colhida, indicando tendências comportamentais substantivamente relevantes e trazendo novas hipóteses, a serem testadas em pesquisas futuras.

Nesse sentido, a tendência estatística substantiva indicada no modelo revela que os Ministros do STF, de modo geral, na série temporal analisada, não estiveram propícios a revogar os decretos de prisão de agentes políticos, prestigiando as resoluções tomadas pelas outras instâncias judiciais.

Em outras palavras, a tendência dos Ministros do Supremo é de manutenção da condenação desses atores. Se a instância inferior assumiu os custos de realizar a prisão, diante da análise fático-probatória dos casos, os Ministros do Supremo não assumiriam os custos de conceder a ordem de *habeas corpus*, diante dos elevados custos decisórios envolvidos.

Entretanto, no caso dos pacientes envolvidos em atividades políticas, predominantemente, tal opção *não foi explícita*: ao invés de expressamente denegar a ordem, refutando individualmente cada um dos fundamentos do pedido de *habeas corpus*, indicando a regularidade dos fundamentos da decisão impugnada, bem como assumindo os respectivos custos decisórios, os Ministros do STF tomaram outro caminho.

De forma individual ou coletivamente, os Ministros optaram por utilizar sofisticada estratégia de autorrestrição formal "tácita": o reconhecimento do prejuízo do julgamento dos *habeas corpus* originários pela perda superveniente de objeto. Eventualmente, os Tribunais adotam uma "via hermenêutica" de autocontenção, através da qual obtém a redução do seu âmbito decisório, mediante a alegação de argumentos jurídicos que permitem ao tribunal deixar de apreciar um caso que lhe fora submetido, se a decisão lhes for custosa (LIMA e GOMES NETO, 2014; LIMA e GOMES NETO, 2019).

A alteração superveniente de circunstâncias, sejam fáticas, sejam normativas (legais ou constitucionais), não é uma ocorrência meramente aleatória, supostamente fruto do acaso, mas um intencionado produto de um comportamento estratégico dos membros do Tribunal, também quando a presença de altos custos decisórios incentivem a restrição judicial e as justificativas formais para o não julgamento.

> "Ao contrário de assumir os custos de declarar expressamente sua opção pela autorrestrição ou de julgar a constitucionalidade do ato, condutas normalmente esperadas em relação ao exercício da jurisdição, os órgãos julgadores utilizam o tempo como seu aliado, retardando o julgamento até que seja verificada a alteração nas circunstâncias de fato que envolvem o litígio e, por consequência, seja prejudicado o julgamento por perda superveniente do objeto." (LIMA e GOMES NETO, 2018, p. 243).

Os membros do Tribunal intencionalmente retardam o andamento dos processos (v.g., quanto à inclusão dos feitos em pauta, à apreciação de liminares ou à devolução de pedidos de vista), até que se verifiquem modificações posteriores e "espontâneas" no ato impugnado, a justificar (do ponto de vista exclusivamente formal) a autorrestrição dos julgadores, sem que sejam obrigados a fundamentar expressamente sua opção pelo não exercício da atividade jurisdicional, *in casu*, a denegação da ordem em *habeas corpus*.

Pode-se verificar a referida estratégia através do mesmo modelo antes utilizado nesta mesma investigação, substituindo a variável dependente (Y) pelas situações em que os *habeas corpus* foram julgados prejudicados pela perda superveniente de objeto. Assim, a nova variável dependente (Y), de natureza dicotômica ou binária (1 ou ø), representaria a ocorrência (1) ou não (ø) do resultado autorrestrito, qual seja, a perda superveniente do objeto nos processos de *habeas corpus*.

Quadro 5 – Variável dependente autorrestrita

Variável	Espécie	Natureza
Perda superveniente do objeto	Categórica	Dependente discreta (0,1)

Fonte: elaborado pelos autores.

Esse segundo teste estatístico aferiu a existência (ou não) de associação estatística entre o exercício presente ou pretérito de atividade política pelo paciente e as chances de ocorrer, em *habeas corpus* originário do Supremo Tribunal Federal, o comportamento autorrestrito traduzido na perda superveniente de objeto.

Trata-se de uma questão formal (técnico-processual), prevista na legislação processual brasileira, relacionada à formação e à continuidade válidas de um processo: o interesse processual. Em suma, a perda superveniente de objeto é verificada quando, diante do transcurso do tempo, o ato impugnado deixa de existir, o impetrante consegue sua pretensão por vias extrajudiciais ou o direito líquido e certo (legal ou constitucional) (*in casu*, à liberdade) supostamente lesado ou ameaçado é revogado ou sofre posterior alteração legislativa (LIMA e GOMES NETO, 2018).

Nessa análise, obteve-se o seguinte resultado:

Quadro 6 – Modelo Logit para o resultado "prejudicado por perda superveniente de objeto" nos *habeas corpus* de competência originária do Supremo Tribunal Federal

	B	S.E.	Wald	Sig.	Exp. (B)
Atividade Política	0,73	0,55	1,80	0,180	2,08

U = 160000 casos; Amostra aleatória sorteada pelo pacote SPSS = 383;
Variável dependente: resultado (1 = concessão da ordem, 0 = ausência de concessão da ordem);
Nível de confiança da amostra em 95% e intervalo de confiança amostral em 5%.
Fonte: elaborado pelos autores, a partir de dados colhidos no sítio eletrônico do STF.

Conforme apresentado anteriormente, o segundo resultado demonstra a existência de uma associação estatística, de *natureza positiva,* entre a presença da variável testada e

a variação nas chances de ocorrer o resultado, qual seja, o reconhecimento da perda superveniente de objeto.

A partir do modelo estatístico, o exercício (presente ou pretérito) de atividade política por (ao menos) um dos pacientes *aumenta* em *208%* (duzentos e oito por cento) as chances de encerramento do *habeas corpus*, *prejudicado por perda superveniente de objeto*.

Em complemento ao resultado anterior, é possível compreender que a recusa em conceder a ordem em *habeas corpus* a agentes políticos (mantendo os efeitos dos atos supostamente coatores) ocorre predominantemente de forma silenciosa e estratégica, sem assumir eventuais custos decisórios contra os autores.

Portanto, os Ministros do STF, seja monocraticamente, seja de forma colegiada, postergam a decisão sobre a questão objeto do *habeas corpus* até que se chegue a um ponto futuro no qual não seja mais necessário decidir, limitando-se a reconhecer o prejuízo à atividade jurisdicional pela perda superveniente do objeto.

Nesse sentido, observa-se o comportamento estratégico dos Ministros, diante desses *habeas corpus*: silenciam sobre a questão, valendo-se do tempo como critério favorável ao comportamento autorrestrito, sem custos decisórios, até a perda superveniente do objeto.

6. Considerações finais

Haveria influência da atividade política exercida pelo paciente na variação das chances de se obter uma decisão favorável em *habeas corpus*? Os resultados da investigação empírica ora realizada mostram que tal fator *está estatisticamente associado* à variação das chances de se obter a concessão da ordem.

Entretanto, a hipótese ora testada foi refutada, pois existe uma associação de natureza negativa (ainda que de baixa intensidade) entre a presença da variável testada (extraída das características dos pacientes) e a variação nas chances de ocorrer o resultado predito, qual seja, a concessão da ordem em *habeas corpus*.

Segundo o modelo estatístico utilizado nesta pesquisa, o exercício (presente ou pretérito) de atividade política pelos pacientes *diminui as chances da concessão* de ordem em *habeas corpus* da competência originária do Supremo Tribunal Federal. A tendência estatística substantiva indicada no modelo revela que os Ministros do STF, de modo geral, não estiveram propícios a revogar os decretos de prisão de agentes políticos, prestigiando as resoluções tomadas pelas outras instâncias judiciais.

Em contrapartida, verifica-se associação estatística positiva entre a condição de agente político dos requerentes e a utilização pela Corte de sofisticado comportamento autorrestrito: a presença do referido fator está associada ao aumento, à razão de 208%, nas chances de ocorrer o prejuízo por perda superveniente de objeto.

O andamento dos processos de *habeas corpus* é intencionalmente retardado, até que se verifiquem modificações posteriores e "espontâneas" no ato impugnado, a justificar

(do ponto de vista exclusivamente formal) a autorrestrição dos julgadores, sem que eles sejam obrigados a fundamentar, em suas decisões individuais ou coletivas, sua opção pelo não exercício da atividade jurisdicional, evitando a expressa denegação da ordem em *habeas corpus*.

Ao arrepio de assumir os custos de declarar expressamente sua opção pela autorrestrição ou de julgar contrariamente à concessão da ordem em *habeas corpus*, condutas normalmente esperadas deles, os Ministros aqui também "utilizam o tempo como seu aliado" (LIMA e GOMES NETO, 2018), beneficiando-se de inteligente estratégia decisória, disponível no desenho institucional da Corte e nas respectivas normas processuais.

7. Referências bibliográficas

ASSIS, Jorge César. *Curso de direito disciplinar militar*: da simples transgressão ao processo administrativo. 3. ed. Curitiba: Juruá. 2012.

BARBOSA, Luis Felipe Andrade. *Decidindo sobre decisões*: o Supremo Tribunal Federal e a judicialização da agenda parlamentar do Congresso Nacional. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Ciência Política, Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, 2019.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade*: elementos materiais e princípios processuais. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 127-150, ago. 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CASTRO, Alexandre Samy de. *Ensaios sobre o Poder Judiciário no Brasil*. Tese (Doutorado em Economia) – Escola de Pós-Graduação em Economia, Recife, Fundação Getúlio Vargas – FGV, 2012. Disponível em: [https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11239/TESE_SAMY_2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y]. Acesso em: 18.10.2020.

CENEVIVA, Walter. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1989.

CUNHA, José Ricardo Cunha; SILVA, Andréa Diniz da. Fatores Sociojurídicos que influenciam a aplicação da medida socioeducativa ao adolescente autor de ato infracional: uma análise empírica no Poder Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: [https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27049/4095-9259-1-PB.pdf]. Acesso em: 23.09.2020.

DEMARIS, Alfred. *Logit modeling:* practical applications. Newbury Park: Sage, 1992.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARD, Soraya. *Curso de Processo Constitucional:* controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. São Paulo: Atlas, 2016.

FALCÃO, Joaquim. O futuro é plural: administração de justiça no Brasil. *Revista USP*, São Paulo, n. 74, p. 22-35, ago. 2007. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i74p22-35]. Acesso em: 23.09.2020.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci. Poder Judiciário e Competição Política: as eleições 2010 e a lei da "ficha-limpa". *Opinião Pública*, Campinas, v. 18, n. 02, 2012. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-62762012000200004&script=sci_arttext]. Acesso em: 18.10.2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 198, p. 1-17, 1994. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46407/46734]. Acesso em: 23.09.2019.

FIGUEIREDO FILHO, Dalson Britto; PARANHOS, Ranulfo; ROCHA, Enivaldo C. da. Habeas corpus: como julga o Supremo Tribunal Federal? *Revista Estudos de Política*, Campina Grande, v. 1, n. 1, p. 130-150, 2012.

GAROUPA, Nuno. *Politização da justiça e o poder judicial*. Disponível em: [www.stj.pt/wp-content/uploads/2007/04/jspp_nunogaroupa.pdf]. Acesso em: 23.08.2019.

GOMES NETO, José Mario Wanderley. *Pretores estratégicos*: por que o Judiciário decide a favor do Executivo e contra suas próprias decisões? Análise empírica dos Pedidos de Suspensão apresentados ao STF (1993-2012). Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, 2015.

GOMES NETO, José Mario Wanderley; BARBOSA, Luis Felipe Andrade; VIEIRA, Jorge Luiz Gonzaga. Explicando decisões: as aplicações da análise por regressão logística (logit) no estudo do comportamento judicial. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 15, n. 82, jan. 2019. Disponível em: [www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2923]. Acesso em: 23.09.2019.

LATTIN, James M.; CARROL, J. Douglas; GREEN, Paul E. *Análise de dados multivariados*. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

LEVIN, Jack; FOX, James Alan; FORDE, David R. *Estatística para ciências humanas*. 11. ed. São Paulo: Pearson. 2012.

LIMA Flávia Danielle Santiago. *Jurisdição constitucional e política:* ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014.

LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 221-247, abr. 2019.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *História e prática do* "habeas corpus". 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.
PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1974. t. v.
RIBEIRO, Ludmila. Excesso de prazo no Processo Penal: a gramática no Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Sociologia*, Sergipe, v. 07, n 16, p. 50-81. 2019. Disponível em: [www.sbsociologia.com.br/rbsociologia/index.php/rbs/article/view/498/pdf_19]. Acesso em: 23.09.2020.
SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The global expansion of judicial power.* New York: New York University Press, 1997.
TAYLOR, M. M. *Judging policy*: courts and policy reform in democratic Brazil. Stanford: Stanford University Press, 2008.
VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Cia das Letras, 2018.
WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil:* teoria geral e processo de conhecimento. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Atualidade e importância do habeas corpus no Brasil, de Nino Oliveira Toldo – *RBCCrim* 92/155-174 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 7 (DTR\2011\4645);
- Aspectos fundamentais do habeas corpus e a sua aplicabilidade na jurisdição estatal brasileira, de Helvécio Damis de Oliveira Cunha – *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 10/1549-1582 (DTR\2015\11526); e
- *Habeas corpus* nos tribunais superiores - propostas para reflexão, de Thiago Bottino – *RBCCrim* 112/213-243 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 7 (DTR\2015\1982).

Oralidade e democratização no processo penal contemporâneo

Orality and democratization in contemporary criminal proceedings

Marcos Eugênio Vieira Melo

Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Bolsista CAPES. Cocoordenador do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Processo Penal (UNIT/AL). Coordenador Adjunto do IBCCRIM/AL. Professor da Faculdade Raimundo Marinho Maceió (FRM). Assessor de Magistrado no Tribunal de Justiça de Alagoas.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-5854-579X].
marcos.evmelo@gmail.com

Recebido em: 10.01.2019
Aprovado em: 27.09.2020
Última versão do autor: 21.10.2020

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O presente artigo visa fazer uma análise da oralidade no processo penal, de modo a verificar suas principais características e dificuldades de implementação em sistemas jurídicos fundados na inquisitoriedade e na escritura, como é o caso do processo penal brasileiro. Assim, objetiva-se tratar o conceito do que efetivamente é a oralidade no processo e quais seus principais princípios, bem como a importância de uma reforma global nos códigos que se paute na oralidade como tema central para que se inicie a superação da tradição inquisitória. Pretendeu-se verificar se a técnica da oralidade poderá servir como uma forma potencializadora da formação das provas em contraditório, fazendo com que haja uma efetiva participação e influência de ambas as partes processuais na decisão do juiz. Por fim, percebeu-se que na implementação de um processo penal acusatório-democrático a oralidade agregada à imediação aparece como uma técnica que poderá potencializar o devido contraditório.

Abstract: This article aims to make an analysis of orality in criminal proceedings, in order to verify its main characteristics and difficulties of implementation in legal systems based on inquisitorial and deed, as is the case of Brazilian criminal code. Thus, the objective is to deal with the concept of what orality is effectively in the process and what are its main principles, as well as the importance of a global reform in the codes based on orality as a central theme to start overcoming the Inquisitory tradition. It was intended to verify whether the orality technique can serve as a potentiating form for the formation of contradictory evidence, causing an effective participation and influence of both procedural parties in the judge's decision. Finally, it was noticed that in the implementation of an accusatory-democratic criminal process, orality added to immediacy appears as a technique that may enhance the due contradiction.

Palavras-chave: Oralidade – Processo penal – Reforma global – Tradição inquisitória.

Keywords: Orality – Criminal proceedings – Global reform – Inquisitive Tradition.

Sumário: 1. Introdução. 2. O que é um processo fundado na oralidade? 3. Princípios inerentes a um juízo efetivamente oral: imediação, concentração, identidade física do julgador, publicidade e contraditório. 4. Oralidade e a tentativa de democratização do processo penal na América Latina. 5. A escolha por reformas parciais no Código de Processo Penal brasileiro e a permanência de seu núcleo autoritário. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Este artigo tem como objetivo aprofundar-se no tema da oralidade no processo penal, trazendo suas principais características e princípios, bem como suas dificuldades de implementação nos sistemas jurídicos da América Latina e do Brasil, uma vez que seus ordenamentos foram construídos para se desenvolverem com o *modus operandi* de um procedimento escrito e sem a participação da defesa.

Nesse sentido, partir-se-á para um conceito do que é efetivamente um processo pautado na oralidade e quais os efeitos concretos que esse sistema traz para as garantias fundamentais no processo penal, especialmente em relação àquelas referentes à produção probatória. Importa também verificar como se delinearam as reformas globais nos códigos de processo penal dos países latino-americanos, que se basearam em sistemas orais para refundar seus processos penais e tentar romper com a tradição inquisitória.

A presente pesquisa, desse modo, pretende estudar se a técnica da oralidade poderá servir como uma forma potencializadora da formação das provas em contraditório, fazendo com que haja uma efetiva participação e influência de ambas as partes processuais na decisão do juiz, diminuindo os possíveis danos provenientes das *evidências* produzidas unilateralmente na fase pré-processual, tornando a audiência o local preponderante na produção das provas, de modo que se garanta uma originalidade cognitiva do julgador. Para isso, propõe-se discutir a democratização no processo penal contemporâneo a partir de uma reforma global do Código de Processo Penal brasileiro.

O artigo será estruturado de modo que, no primeiro tópico, será vista a ideia de como é um processo verdadeiramente oral, tomando-se cuidado com o reducionismo que se apresenta no conceito de oralidade, tal qual a palavra falada sobre a escrita ou a colocação da oralidade como sinônimo de eficiência e celeridade, muitas vezes advindas do processo civil. Em seguida, o segundo tópico analisará os princípios inerentes a um processo oral, quais sejam, a imediação, a concentração, a identidade física do juiz, a publicidade e o contraditório. No terceiro tópico, será tratado como ocorreu a reforma global dos processos penais na América Latina, fundada na oralidade e na mudança estrutural das instituições. Posteriormente, no último tópico, verificar-se-á como ocorreram as reformas

parciais ao Código de Processo Penal brasileiro de 1941 e, com isso, a permanência do seu núcleo autoritário.

2. O que é um processo fundado na oralidade?

O direito é, segundo Binder, um instrumento para solucionar conflitos sociais de diversas maneiras possíveis, inclusive gerando-os e redefinindo-os.[1] Na seara criminal, o processo penal pode ser considerado um instrumento de *redefinição dos conflitos sociais*[2] e desse modo o juízo deve ser a principal etapa da persecução penal porque é nele que é efetivamente redefinido o conflito que dá origem ao processo penal.[3]

Não obstante, há muitos séculos o cerne da persecução penal se mantém em uma investigação secreta e unilateral, fundada em uma verdade absoluta e sem a participação daqueles que estão sendo investigados, o que impossibilita o litígio entre as partes acusadora e defensora e transforma o palco processual em um lugar de mera teatralização de atos já produzidos anteriormente. É verdade que, em alguns momentos históricos, existiu uma tentativa de democratizar o processo e tentar diminuir as desigualdades inerentes a um procedimento em que existe uma parte hipossuficiente, colocando algumas garantias a ela.

---

1. "O Direito é um instrumento formidável para solucionar conflitos (também para evitá-los, que é um modo de antecipado de solução) ou para gerá-los, outra maneira de seus efeitos sociais. Trata-se de uma ferramenta de que serve para solucionar os conflitos de diferentes modos, segundo os valores dominantes em uma determinada sociedade e em uma época precisa" (BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 2). Em sentido similar, Luhmann afirma que por meio das leis o direito cria conflitos para evitar conflitos, isto é, tira-se disso que o direito cria ou redefine tipos de conflitos de uma forma em que possa regular a ação dos indivíduos: "As leis criam e decidem também as situações de conflito, e sem elas isso jamais seria alcançado. [...] Ele estabelece proibições ou condições permissivas. [...] na grande maioria das regulações, o direito cria, em torno de um ponto de inflexão, conflitos para evitar conflitos, e os motivos não residem numa antecipação da espera de solução do conflito, senão na regulação do agir enquanto tal" (LUHMANN, Niklas. A restituição do Décimo Segundo Camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Org.). *Niklas Luhmann*: do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 69).
2. "Até se poderia dizer que o direito *nunca soluciona nada*; o que ele faz é, na verdade, é *redefinir os conflitos* humanos, algumas vezes de um modo mais aceitável para todas as partes envolvidas. Outras vezes redefine o conflito, impondo essa redefinição a alguns ou a todos os envolvidos, apoiando-se no poder do Estado – e o Direito penal atua dessa forma em uma ampla proporção" (BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 2, grifos do original).
3. BINDER, Alberto. *Iniciación al proceso penal acusatórios*. Buenos Aires: Campomanes Libros, 2000. p. 60.

Contudo, as características de um processo autoritário[4] sempre acabaram prevalecendo e se ressignificando de algum modo durante o processo, seja de forma mais petulante, em que essas características estão mais pulsantes, de modo que a mesma pessoa está encarregada de acusar e julgar; seja de forma mais velada, dividindo-se em fases o procedimento: uma inquisitória e escrita e outra acusatória e oral, no qual a fase inquisitória contém todas as características anteriormente citadas e pode ser utilizada na fase acusatória de alguma forma que se legitime e que componha a fundamentação da decisão, tornando a fase acusatória mera repetição dos atos já produzidos anteriormente.

Na tentativa de mudar esse cenário e colocar a fase de juízo como a principal durante todo o procedimento, a oralidade torna-se um instrumento importante, por meio do qual se tenta superar a tradição escrita e potencializar as garantias processuais. No entanto, deve-se tomar cuidado com o que se apresenta como oralidade, uma vez que oralidade é diferente de verbalização.[5] Em outros termos, pode-se ter um procedimento totalmente "falado", mas que não cumpra com os requisitos de um processo efetivamente oral.

Dessa forma, o termo oralidade é bastante rico, não se reduzindo à prevalência da palavra falada sobre a escrita no momento da expressão dos sujeitos processuais, "afinal, a oralidade transpõe a barreira do protocolo escrito, tratado como único meio de transmissão do conhecimento no método inquisitório, revelando que sempre existem, no mundo, mais informações do que aquelas inseridas nas atas".[6]

Outro ponto em que a oralidade é muitas vezes posta como sinônimo é no que tange à *eficiência* e à *celeridade*. Muitos autores se apegam a esses termos advindos de um processo civil *pós-moderno* para conceituar a oralidade no processo penal, deixando de lado as suas particularidades. Tratando da legislação civil espanhola, por exemplo, Montero Aroca afirma que se pretendeu encontrar a rapidez dos procedimentos na oralidade frente aos procedimentos escritos.[7]

Pode-se entender que a eficiência em um mundo neoliberal seria alcançada no processo pela adoção de uma celeridade, encontrando suporte em uma renúncia ao formalismo processual, o que implica uma minimização das garantias.[8] No que tange à

4. Sobre uma genealogia do autoritarismo no processo penal brasileiro cf. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1.

5. Nesse sentido, Marinho Marques: "não se deve conceber a oralidade como prevalência da palavra falada sobre a forma escrita, durante a realização dos atos processuais" (MARINHO MARQUES, Leonardo. O princípio da oralidade e a descentralização da informação relevante no processo penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 46, v. 10, 2012. p. 158).

6. MARINHO MARQUES, Leonardo. O princípio da oralidade e a descentralização da informação relevante no processo penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 46, v. 10, 2012. p. 165.

7. MONTERO AROCA, Juan. *La nueva ley de enjuiciamiento civil española y la oralidad*. Valencia: Academia de Derecho y de Altos Estudios Judiciales, 2000. p. 7.

8. "É através da lógica eficientista que se faz prevalecer no sistema penal a ideia de custo-benefício e de submissão do aparato penalístico aos propósitos do projeto neoliberal" (MARCELLINO

oralidade, o eficientismo parece ter contaminado seu conceito, reduzindo-o à simplicidade e à celeridade no processo, sobretudo na formação probatória, o que acaba por servir a um processo penal autoritário.

É o que se pode verificar no modo como se conceitua a oralidade no Brasil, sobretudo nas palavras de Francisco Campos – principal idealizador do Código de Processo Penal vigente até os dias atuais – de modo que, para ele, a oralidade comina ao processo uma espécie de instrumento público, substituindo a concepção duelística pela concepção autoritária de processo. Com isso, simplifica e racionaliza o uso da prova pelo juiz, que por meio de argumentos de *defesa social* a manipula. Portanto, para Campos, o processo oral:

> "confere ao processo o caráter de instrumento público; substitui a concepção duelística pela concepção autoritária ou pública do processo; *simplifica a sua marcha, racionaliza a sua estrutura e, sobretudo, organiza-o no sentido de tornar mais adequada e eficiente a formação da prova*, colocando o juiz em relação a esta na mesma situação em que deve colocar-se qualquer observador que tenha por objeto conhecer os fatos e formular sobre eles apreciações adequadas ou justas."[9]

Não se pode dizer que essas ideias ficaram no passado. Até os dias hodiernos, por exemplo, é comum afirmar que nas infrações de menor potencial ofensivo a Lei 9.099/95 trouxe a oralidade para esses procedimentos. Porém, nas disposições gerais e no capítulo sobre os juizados criminais a oralidade é colocada junto de termos como "simplicidade", "economia processual" e "celeridade",[10] o que dá a entender que no procedimento fundado na oralidade o que mais importa é que as formalidades não atrapalhem na agilidade e na eficiência do processo.

Mesmo após a "minirreforma de 2008" no CPP brasileiro, em que foram inseridos institutos que favorecem a uma estrutura de processo oral, como a mudança da fragmentação da instrução processual em várias audiências para a instrução e o julgamento concentrados em uma única audiência, ou o instituto do *cross examination*, o que se revelou

JÚNIOR, Julio Cesar; ROSA, Alexandre Morais da. *O processo eficiente na lógica econômica*: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 116).

9. CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 286. Grifo nosso.

10. Lei 9099/95: Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

foi que no Brasil "a oralidade serviu para arrancar o véu da face inquisitória do processo penal tupiniquim".[11]

Contudo, isso não passa de um reducionismo do conceito de procedimento oral, afinal, o que se pretende com a oralidade é a efetivação das garantias de um processo penal acusatório em que as partes tenham protagonismo na formação probatória e que o debate entre elas parta de uma paridade no contraditório para que ambas possam ter a chance de influenciar na decisão final, bem como preservar a imparcialidade do julgador, que não poderá ter acesso a nenhuma ata escrita advinda das fases pré-debate, mantendo a sua originalidade cognitiva.

Não é à toa, com isso, que a maioria das convenções internacionais de direitos humanos se inclina, ainda que implicitamente, pelo sistema oral na justiça penal, pelo fato desse sistema ser mais eficaz na proteção e tutela dos direitos do homem, sobretudo pela aproximação entre os sujeitos processuais e a formação probatória.[12]

3. Princípios inerentes a um juízo efetivamente oral: imediação, concentração, identidade física do julgador, publicidade e contraditório

Em um processo penal constituído na oralidade, existem alguns princípios que deverão ser observados para que não ocorra uma burla no momento da produção da prova em audiência e ela acabe se tornando um mero espetáculo de legitimação de atos já produzidos em fases anteriores ao processo. Com isso, a audiência torna-se o principal lugar de formação probatória e depuração de informações para a tomada de decisões pelos julgadores.

É importante salientar que a oralidade em si não pode ser considerada um princípio, mas um instrumento facilitador dos princípios políticos básicos de uma república e das garantias que estruturam o sistema penal. São esses princípios políticos e garantias que o procedimento oral visa tornar eficaz, transformando-se, assim, em uma virtuosa técnica

11. SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Crônicas forenses contemporâneas: quando a oralidade pode ser pior que do que o processo escrito. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Org.). *Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil*: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. v. 2. p. 208.

12. Como exemplos têm-se Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que trazem implicitamente os fundamentos de um juízo oral, bem como o Projeto de Regras Mínimas das Nações Unidas para o Procedimento Penal – Regras de Mallorca – e o Código Processual Penal Modelo para a Ibero-América, que trazem expressamente o modelo oral de processo penal a ser seguido.

de coleta probatória, sendo os principais conhecidos por: imediação, concentração, identidade física do julgador, publicidade e contraditório.

O conceito de imediação na formação probatória é de suma importância para que não existam burlas no momento de valoração dos elementos de convicção do julgador. Portanto, para que haja imediação é necessário que as provas sejam produzidas na presença de todos aqueles que participam dos debates: Ministério Público, imputado e seu defensor, bem como da(s) pessoa(s) responsável(eis) por decidir o caso (juiz).

Trata-se, com isso, de "garantir a mais íntima relação possível entre o julgador, partes (por meio das alegações e posições sustentadas) e a totalidade dos meios probatórios, colhendo o primeiro, pessoal e diretamente, as impressões que, ao produzir sua convicção, o levam à sentença", isto é, torna-se importante que os "elementos de convicção cheguem diretamente ao espírito do sujeito que há de valorá-los, sem que se interponham outras pessoas (*intermediários* ou *mediadores*), porque estas podem falsificar ou desfigurar – consciente ou inconscientemente – o dado a ser transmitido".[13]

Vale ressaltar que esse contato direto do juiz ou tribunal com a prova não deixa de ser uma figura de linguagem, pois não existe conhecimento imediato do julgador no processo penal, já que o crime é um fato histórico/passado. Desse modo, o princípio da imediação é um expediente metafísico e ideológico destinado a lograr uma psicológica convicção judicial formada pela presença corpórea – imediata – das partes, levando a cabo um debate em contraditório a partir do qual o tribunal procederá à valoração das provas orais.[14]

O Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América,[15] ao atribuir o conceito de imediação, disciplina, na Seção 1 do Capítulo 2 do Título do Livro Segundo, em seu art. 291, que o debate se realizará na presença ininterrupta das pessoas chamadas a ditar a sentença, do Ministério Público, do imputado, seu defensor e dos demais intervenientes ou seus mandatários.

Assim, só se considera prova, com algumas exceções, aquilo que é produzido no debate em contraditório entre as partes e na presença do julgador. Destarte, tem-se que a oralidade é companheira necessária da imediação,[16] pois permite "a observação direta, sem intermediários, baseando-se em algo inerente à personalidade humana, no falar

13. GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 41-42 (grifos do original).

14. RUIZ, Francisco López. El principio de inmediación en el proceso penal: una crítica epistemológica. In: CADENAS, Manuel C.; ARIAS, Just. F; JUNOY, Joan P. *Justicia: Revista de derecho procesal*, Ciudad de México, n. 1, 2016. p. 237.

15. Codigo Procesal Penal Modelo Para Iberoamerica. Art. 291. Inmediación. El debate se realizará con la presencia ininterrumpida de las personas llamadas a dictar la sentencia, del ministerio público, del imputado, su defensor y los demás intervinientes o sus mandatarios.

16. FAIRÉN GUILLÉN, Victor. Algunos problemas procesales suscitados por el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos del Hombre. *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, v. 7, n. 2, 1980. p. 564. Segundo Demercian "A imediação é a característica que representa com maior

diretamente".[17] Não obstante, a imediação deve incidir na produção da prova que deve ser valorada pelo julgador na hora de decidir, a rigor, impedindo o julgador de ir atrás ou receber informações obtidas por outros que não as partes e/ou em outro momento senão na instrução probatória.[18]

Sustenta-se, portanto, que o julgador que emite a decisão deverá ser necessariamente o mesmo diante do qual foram formadas as provas, pois a imediação reduz a possível interferência dos fatos produzidos fora da instrução. Assim, somente a prova legitimamente produzida durante o contraditório entre as partes torna-se utilizável para a prolação da decisão e pode sustentar decisão condenatória.[19]

Com isso, o binômio oralidade-imediação se adequa perfeitamente com o contraditório e com a publicidade da audiência,[20] uma vez que garante às partes e ao juiz uma participação efetiva e uma comunicação direta e oral dos elementos do julgamento, tornando-se uma verdadeira *condição de validade das provas*,[21] sob pena de proibição de sua utilização quando ausente uma das partes ou o juiz ao longo do debate, ou, ainda, proibição da utilização de elementos que não foram debatidos nessa audiência.[22]

---

fidelidade o processo oral" (DEMERCIAN, Pedro Henrique. *A oralidade no processo penal brasileiro*. São Paulo: Editora Atlas, 1999. p. 56).

17. GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 52.

18. IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica). *Jueces para la democracia*, [S.l.], n. 46, 2003. p. 58. Deve-se ressaltar que, juntamente com o contraditório, "a imediação é uma *técnica de formação das provas*, *não um método para convencimento do juiz*, gozando, portanto, de um *valor instrumental*" (GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 46, grifos do original).

19. GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 62. Como assevera Winter: "un juicio oral que sea plenamente contradictorio en cuanto a su configuración externa, si queda reducido a la discusión sobre las pruebas obtenidas en la fase de instrucción de manera no contradictoria, no sólo rompe con el principio de igualdad, sino que además se rompe el princípio de inmediación" (WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatorio *versus* inquisitorio. Reflexiones acerca del proceso penal. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.). *Processo penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 36).

20. "Lo esencial del juicio oral es que en él cobran sentido los princípios de inmediación, concentración, contradicción, oralidad, etc., que gobiernan el debate contradictorio entre las partes (acusación y defensa), en presencia del tribunal juzgador" (RUIZ, Francisco López. El principio de inmediación en el proceso penal: una crítica epistemológica. In: CADENAS, Manuel C.; ARIAS, Just. F.; JUNOY, Joan P. *Justicia: Revista de derecho procesal*, Ciudad de México, n. 1, 2016. p. 229).

21. "[...] la inmediación, rectamente entendida, debe incidir en la producción de la prueba, es decir, en el examen original de las distintas fuentes de esta; de ahí que, en rigor, su vigencia impida al juzgador recibir o hacerse eco de la información obtenida por otros sujetos y en otros momentos anteriores al juício propriamente dicho" (IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica). *Jueces para la democracia*, [S.l.], n. 46, 2003. p. 58).

22. GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 84-86.

Importante salientar também que historicamente a imediação entra em cena como uma implicação necessária do processo oral e público, intensamente reivindicado pelos juristas e filósofos do iluminismo, como uma alternativa ao processo inquisitivo, escrito e secreto, visto que, com essas características, fica mais fácil que a decisão seja baseada nos atos em que o juiz não estava presente.[23]

Já em outra perspectiva, a imediação, para James Goldschmidt,[24] divide-se em subjetiva e objetiva, nas quais os julgadores deveriam socorrer-se de meios de provas imediatos. No primeiro sentido, trata-se de garantir que o juiz se relacione ou entre em contato da maneira mais direta e estreita possível com as fontes de prova, recebendo-as por ele mesmo, sendo imprescindível sua presença contínua na formação dos meios probatórios. No segundo sentido, a imediação garante que o juiz adquira sua convicção por meio daqueles meios de prova que se encontrem na mais direta relação com o fato que se pretende provar.

Como consequência de um juízo fundado na imediação, tem-se a *concentração*, que exige que o debate oral se realize frente a todos os sujeitos processuais – acusador, réu e seu defensor e, principalmente, o julgador – desde o início até o término, com o propósito de que exista uma maior proximidade entre o momento em que se produza a prova por meio das argumentações das partes e da sentença do julgador.[25] Nesse sentido, a concentração está diretamente relacionada aos sujeitos processuais e à recepção da prova, bem como à continuidade dos atos processuais que devem se realizar em juízo.[26] Desse modo, tem-se que a oralidade, a imediação e a concentração devem ser vistas em uma perspectiva de que não se anulam entre elas, mas que uma complementa a anterior, de modo a se

23. IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica). *Jueces para la democracia*, [S.l.], n. 46, 2003. p. 57. No mesmo sentido Maier, que afirma que "el Derecho procesal continental introdujo nuevamente la *inmediación*, y con ella el juicio público y oral, como reacción contra la Inquisición y contra el Estado absoluto y como princípio básico de aquello que que iba a desembocar en el Estado de Derecho en los procedimientos judiciales" (MAIER, Julio B. J. ¿Es la inmediación una condición de la condena penal?: un aspecto parcial de la lucha entre Inquisición vs Composición. En: Un apunte de conclusiones Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica). *Jueces para la democracia*, [S.l.], n. 46, marzo 2003. p. 15, grifos do original).

24. GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935. p. 95- ss.

25. "Essa possibilidade oferecida pela imediação e pela oralidade – de que as provas sejam reunidas em uma mesma oportunidade, sejam analisadas ou sejam ouvidas sem interrupções e, assim, adquiram maior virtualidade probatória e possam ser controladas com maior eficiência pelos diferentes temas processuais – é denominada de *princípio de concentração*, sendo considerada um dos grandes princípios que estruturam um julgamento penal republicano" (BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 66, grifos do original).

26. GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal. *Revista de Ciencias Penales*, [S.l.], n. 11, Año 8, julio, 1996. p. 645.

observar que a justiça penal não soluciona conflitos, mas consegue redefini-los e reinseri-los na sociedade.[27]

A concentração dos atos impõe que todos eles deverão ser reunidos em uma única audiência. Porém, a depender da complexidade do caso penal nem sempre se podem concentrar em uma audiência todos os atos de instrução, mas deve-se assegurar a vinculação do juiz à causa, designando a audiência de continuação para datas próximas para que não ocorra a interrupção e o refazimento dos trabalhos.[28]

A oralidade aqui estabelece a concentração e a continuação pelo fato de o julgador ter que decidir e fundamentar sua decisão do que foi apresentado de forma direta no debate entre as partes em sua frente e não de forma indireta feita por terceiros em atas escritas que transcrevem ou interpretam o que declararam as testemunhas e os peritos. Assim, pelo debate oral, tem-se a exigência de que todos os sujeitos estejam presentes no momento da formação probatória de forma contínua, só podendo o debate ser interrompido por causa de necessidades fisiológicas ou alguma justificativa que interfira no andamento da audiência. A concentração e a continuidade da audiência devem alcançar também a sentença, pois ela deve ser proferida em um período razoável após o debate, o mais próximo possível dele.[29]

Outro princípio que está ligado diretamente à imediação e à concentração dos atos é o da *identidade física do juiz*,[30] que estabelece que deverá ser o mesmo juiz quem preside a audiência de debate oral e quem profira a sentença. Em outras palavras, a decisão judicial só será válida se o julgador que a proferiu seja o mesmo que estava presente de forma direta e imediata durante o debate oral na audiência de instrução, não podendo delegar essa função a um terceiro.[31]

Segundo Décio Gomes, se esse princípio for colocado em uma perspectiva mais ampla e em conjunto com a oralidade, figura-se "como uma peça de quebra-cabeça, como componente de um desenho unitário, destinado a exigir que a decisão final do juízo seja fruto da percepção direta da prova pelo órgão chamado a deliberar".[32]

---

27. BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 66.

28. DEMERICAN, Pedro H. *A oralidade no processo penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 54-55. Nesse sentido: CODIGO PROCESAL PENAL MODELO PARA IBEROAMERICA, Art. 298. Interrupción. Si el debate no se reanuda a más tardar al undécimo día después de la suspensión, se considerará interrumpido y deberá ser realizado de nuevo, desde su iniciación.

29. MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*: fundamentos. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. t. I. p. 658-659.

30. É chamado por alguns autores de princípio da imutabilidade e por outros de princípio da identidade física do juiz da causa.

31. GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal. *Revista de Ciencias Penales*, [S.l.], n. 11, Año 8, julio, 1996. p. 649.

32. GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 139-140.

Nesse ponto, tem-se que a oralidade age como um instrumento que melhor poderá garantir a realização desses princípios, pois exige uma estreita aproximação das partes, peritos, testemunhas e réu com os juízes que irão resolver o caso penal, que devem estar presentes e presidir o juízo oral de forma obrigatória, de nada valendo tudo isso se o julgamento não for proferido pelo magistrado que presidiu a instrução.[33]

Isso porque o processo pautado pela escritura não garante a identidade física do juiz, porque permite delegar a funcionários e auxiliares administrativos que não têm competência jurisdicional a maioria das atividades jurisdicionais, desde a recepção das provas até o proferimento da sentença.[34]

Pode-se afirmar, com isso, que a vinculação do juiz ao processo constitui uma autêntica garantia do acusado no que tange a todo e qualquer juízo,[35] além da plena satisfação da norma constitucional da individualização da pena,[36] que torna indispensável a prolação da decisão pelo julgador que manteve contato com os protagonistas do processo.[37]

Nesse sentido, Maier afirma que:

> "Estas reglas de princípios carecerían de todo sentido si el fundamento de la sentencia no procediera únicamente de los actos válidamente incorporados al debate (*base de la sentencia*) y si no se dispusiera que los únicos jueces autorizados a dictar el fallo son los

33. DEMERICAN, Pedro H. *A oralidade no processo penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 59. Discordamos aqui do posicionamento de Badaró, que admite a analogia com o Código de Processo Civil no caso de afastamento por qualquer motivo do Magistrado que recebeu as provas: "Na ausência de previsão legal de hipóteses de relativização da identidade física do juiz penal, podem ser aplicadas, por analogia – pois nesse ponto sim, há lacuna –, as exceções previstas no processo civil. Assim, o 'juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença' (CPP, art. 399, § 2o), 'salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor' (CPC, art. 132, caput, parte final). Nestes casos, mesmo que toda a instrução tenha sido presidida por um juiz, se, no momento de sentenciar o feito, outro estiver respondendo pelo processo, será este que deverá julgá-lo" (BADARÓ, Gustavo Henrique. A regra da identidade física do juiz na reforma do Código de Processo Penal. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, v. 17, n. 200, p. 12-14, 2009-2010).

34. Nesse sentido, Binder: "Tampouco os sistemas escritos garantem a presença do juiz ou a personalização de seu trabalho, pois esses sistemas produzem – como um vício intrínseco – a *delegação de funções*, e quem conhece o funcionamento dos sistemas escritos sabe que neles grande parte da atividade judicial – inclusive as sentenças – é realizada pelos delegados auxiliares ou por simples funcionários, com grande prejuízo das garantias constitucionais" (BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 68, grifos do original).

35. "A identidade física do juiz, no entanto, deve ser considerada uma condição de validade do julgamento" (GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 142).

36. Constituição da República. Art. 5º, XLVI: a lei regulará a individualização da pena [...].

37. DEMERICAN, Pedro H. *A oralidade no processo penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 59.

> que presenciaron íntegramente (*identidad física del juzgador*). En efecto, se dispone la inmediación, concentración y continuidad del debate para posibilitar que intervengan en la solución del conflicto todos aquellos que poseen un interés legítimo en ella, con el fin de que controlen y usen los actos que darán fundamento a esa solución; de tal modo, no se justificarían si la base de la sentencia estuviera proporcionada por otros actos, extraños al debate cumplido de esa forma."[38]

Sabe-se que é praticamente impossível adotar de forma absoluta a identidade física do julgador em todos os casos concretos, devendo haver previsão legal de situações excepcionais que permitam a transferência do julgamento a outro magistrado. Contudo, como regra, deve-se ter uma norma similar ao art. 525, § 2º, do CPP italiano,[39] que impõe o dever de renovar de forma integral o debate cada vez que haja uma mudança no julgador singular da causa ou na composição do colegiado, nas hipóteses em que a parte requeira. Essa previsão reflete a necessidade de implementar e tornar eficaz o processo oral e o princípio da imediação, além de garantir o direito à prova e ao contraditório.[40]

Outro princípio que o procedimento oral facilita e torna mais eficaz é o da *publicidade*. É importante que a justiça penal se aproxime da comunidade e que os cidadãos possam verificar como os juízes exercem sua função, evitando ou, ao menos, colocando em evidência os excessos ou abusos praticados pelo Poder Judiciário. Em um Estado Democrático de Direito, a justiça penal deve ser fiscalizada por qualquer pessoa do povo, "não só por meio de instrumentos meramente formais, por meio da chamada *publicidade mediata* (*v.g.* a publicação de alguns atos pela imprensa oficial, certidões etc.), mas por mecanismos que traduzam aquele anseio de um Poder Judiciário participativo".[41]

Deve-se constatar que a participação dos cidadãos na administração da justiça não se esgota com a incorporação deles como jurados, mas que compreende também a possibilidade de que possam presenciar o julgamento em todas as fases, desde o início até

38. MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*: fundamentos. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. t. I. p. 660, grifos do original.

39. Codice de Procedura Penale. Art. 525. 2. Alla deliberazione concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento. Se alla deliberazione devono concorrere i giudici supplenti in sostituzione dei titolari impediti, i provvedimenti già emessi conservano efficacia se non sono espressamente revocati.

40. GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 146-149. Importante salientar ainda que "As exceções a este princípio são permitidas somente na presença de interesses de igual importância/relevância, normalmente não detectadas nos requisitos organizacionais que determinam a rotação ou o revezamento das pessoas chamadas para compor os órgãos judiciais" (GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 149).

41. DEMERICAN, Pedro H. *A oralidade no processo penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 52.

o final do processo. Por isso se afirma que não é por causalidade que a publicidade do processo se vincula diretamente com a essência de um sistema democrático.[42]

Na inquisição, o procedimento escrito foi utilizado como forma de deixar os atos secretos, de forma que somente os inquisidores tivessem ciência das acusações e do trâmite processual.[43] Isso não quer dizer que não existiu ou não existam procedimentos escritos que sejam públicos – contudo, não basta existirem normas afirmando que eles são púbicos para que efetivamente sejam públicos –,[44] mas que o que melhor contribui com a realização dos ideais de publicidade é o juízo pautado na oralidade.[45]

Deve-se ter a publicidade como uma forma de aproximação da comunidade com o Poder Judiciário, de modo que ele seja fiscalizado em seus atos.[46] Não se pode, por fim, confundir "publicidade" com "transparência", já que a transparência acaba por

42. GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal. *Revista de Ciencias Penales*, [S.l.], n. 11, Año 8, julio, 1996. p. 647.

43. "Publicidad y oralidad representan banderas que presiden la transformación del procedimiento inquisitivo durante el siglo XIX en Europa continental. Esas banderas resumían el proyecto político del iluminismo en materia procesal penal y presiden, junto a otras – supresión de los métodos crueles para la investigación de la verdad, convicción íntima para valorar las pruebas, libertad de defensa, colaboración popular em la administración de justicia –, emanadas de la afirmación des respecto a la dignidad humana, la reacción contra la Inquisición" (MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*: fundamentos. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. t. I. p. 652).

44. Conforme Binder: "em nossa realidade, os julgamentos penais são secretos – secretos de fato, embora existam normas processuais que habilitam a publicidade, como acontece com os procedimentos escritos, já que não é presumível esperar que os cidadãos andem pelos labirintos de nossos tribunais pedindo os expedientes para lê-los, ou se apresentem em audiências 'públicas' de provas, que não são mais que sessões de ditado realizadas por um grupo de pessoas amontoadas em um pequeno gabinete" (BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 70).

45. GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal. *Revista de Ciencias Penales*, [S.l.], n. 11, Año 8, julio, 1996. p. 647. No mesmo sentido, Marinho Marques: "o protocolo escrito conserva o saber produzido em segredo e elimina qualquer possibilidade de contestação. O que não está nas atas não está no mundo, diz o provérbio processual, limitando o horizonte de decidibilidade" (MARINHO MARQUES, Leonardo. O princípio da oralidade e a descentralização da informação relevante no processo penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 46, v. 10, 2012. p. 163-164).

46. BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 71. Aqui tem que se deixar claro que não é que os julgadores devem julgar conforme os anseios e o clamor social, mas que a comunidade deve poder ter acesso às audiências e aos julgados como uma forma de fiscalização dos atos dos magistrados.

transformar os atos em simples dados servientes ao mercado,[47] o que torna o processo uma mera mercadoria e serve para a espetacularização do processo penal.[48]

Por último, tem-se o procedimento oral como garantidor de um efetivo *contraditório* entre as partes. Em um processo penal democrático, é necessário garantir a recepção da prova frente ao controle de todos os sujeitos processuais, com o objetivo de que as partes tenham possibilidade de intervir de forma paritária no momento de formação probatória, seja fazendo perguntas ou observações e solicitando acareações, seja vigiando a forma como a prova é introduzida no processo para verificar se não ocorreu nenhuma irregularidade.

Nesse sentido, Daniel Álvarez[49] afirma que a oralidade se apresenta como o melhor facilitador do contraditório no sistema penal, ao receber, de forma direta, sem intermediários e de maneira contínua e concentrada, toda prova na presença de todos os sujeitos do processo. Por outro lado, o processo escrito é caracterizado por delegar a compilação da prova a funcionários e auxiliares da justiça sem competência jurisdicional, bem como é também caracterizado pela descontinuidade dessa recepção, não resultando em um instrumento idôneo para a realização do contraditório, uma vez que não exige a presença de todos os sujeitos no momento da formação probatória, já que as atas, das quais as decisões serão extraídas, poderão ser examinadas posteriormente.

O processo pautado na oralidade é, portanto, aquele em que a formação probatória deverá ser extraída do debate oral em contraditório entre as partes em igualdade de oportunidades. Para isso, não se pode adentrar nesse debate o que foi produzido unilateralmente nas fases anteriores, e o(s) julgador(es) não pode(m) ter contato com esses atos,

---

47. Para uma análise sobre o assunto, cf. HAN, Byung-Chul. *Sociedade da Transparência*. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2017. Segundo o autor: "As ações se tornam transparentes quando se transformam em *operacionais*, quando se subordinam a um processo passível de cálculo, governo e controle". E continua afirmando que "A transparência estabiliza e acelera o sistema, eliminando o outro ou o estranho. Essa coação sistêmica transforma a sociedade da transparência em sociedade uniformizada (*gleichgeschaltet*). Nisso reside seu traço totalitário, em uma 'nova palavra para dizer uniformização: *transparência*'." (HAN, Byung-Chul. *Sociedade da Transparência*. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2017. p. 10-11, grifos do original).

48. Sobre o processo penal do espetáculo, Rubens Casara afirma que com a "espetacularização do Sistema de Justiça, desaparece o desejo de democracia, que se traduz no objetivo de concretizar direitos e garantias fundamentais em nome do projeto constitucional de vida digna. O espetáculo assume feição de uma mercadoria, ou seja, o processo transformado em mercadoria passa a ter o fim de produzir mais-valor. O processo-espetáculo não tem compromisso de assegurar direitos fundamentais. Os responsáveis pelo espetáculo, dirigido pela lógica neoliberal de que não existem limites à busca por lucro e vantagens econômicas, têm por objetivo captar e cativar audiência, criar heróis e vilões, vender visões de mundo e conformar condutas" (CASARA, Rubens R. R. *Processo penal do espetáculo*: e outros ensaios. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 35-36).

49. GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal. *Revista de Ciencias Penales*, [S.l.], n. 11, Año 8, julio, 1996. p. 646-647.

de forma que seu conhecimento sobre o processo e as provas se dará somente pelo debate na audiência referente a ele.

Com isso, Maurício Duce, Felipe Marín e Cristián Riego, asseveram que o eixo central sobre o qual se articulam todas essas garantias é a ideia de juízo – ou *juicio* –, entendida como uma audiência oral, pública e contraditória. Segundo os autores:

> "Esto significa que, a lo menos en el contexto cultural moderno – en el que essas garantías se han desarrollado – resulta imposible imaginar cada uno de estos derechos específicos consagrados en los instrumentos internacionales sin referirlos a la idea de una audiencia oral y pública, desarrollada ante un tribunal imparcial por medio de un debate en el que participan las partes involucradas, se ejerce el derecho a defensa y se rinde la prueba, en base a todo lo cual el tribunal puede fundar su decisión."[50]

Como assevera ainda Manuel Estrampes,[51] os novos sistemas processuais penais da América Latina de cunho acusatório têm como objetivo colocar o juízo oral como eixo central do processo e o configuram como o cenário natural da atividade probatória –[52] diferentemente dos modelos inquisitivos ou mistos, em que há uma mera reprodução burocratizada do que se realizou na investigação –, na tentativa de garantir, em sua plenitude, os princípios da imediação – e seus derivados concentração e identidade física do juiz –, da publicidade e do contraditório, de modo que o juízo oral se torne o verdadeiro cenário da prova penal.

Nesse sentido, o conceito de atos de investigação e atos de prova tem um papel central para garantia dos direitos e para efetividade do juízo oral. Os atos de investigação não podem ser levados ao juízo oral e participar da fundamentação da decisão – salvo alguns atos considerados provas pré-constituídas. Somente os atos de prova praticados na audiência oral de formação probatória, com respeito a todos os princípios do devido

50. DUCE, Maurício; MARÍN, Felipe; RIEGO, Cristián. *Reforma a los procesos civiles orales*: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información, p. 35. Disponível em: [http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/1220]. Acesso em: 25.11.2020.

51. ESTRAMPES, Manuel Miranda. La prueba en los procesos penales acusatorios latinoamericanos, Actualidad Judicial. *Revista del Poder Judicial del Estado de Zacatecas*, Zacatecas, n. 1, 2007. p. 46.

52. Como exemplo, o art. 356.1 do CPP peruano, o qual afirma que "*El juicio es la etapa principal del proceso*. Se realiza sobre la base de la acusación. Sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú, rigen especialmente la oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su desarrollo se observan los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor" (grifos nossos).

processo legal,[53] bem como os derivados da oralidade poderão ser base para fundamentar a decisão condenatória.[54]

Com isso, Alberto Binder,[55] ao falar de oralidade, afirma:

> "Cuando se habla de 'oralidad', en realidad lo que se quiere transmitir es que todo ciudadano tiene derecho a que no se le imponga una pena sin un juicio previo, y juicio no es cualquier trámite, sino la estructura (conjunto de formas vinculadas a los actos, sujetos, tiempo, espacio, coerción y caso) que sostiene la imparcialidade, la contradicción y la publicidad. [...]Se inicia por la formalización de los medios de prueba (que conforman estatutos normativos precisos sobre el tratamiento de distinto 'tipos' de relatos) hasta las reglas de 'valoración de la prueba', y las exigencias de fundamentación de la sentencia. Existen un sinnúmero de reglas legales, estándares probatorios y técnicas de argumentación o razonamiento que hoy constituyen buena parte del entrenamiento judicial y de los litigantes. De hecho, en gran medida, los sistemas de justicia penal se ajustan y evolucionan alrededor de las reglas de exclusión probatoria. Como se puede observar, alrededor de la idea de verdad y de juicio se organiza todo el sistema de garantías, de tal manera que 'oralidad' podrá ser el nombre sintético que se

53. "La presunción de inocencia como regla propatoria y de juicio penal, la carga de la prueba a cargo de las acusaciones, la exclusión de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, la contradicción em la formación de la prueba y la exigência de motivación fáctica de las sentencias, entre otras garantías, imponen una determinada configuración procesal de la actividad probatoria en el proceso penal" (ESTRAMPES, Manuel Miranda. La prueba en los procesos penales acusatorios latinoamericanos, Actualidad Judicial. *Revista del Poder Judicial del Estado de Zacatecas*, Zacatecas, n. 1, 2007. p. 39).

54. ESTRAMPES, Manuel Miranda. La prueba en los procesos penales acusatorios latinoamericanos, Actualidad Judicial. *Revista del Poder Judicial del Estado de Zacatecas*, Zacatecas, n. 1, 2007. p. 46. Nesse sentido, o Código Procesal Penal chileno: "Artículo 296. Oportunidad para la recepción de la prueba. *La prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral*, salvas las excepciones expresamente previstas en la ley. En estos últimos casos, la prueba deberá ser incorporada en la forma establecida en el Párrafo 9º de este Título; e Artículo 340. Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley. *El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral. No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración*" (grifos nossos). No mesmo curso, o Código de Procedimiento Penal colombiano: "Artículo 16. Inmediación. *En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento*. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías o ante el juez de conocimiento, según el caso" (grifos nossos).

55. BINDER, Alberto M. *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*. Monterrey: Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2014. p. 29-31.

utiliza para economizar explicaciones, aunque en realidad se está hablando de todo un modelo de sistema judicial."

4. Oralidade e a tentativa de democratização do processo penal na América Latina

Os países latino-americanos[56] entraram, a partir da década de 1980, em um período de reformas totais de seus processos penais que pode ser comparado com a transformação ocorrida na Europa continental no século XIX.[57] Essas reformas, como um todo, não se trataram de meras reformas parciais em um sistema já posto e vigente[58] – como a reforma ocorrida no Brasil entre 2008 e 2011 –, mas senão de uma verdadeira modificação e *refundação*[59] do sistema segundo uma outra concepção do processo penal.[60]

Pode-se dizer, portanto, que esse processo de reformas totais – ou refundação – consiste em renunciar por completo aos códigos processuais penais antigos – reflexos da colonização do continente pelos europeus, que trouxeram seus processos advindos da Inquisição, ou do sistema misto advindo do *Code d'Instruction Criminelle* napoleônico – para

56. É oportuno afirmar que cada país da América Latina tem sua peculiaridade e, apesar de se colocar de forma genérica que houve uma reforma no continente, uma reforma no Chile (utilizado como exemplo no continente) obteve efeitos práticos diferentes do que uma reforma na Bolívia, por exemplo.

57. No mesmo sentido, Langer: "Essas reformas são possivelmente as maiores transformações às quais os procedimentos criminais latino-americanos foram submetidos em quase dois séculos" (LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, dez. 2017. p. 6).

58. De forma geral, as primeiras discussões trataram sobre leis direcionadas a uma modificação parcial. Porém, o fato de que alguns objetivos centrais da mudança (como a implementação da oralidade) seriam difíceis sem uma mudança total fez com que se sustentasse uma política de mudança total, já que a superação do modelo inquisitivo não poderia ser resolvida com modificações leves (BINDER, Alberto M. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Trad. Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 59).

59. Adotamos o termo "refundação", utilizado por Fauzi Choukr, uma vez que "A refundação está para muito além da reforma e sua adoção implica em impactos gerais na sociedade que precisa se ver tocada de modo perceptível para entender a mudança no seu comportamento" (CHOUKR, Fauzi Hassan. Permanências Inquisitivas e refundação do processo penal: a gestão administrativa da persecução penal. In: COTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; COSTA DE PAULA, Leonardo; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. v. 2. p. 67).

60. MAIER, Julio B. J.; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan. *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*. Buenos Aires: AdHoc, 2000. p. 17.

colocar em vigor leis processuais penais conforme um sistema acusatório mais em consonância com o Estado Democrático de Direito.[61]

Porém, é importante destacar que essas reformas não podem ser tratadas como um modelo perfeito e acabado, uma vez que são isoladas, desde um ponto de vista essencialmente jurídico, de suas determinantes e correlações político-econômicas, isto é, "analisar as reformas processuais penais pelo ângulo da mudança estrutural é somente um dos elementos componentes dos múltiplos aspectos que concernem às 'transições ou democratizações do processo penal'".[62]

Trata-se, portanto, de um processo complexo que não admite explicações muito lineares, já que compreende esforços de diversas naturezas com muitos elementos políticos comuns entre os países latino-americanos, porém outros bem particulares provenientes de cada história nacional dos países envolvidos. No entanto, essas particularidades não podem retirar o caráter da reforma regional como um movimento unitário, que contém certos valores compartilhados, bem como problemas políticos e heranças similares.[63]

---

61. MAIER, Julio B. J.; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan. *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*. Buenos Aires: AdHoc, 2000. p. 17. Conforme Postigo: "podemos afirmar que foram forjados com o objetivo de abandonar a práticas inquisitórias dominantes e instalar bases republicanas na forma de administrar a justiça na ordem penal. A oralidade, como metodologia para adotar decisões judiciais, constitui um caminho para romper com a fechada tradição inquisitorial" (POSTIGO, Leonel González. Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. In: COTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; COSTA DE PAULA, Leonardo; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*: o sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. v. 3. p. 15).

62. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um "novo" liberalismo processual penal autoritário? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Plea Bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 177-178. O próprio Ricardo Gloeckner, invocando ideais neoliberais nas reformas do continente, afirma: "Na América Latina, pode-se seguramente afirmar que as chamadas 'reformas adversariais' são responsáveis pela introdução de modelos negociais que foram sendo historicamente construídos pela prática forense norte-americana" (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um "novo" liberalismo processual penal autoritário? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Plea Bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 184). Sobre a influência liberal e dos Estados Unidos nas reformas dos códigos latinos, cf. LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, p. 04-51, dez. 2017.

63. BINDER, Alberto M. *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*. Buenos Aires: AdHoc, 2000. p. 125-126. "Como tal, as reformas compartilham muitas características, incluindo a introdução de julgamentos orais, públicos; a introdução e/ou o reforço do cargo do promotor; e a decisão de colocar o promotor em vez de o juiz a cargo da investigação pré-julgamento" (LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, dez. 2017. p. 6). Ao mesmo tempo, consolidou-se cultural e intelectualmente uma forma de compreender o processo penal e sua funcionalidade político criminal, o que permitiu estabelecer relações de cooperação entre várias entidades na América Latina, como o Instituto Iberoamericano de

Ao longo dessas mais de três décadas de reforma processual penal latino-americana, quase todos os países modificaram suas legislações e mantiveram um procedimento pautado em uma estrutura acusatória funcionando – um dos dois únicos que não modificou foi o Brasil.[64] Porém, ainda subsistem rotinas que provêm dos diversos séculos em que o processo inquisitivo tomou conta, provocando uma espécie de círculo vicioso de *reconfiguração inquisitorial dos sistemas adversariais*, que seriam esquemas mentais que se fundam em práticas quotidianas – o "*habitus*" de Pierre Bourdieu – provocando distorções nos sistemas judiciais, colocando como prática, sob outras roupagens, aquilo que se queria erradicar, o que demonstra que não basta uma mudança nas legislações ou nos códigos, mas que a principal mudança deverá ocorrer na mentalidade de todos os atores do processo penal.[65]

Deve-se, portanto, no âmbito dessa discussão e implementação de um novo processo penal, verificar que ocorre o que Binder chama de duelo de práticas, que seria o enfrentamento entre as velhas e as novas práticas, isto é, entre a tradição das práticas inquisitórias e as novas formas de atuação do modelo acusatório latino-americano.[66]

A partir disso, o objetivo comum e fundamental da reforma continental é abandonar, ou ao menos começar um processo firme de abandono, do sistema inquisitivo impregnado nas entranhas culturais da região.[67] Dessa forma, a reforma da justiça penal deverá compreender todos os âmbitos nos quais se tenha instalado a cultura inquisitiva, de forma que se refundem todas as instituições para que ocorra uma mudança brusca nos locais em que se instala e se reproduz o modelo inquisitivo.

Assim, a finalidade compartilhada entre todas essas reformas é a tentativa de estabelecer um modelo judicial de juízo oral pleno, ou seja, que a decisão seja dada por um juiz

---

Processo, que propiciou a criação dos Códigos Processuais Modelos (civil e penal), que serviram de modelo para as reformas no continente (BINDER, Alberto M. *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*. Buenos Aires: AdHoc, 2000. p. 126).

64. Brasil e Cuba foram os dois únicos países que não reformaram por completo seu Código de Processo Penal nas últimas décadas, certamente por motivos e circunstâncias diferentes. Cuba, segundo Máximo Langer, incorporou as ideias do Código de Processo Penal espanhol de 1882, incluindo o estabelecimento de julgamentos orais e públicos. Isso fez com que o país pensasse estar à frente do resto da América Latina e tornou mais difícil defender a aprovação de um novo código (LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, dez. 2017. p. 43).

65. BINDER, Alberto M. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Trad. Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 52-53.

66. BINDER, Alberto M. *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012. p. 143.

67. "En términos generales, el objetivo de estas reformas fue cambiar los sistemas inquisitivos y escritos legados por nuestros colonizadores, por sistemas adversariales y orales" (VARGAS VIANCOS, Juan Enrique. La nueva generación de reformas procesales penales en latinoamérica. *URVIO – Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, [S.l.], n. 3, jan. 2014. p. 33).

imparcial que tenha recebido a prova de forma direta e imediata, em um debate verdadeiramente público e contraditório. Para isso, torna-se imprescindível a plena vigência do sistema acusatório, no qual os sujeitos processuais têm cada um sua função (pre)estabelecida e definida, não se confundindo em nenhum momento os seus papéis.[68]

Com isso, pode-se afirmar que esse processo de reforma na América Latina avançou com diferentes graus de profundidade em cada país, ao passo que Leonel Postigo[69] identifica três dimensões de transformações, que podem ser agrupados em três momentos históricos: (a) transição democrática; (b) consolidação do sistema e aparecimento de novas demandas; e (c) estado de situação atual da reforma na América Latina.

A primeira dimensão – *transição democrática* – caracteriza-se por estabelecer em sua reforma um sistema de audiências orais, no qual todas as decisões são feitas nas salas de audiência e o público pode acompanhar sem limitações formais. Verifica-se que nessa primeira etapa o procedimento oral somente foi introduzido na fase de julgamento, para que as decisões fossem tomadas no momento mais importante do processo.

A segunda dimensão – *consolidação do sistema e aparecimento de novas demandas* – é na qual se começa a discutir sobre esse novo sistema de justiça penal. Trata-se de um reconhecimento da complexidade que existe na substituição de todo um sistema institucional tradicional persistente por muitos séculos no procedimento e na cultura de uma região. Em outras palavras, nessa etapa há uma preocupação com a colocação em prática das mudanças ocorridas na etapa anterior, para que não ocorra o que Binder chama de "fetichismo normativo"[70] e se caia no erro de somente trocar um código por outro,

---

68. BINDER, Alberto M. *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*. Buenos Aires: AdHoc, 2000. p. 128-130.

69. POSTIGO, Leonel González. Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. In: COTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; COSTA DE PAULA, Leonardo; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*: o sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. v. 3. p. 15-16. Em uma perspectiva similar, Vargas Viancos diz que é possível falar de reformas de primeira e de segunda geração na região: "Desde este punto de vista es posible hablar en la región de reformas de primera y de segunda generación. Si las primera estaban caracterizadas por utilizar como instrumento de cambio tan sólo las transformaciones normativas y, por lo tanto, la reforma se 'hacía' cuando se aprobaban los nuevos textos legales; las segundas entienden que la reforma es mucho más compleja y que por lo tanto lo clave no es la aprobación de una nueva ley, sino su implementación" (VARGAS VIANCOS, Juan Enrique. La nueva generación de reformas procesales penales en latinoamérica. *URVIO – Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, [S.l.], n. 3, jan. 2014. p. 35).

70. "Se le ha puesto el nombre de 'fetichismo normativista' a la práctica según la cual las autoridades públicas sancionan leyes, muchas veces con propuestas ambiciosas de cambio y, luego, se despreocupan de su puesta en marcha. Tras esta práctica no se encuentra una forma de 'pensamiento mágico' – lo que sería una forma de volver superficial el fenómeno con analogías fáciles, sino uno de los mecanismos más profundos de pervivencia de la sociedad de privilegios, es decir, usar la legalidad como una máscara de legitimidad y no como instrumento de realización de políticas efectivas" (BINDER, Alberto M. *La reforma de la justicia penal:* entre el corto y el largo plazo.

mantendo-se uma cultura autoritária que continuaria com interpretações distorcidas das formas processuais.

Já na terceira dimensão – *estado de situação atual da reforma na América Latina* – se abordam os desafios enfrentados atualmente pelos sistemas judiciais da região e os avanços isolados que alguns países obtiveram com a consolidação de um procedimento oral, além da demonstração de que o funcionamento adequado requer uma supervisão permanente desde o início das mudanças.[71]

Percebeu-se, com isso, que o sistema inquisitorial e suas variáveis tendiam a funcionar do mesmo modo que antes, isto é, que as ações dos atores por meio de práticas concretas, muitas vezes apenas burocráticas ou aparentemente inocentes, faziam com que o novo sistema judicial-penal funcionasse com uma forma similar ao que tinha sido abandonado: escrito, demasiado lento, seletivo e com o papel ativo dos juízes na formação da prova.[72]

Pode-se afirmar, portanto, que "o grande desafio de todas as reformas processuais é instalar sistemas de audiência que evitem as práticas que menosprezam o escopo e o sentido da oralidade", uma vez que se evidenciou a persistência no momento pós-reforma em relação a "uma função muito ativa dos juízes na produção de informação durante a audiência; a suspensão de audiências sem causa justificada; a escassa preparação das partes; ou a incorporação de prova por leitura".[73]

Frente a esse problema de que a etapa escrita se sobrepõe à etapa oral e se expande sobre todo o processo, a resposta seria *oralizar* todo o procedimento e abandonar os expedientes escritos em todas as audiências, obrigando "que todo relacionamento entre as partes, tanto na etapa preparatória no controle da acusação, nas impugnações, na execução da pena e, certamente no juízo central, fosse levado adiante mediante um juízo oral e público".[74]

Disponível em: [http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5254/binder-ref-justicia.pdf?sequence=1&isAllowed=y]. Acesso em: 24.11.2020.

71. POSTIGO, Leonel González. Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; COSTA DE PAULA, Leonardo; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*: o sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. v. 3. p. 17-24.

72. BINDER, Alberto M. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Trad. de Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 68.

73. POSTIGO, Leonel González. Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; COSTA DE PAULA, Leonardo; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*: o sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. v. 3. p. 25-26.

74. BINDER, Alberto M. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Trad. Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 75.

Apesar da compreensão de que essa *oralização* de toda a persecução penal e o abandono do papel seja a mais adequada estratégia de superação da cultura inquisitória na América Latina, entende-se que o fato de existir uma fase anterior ao juízo oral, mesmo que escrita, não tira a legitimidade dos debates se forem cumpridos todos os requisitos de garantias do acusado; além do fato dos autos da fase pré-processual não poderem ser utilizados na audiência de instrução e julgamento diretamente ou indiretamente por leituras e/ou ratificações, salvo no que tange às provas irrepetíveis.

Com isso exposto, tem-se que para uma refundação do processo penal na América Latina é preciso uma mudança estrutural nas instituições, ao passo que elas modifiquem suas estruturas fundadas em ritos inquisitórios/autoritários, além de uma modificação, ainda mais importante, na mentalidade dos atores responsáveis pelo andamento do processo, em uma mudança cultural de como se é visto o processo penal no continente.[75]

Para isso, deve haver uma interação entre todos os institutos, com a academia tendo um papel central na formação dessa cultura,[76] tratando a reforma como uma política pública de longo prazo. Nesse sentido, "o saber jurídico sempre se produziu a partir das necessidades profissionais, e sustentar no tempo as mudanças que vem levando adiante a justiça penal, cedo ou tarde, influenciará de um modo determinante o programa de ensino".[77]

5. A escolha por reformas parciais no Código de Processo Penal brasileiro e a permanência de seu núcleo autoritário

O Brasil, como dito, foi o único país da América Latina que após sua redemocratização não reformou por completo o seu Código de Processo Penal após a "onda reformista" do continente.[78] Por outro lado, o país adotou a estratégia de reformar parcialmente o seu

75. "É necessário identificar as instituições contra culturais, isto é, aquela que se opõe à cultura do procedimento e nos empurram para a cultura do litígio adversarial" (BINDER, Alberto M. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Trad. Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 53). Para uma perspectiva de construção de uma teoria agnóstica do processo penal, cf. DUCLERC, Elmir. *Introdução aos fundamentos do direito processual penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

76. Deve-se ter em questão que há a necessidade de uma discussão crítica sobre o sentido do processo, e que o autoritarismo presente na doutrina, presa a um horizonte publicístico e estatalista, produz o "inquisitório eterno" (COLAO, Floriana. Processo Penale e Pubblica Opinione: dall'età liberale al regime fascista. In GARLATI, Loredana. *L'Inconscio Inquisitorio*: l'eredità del códice Rocco nella cultura processual penalistica italiana. Milano: Giuffrè, 2010. p. 263-264).

77. BINDER, Alberto M. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Trad. Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 87.

78. Excluiu-se Cuba pelo fato desse país ter uma particular história de embargos e isolamentos de ideias e influências dentro do continente americano.

código, mantendo a estrutura e as ideias do código de 1941, com expressa influência do *Codice Rocco* e da doutrina fascista italiana da época, que, por sua vez, mantinha o "sistema misto" do código napoleônico vivo.

Com isso, a partir de 2008, com as Leis 11.689 e 11.690 até a Lei 12.403 de 2011, foram aprovadas leis que tinham o objetivo de adaptar o processo penal brasileiro aos preceitos determinados pela Constituição da República de 1988 e pelos tratados internacionais sobre direitos humanos que o país assinou. De tal modo, imaginava-se que o modelo processual penal de 1941 perderia sua referência legal com as alterações nos regimes jurídicos da prova e das medidas coercitivas cautelares, além das estruturas dos procedimentos comuns e do júri, e ocorressem modificações nos comportamentos e no cotidiano das atividades do sistema de justiça criminal, que, todavia, não ocorreram.[79]

Segundo Fauzi Choukr, ao abrir mão de trilhar o caminho seguido pelos outros países no mesmo contexto geopolítico, "o Brasil optou pelo caminho de segmentar as reformas do CPP em tópicos, as denominadas reformas parciais que foram seletivas (jamais enfrentando, por exemplo, a investigação criminal, o modelo de nulidades e o falido campo recursal)", de modo que o país mantém e reproduz a "estrutura inquisitiva do regime fascista-varguista, nada obstante portadoras de algum lustro de atualização técnica".[80]

Essa opção diferenciada em relação aos outros países latino-americanos distancia o Brasil do cenário reformista do continente, pois não acompanha o desenvolvimento da oralidade – mantendo aqui uma concepção atrasada e reducionista do instituto –, além de uma hipertrofia da atividade policial, conservando-a como a principal formadora das provas no processo penal.

Nessas diferenças, na mesma linha de Fauzi Choukr, destacam-se os seguintes pontos: (a) opção pelo método das reformas; (b) participação da comunidade acadêmica; (c) participação dos atores intervenientes no sistema penal; (d) participação da

79. PRADO, Geraldo. O processo penal brasileiro vinte e cinco anos depois da Constituição: transformações e permanências. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, jan.-fev. 2015. p. 552.

80. CHOUKR, Fauzi Hassan. Permanências inquisitivas e refundação do processo penal: a gestão administrativa da persecução penal. In: COTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; COSTA DE PAULA, Leonardo; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. v. 2. p. 65-66. Ainda para Choukr, o Brasil está atrasado por não ter ainda adotado o modelo de reforma global de seu Código de Processo Penal "empreendidas pela imensa maioria dos países latino-americanos que reconstruíram suas bases político-jurídicas no estado de direito, bem como em relação a alguns países paradigmáticos para a cultura processual brasileira, como Itália e Portugal que, com maior ou menor velocidade, adaptaram por completo sua estrutura processual às bases constitucionais condizentes com a reforma política, assim como com os textos internacionais diretamente aplicáveis ao tema, buscando dar, assim, vida prática – e não meramente retórica – à clássica concepção de ser o processo penal 'o sismógrafo da constituição'".

sociedade civil; e (e) o modo de atuação do Parlamento e do Poder Executivo na condução dos movimentos reformistas.[81]

Em relação ao *método das reformas dos sistemas criminais*, tem-se uma divisão em quatro prismas utilizada por parte da doutrina: (a) pontual; (b) setorial; (c) parcial; e (d) global e explicada por Dotti:[82]

> "A primeira modifica, suprime ou amplia determinados dispositivos, atendendo a interesses localizados quanto à natureza do bem jurídico afetado, aos meios ou modos de execução do ilícito e à resposta penal. [...] A segunda, como a própria designação indica, afeta setores do Código [...] Um exemplo de reforma parcial resultou das Leis 7.209 de 1984 e 7.210, de 11.07.1984. A primeira deu nova redação à Parte Geral do Código Penal (LGL\1940\2) e a segunda instituiu uma lei específica para regular os problemas da execução penal. As reformas globais [do Código Pena] ocorreram: a) com a outorga do Código Criminal do Império (1830), substituindo o direito das ordenações e das leis extravagantes por um novo regime inspirado nos princípios de garantia de direitos fundamentais do Homem, impressos na libertária Carta Política de 1824 e impulsionados pelas doutrinas liberais que informaram os códigos: francês (1810), bávaro (1813), Napolitano (1819) e espanhol (1822); b) com o Código Penal (LGL\1940\2) de 1890, que nasceu com a mudança da forma política do Estado (da Monarquia para a República); c) com o Código Penal (LGL\1940\2 do Estado Novo (1940) que teve como bases fundantes o regime autoritário de Governo e paradigmas da Escola Técnico Jurídica que orientou o Codice Penale de 1930."

Deve-se atentar que a reforma global, além da natureza substitutiva de um ordenamento por outro, alude em uma alteração de todo o sistema penal, uma vez que "traduz uma ideologia própria do tempo e do espaço político e cultural em que o documento legislativo é produzido".[83]

Deve-se ter em questão, portanto, que, ao reformar um código, o primeiro ponto que se trata é o cerne dos problemas, e no caso do CPP brasileiro não é difícil se lembrar de sua inspiração no fascismo italiano e de seu descompasso com a Constituição de 1988. Isto é, deve-se reconhecer que o problema está no sistema, o que não se atinge com reformas

81. CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma global do código de processo penal: uma refundação garantista? In: MARQUES, Mateus (Org.). *Temas atuais sobre processo penal*. Porto Alegre: Liquidbook, 2018. p. 82.

82. DOTTI, René Ariel. A reforma do código penal (história, notas e documentos). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, out.-dez. 1998. p. 181.

83. DOTTI, René Ariel. A reforma do código penal (história, notas e documentos). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, out.-dez. 1998. p. 181.

parciais ou meros remendos, sabendo-se, com isso, que para uma efetiva mudança qualquer reforma deve ser global e incidente sobre todo o código.[84]

Segundo Binder, por trás dessas reformas parciais está a consolidação de um modo de administrar a justiça penal que, na realidade, busca se perpetuar e que a cada reforma que, por um lado, revitaliza o sistema, por outro, o perpetua. Desse modo, as reformas parciais seguem sustentando essas formas institucionais por décadas.[85]

Vale ressaltar que não é de hoje que se falha na tentativa de reformar de modo global o Código de Processo Penal brasileiro. Existiram diversas comissões formadas por estudiosos do processo penal que elaboraram vários anteprojetos na tentativa de reformar de modo global o CPP brasileiro, contudo, somente reformas pontuais tiveram êxito.[86]

Mais recentemente, na década de 1990, duas tentativas de reformas aconteceram. Uma em 1992, com o Projeto Sálvio de Figueiredo, que era presidente da Escola Nacional de Magistratura e presidiu uma comissão de juristas com o objetivo de estudar e sugerir soluções à *simplificação do processo civil e do processo penal*.[87] Importante frisar que devido às anteriores tentativas frustradas de reforma global do CPP, *a orientação era que a reforma deveria ser pontual*. Essa setorização dos projetos de reforma era uma estratégia para facilitar a aprovação no Congresso Nacional, na mesma linha do CPC.

Desse modo, a Comissão buscou identificar os "pontos de estrangulamento da atual legislação, aproveitar o máximo possível as normas já existentes e abandonar divergências meramente acadêmicas, com o objetivo de alcançar soluções ágeis e desburocratizantes, aptas a

---

84. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.

85. BINDER, Alberto M. *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*. Buenos Aires: AdHoc, 2000, p. 144.

86. BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do Processo Penal*: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 1. Em 1961, no governo Jânio Quadros, Hélio Tornaghi foi um dos escolhidos e foi lhe incumbido a tarefa de elaborar o anteprojeto do Código de Processo Penal (chamada de Comissão Tornaghi). Um pouco mais à frente, em 1967, José Frederico Marques ficou com a matéria processual (chamado de Anteprojeto Frederico Marques). Em 1983, no Governo Figueiredo, uma comissão foi composta por Rogério Lauria Tucci, Francisco de Assis Toledo e Hélio da Fonseca, encarregados de uma pré-elaboração legislativa que reformulou o projeto de Frederico Marques. Nenhum desses projetos vingou. Cf. GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 143-165, 2015 e GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1.

87. "A primeira reunião ocorreu em Ribeirão Preto/SP, nos dias 25 e 26 de setembro de 1992. Naquela oportunidade aprovou-se uma pauta inicial consistente na revisão de setores do Código de Processo Penal que exigem mudanças para simplificar o procedimento e conceder maior eficácia ao sistema" (DOTTI, René Ariel. Um novo e democrático Tribunal do Júri (I). *Migalhas*, 22.07.2008. Disponível em: [www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI64682,21048-Um+novo+e+democratico+-Tribunal+do+Juri+I]. . Acesso em: 25.11.2020.

tornar efetiva a tutela jurisdicional penal".[88] Importante salientar que nesse anteprojeto nota-se a preservação da "retórica do equilíbrio" com a preponderância do vetor da eficiência sobre qualquer outro. Em outros termos, "a 'desburocratização' ou 'desformalização do processo' eram os vetores a ser alcançados mediante a reforma, mesmo que o discurso declarado se manifestasse em prol de um 'garantismo' (escravizado pelo eficientismo)".[89]

A outra comissão foi criada em 1999 e se chamou Comissão Grinover, que diante da demora nas reformas optou por uma reforma setorial do código, dando continuidade ao trabalho da Comissão Sálvio de Figueiredo.[90] Os temas propostos pela comissão foram aglutinados em várias propostas, as quais foram identificadas no Congresso Nacional como oito projetos de lei. Os principais projetos de lei foram: o Projeto de Lei 4.210/01, sobre a prisão especial, que foi transformado na Lei 10.258/01; o Projeto de Lei 4.303/01, que modificava o procedimento do Tribunal do Júri e se transformou na Lei 11.689/08; o Projeto de Lei 4.205/01, que tratava da prova e sua ilicitude, gerando a Lei 11.690/08; o Projeto de Lei 4.207/01, acerca dos procedimentos da *emendatio* e *mutatio libelli* e da suspensão condicional do processo, que gerou a Lei 11.719/08; e o Projeto de Lei 4.208/01, acerca da prisão e das medidas cautelares alternativas, que foi transformado na Lei 12.403/11.[91]

Não obstante as constantes reformas pelas quais tem sofrido o processo penal brasileiro, especialmente derivado da Comissão Grinover, importante ressaltar que essas reformas jamais atacaram pontos cruciais do sistema processual penal, de forma que se mantiveram as bases autoritárias de inspiração maziniana no Brasil – como em relação ao inquérito policial, que continuou a ser utilizado no processo de formação de convicção do julgador, desde que não fosse unicamente nele –, e, além disso, em alguns pontos, trouxe novas inclinações autoritárias, como o fato de o juiz conter poderes instrutórios *ex officio*, mesmo antes de ajuizada a ação penal – introduzida pela Lei 11.690/08.[92]

---

88. GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2015. p. 153.

89. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1. p. 461.

90. "Na atual ordem constitucional houve uma primeira comissão presidia pelo então Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (1994) que iniciou seus trabalhos em 1992 e depois a comissão presidida por Ada Pellegrini Grinover. Todas as duas comissões optaram por reformas parciais, organizadas em diversos projetos de leis, como a reforma realizada no Código de Processo Civil, que se justificava em razão da morosidade legislativa e da dificuldade da tramitação de um projeto global perante o Congresso Nacional" (BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do Processo Penal*: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 2).

91. GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1. 2015. p. 155-156.

92. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1. p. 463-464.

No que tange à *participação da comunidade acadêmica* nos projetos de reforma, Choukr visualiza de duas formas distintas. A primeira é sobre o comprometimento de setores da intelectualidade processual penal na formação dos projetos.[93] Já a segunda seria a influência das ideias no processo penal, que aqui no Brasil ainda está ligada a uma visão de acusatoriedade do processo que autoriza a manutenção de poderes instrutórios do julgador – fundamentado pelas ideias de *verdade real* e *livre convencimento do julgador* –, que permanece dominante em amplas esferas da jurisprudência e da própria comunidade acadêmica.[94]

Tem-se que a absorção de uma ideologia inquisitorial e autoritária ocorreu também no ensino, na doutrina, na jurisprudência e na política criminal, de forma que ela contamina as condutas dos sujeitos oficiais em todos esses âmbitos. Assim, observa-se uma doutrina e, consequentemente, um ensino jurídico presos à ideologia da década de 1940, sem aderência à Constituição da República de 1988 e aos diplomas internacionais, o que é verificado nas diversas Universidades e em várias decisões dos Tribunais, auxiliando, dessa forma, para que o ensino jurídico reproduza conceitos prontos, sem se preocupar em construí-los de forma crítica.[95]

Portanto, para que haja uma refundação do sistema penal no país a academia precisa ter um papel central. Entretanto, deve-se refundar primeiramente a própria academia no âmbito jurídico, especialmente em relação à sua função social, de forma que se alimente da história criminal no Brasil para que contribua com novas ideias e reflexões que sejam apropriadas para a melhora da sociedade atual.[96]

---

93. Aqui se destaca a chamada Escola Processual de São Paulo, que influencia diretamente as reformas desde 1991 e tem como representante principal a professora da Universidade de São Paulo (USP) Ada Pellegrini Grinover, falecida em 2017, e seus discípulos.

94. CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma global do código de processo penal: uma refundação garantista? In: MARQUES, Mateus (Org.). *Temas atuais sobre processo penal*. Porto Alegre: Liquidbook, 2018. p. 85.

95. GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistencia às Reformas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2015. p. 149.

96. POSTIGO, Leonel González. Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. In: COTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; COSTA DE PAULA, Leonardo; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*: o sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. v. 3. p. 14. Essa forma de proposta de reforma, fruto de discussões acadêmicas, tem como exemplo o Código de Processo Penal italiano de 1988. Segundo AMODIO: "Trata-se, em verdade, de um teste ideal para medir a contribuição dos juristas na produção legislativa: a codificação de 1988 é um corpus normativo grandioso que se presta bem a revelar o eco ou a pronta recepção de linhas de política processual elaboradas pela doutrina jurídica. Contém a codificação, além disso, uma radical mudança de sistema que enseja a descoberta das raízes culturais das quais decorreu a superação do rito inquisitório" (AMODIO, Enio. Vitórias e derrotas

No que tange à *participação da sociedade civil* no processo de reforma do processo penal, Choukr afirma que é importante analisar a maneira como se deu a reconstrução democrática brasileira, profundamente distinta das reconstruções dos seus vizinhos latino-americanos, de forma a se tornar condicionante direto na concepção do papel da sociedade civil na reconstrução das instituições jurídicas envolvidas com a segurança pública e o sistema penal, não sendo possível identificar uma consistente participação na reconstrução democrática no plano processual penal.

Para o autor, ainda, a discussão das reformas processuais penais passa entre a sociedade civil como uma atrofiada visão de *alargamento x diminuição* de direitos humanos no processo, uma vez que um processo "fraco" tenderia a ser "muito garantista", enquanto que um processo "forte" estaria diretamente ligado à diminuição de direitos. Isso posto, tem-se que com a fomentação desse discurso existe uma espécie de demonização dos direitos fundamentais como decorrência de uma transição democrática desprovida de uma efetiva consolidação.[97]

Sobre a *participação dos atores intervenientes no sistema penal* no Brasil, muito pouco há. Existe uma colaboração formal dos intervenientes processuais penais, especialmente da Associação dos Magistrados Brasileiros, que fazem reuniões esporádicas de estudo de propostas que visam à racionalização processual, notadamente sobre a realidade prática do dia a dia dos processos nos fóruns. Contudo, essas intervenções são, na maioria das vezes, relativas às propostas nascidas no Poder Executivo e não à reestruturação do modelo processual atual.[98]

Por último, o *modo de atuação do Parlamento e do Poder Executivo* na condução dos movimentos reformistas aqui no país demonstra uma predominância do Poder Executivo na história das tentativas de reforma, desde o início das reformas pontuais durante o império. Por outro lado, o papel do Legislativo nas reformas sempre foi pontual e sem uma conversão cultural do sistema, somente em um contexto mais específico e raro da história brasileira foi que no início desse século nasceu a iniciativa de reforma global do código pelo Parlamento.[99]

Essa tentativa de reformar de modo global o CPP brasileiro teve início em 9 de julho de 2008, quando foi instalada no Senado Federal uma comissão de juristas com o intuito

da cultura dos juristas na elaboração do novo código de processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, jan.-mar. 1999. p. 9).

97. CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma global do código de processo penal: uma refundação garantista? In: MARQUES, Mateus (Org.). *Temas atuais sobre processo penal*. Porto Alegre: Liquidbook, 2018. p. 87-88.

98. CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma global do código de processo penal: uma refundação garantista? In: MARQUES, Mateus (Org.). *Temas atuais sobre processo penal*. Porto Alegre: Liquidbook, 2018. p. 89.

99. CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma global do código de processo penal: uma refundação garantista? In: MARQUES, Mateus (Org.). *Temas atuais sobre processo penal*. Porto Alegre: Liquidbook, 2018. p. 89-90.

de elaborar e propor um anteprojeto de Código de Processo Penal e acabar com as reformas pontuais que estão remendando o vigente código desde 2008.[100] Depois de muitas audiências públicas e debates, foi elaborado e encaminhado ao Senado o Anteprojeto 156/2009 (PL 156), mas que hoje tramita na Câmara dos Deputados como 8.045/2010.[101]

A própria exposição de motivos do anteprojeto ressalta a necessidade de uma reforma global do Código de Processo Penal brasileiro, principalmente a partir da nova ordem constitucional com a Constituição da República de 1988, partindo de diversas razões: históricas, teóricas e práticas. Com isso, tem-se "a configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrigadas no atual texto constitucional. E isso, em processo penal, não só não é pouco, como também pode ser tudo".[102]

Sobre as principais inovações do projeto, destaca-se a opção expressa pela estrutura acusatória e a vedação à iniciativa probatória do juiz na fase de investigação no intuito de "preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes".[103] Com isso, reconhece-se à função jurisdicional a importante função destinada a ela de zelar pelos direitos fundamentais e liberdades individuais.[104]

---

100. BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do Processo Penal*: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 2-3.

101. GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2015. p. 156.

102. BRASIL. Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Exposição de motivos. Brasília: Senado Federal, 2009.

103. BRASIL. Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto de reforma. Brasília: Senado Federal, 2009. Art. 4º *O processo penal terá estrutura acusatória*, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação (grifos nossos).

104. "A vedação de atividade instrutória ao juiz na fase de investigação não tem e nem poderia ter o propósito de suposta redução das funções jurisdicionais. Na verdade, é precisamente o inverso. A função jurisdicional é uma das mais relevantes no âmbito do Poder Público. A decisão judicial, qualquer que seja o seu objeto, sempre terá uma dimensão transindividual, a se fazer sentir e repercutir além das fronteiras dos litigantes. Daí a importância de se preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes. Em processo penal, a questão é ainda mais problemática, na medida em que a identificação com a vítima e com seu infortúnio, particularmente quando fundada em experiência pessoal equivalente, parece definitivamente ao alcance de todos, incluindo o magistrado" (BRASIL. Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Exposição de motivos. Brasília: Senado Federal, 2009).

Segundo Jacinto Coutinho:

> "a opção pela base do Sistema Acusatório é uma prestação de contas com a realidade, principalmente porque depois de 1988 não mais faz sentido – começando pela inconstitucionalidade – nenhum ordenamento que se coloque de forma incompatível com a Constituição."[105]

No entanto, nesse anteprojeto ainda estão mantidos os poderes instrutórios por meio de atuação *ex officio* do julgador. O próprio artigo 4º, que traz expressamente que o processo terá a estrutura acusatória, coloca a expressão "nos limites definidos neste Código" logo após, o que pode ser interpretado como uma "estrutura acusatória à brasileira".[106] Nessa linha, o art. 162, parágrafo único, do anteprojeto afirma que "será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4º", ou seja, abre a possibilidade de o julgador agir de ofício para sanar dúvida, ainda que seja sobre a prova já produzida, pois a dúvida deve(ria) ser julgada em favor da defesa. Além disso, na Exposição de Motivos do Anteprojeto, afirma-se que "instaurado o processo, provocada a jurisdição, *poderá o juiz, de ofício*, adotar até mesmo medidas acautelatórias, quando destinadas a tutelar o regular exercício da função jurisdicional".

Ademais, o § 3º do art. 16 do anteprojeto traz a juntada dos autos das matérias que foram submetidas ao juiz das garantias ao processo, isto é, mesmo o projeto avançando e trazendo o importante instituto do juiz das garantias, as matérias apreciadas por ele serão de conhecimento do juiz julgador da causa, contaminando a sua originalidade cognitiva. Outro ponto nevrálgico é em relação às nulidades, que mantêm o *pas de nullité sans grief*, possibilitando relativizar todo tipo de nulidade com o fundamento de não causar

105. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, jul.-set. 2009. p. 113.

106. Nesse sentido, Streck: "várias das discussões que hoje se travam a respeito do anteprojeto (o juiz não pode se substituir ao réu na iniciativa probatória – art. 4o; o juiz não pode requisitar a instauração de inquérito policial – art. 20; o juiz pode julgar de acordo com seu 'livre convencimento' – art. 165, para citar apenas estas; também o juiz de garantias é – na maior parte das previsões do anteprojeto – incompatível com o sistema acusatório, eis que, de ofício ele pode determinar a condução do preso à sua presença (traga-me o corpo...!); prorrogar a prisão provisória ou a revogar; prorrogar o prazo de duração do inquérito; e, ainda determinar, de ofício, o trancamento do inquérito, além de requisitar documentos, laudos e informações). É o que se depreende do texto do anteprojeto. Se assim não for, urge que o texto seja emendado, para evitar interpretações despistadoras" (STRECK, Lênio Luiz. Novo Código de Processo Penal: o problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, jul.-set. 2009. p. 128).

prejuízo na apuração da "verdade do caso", ou se o ato alcançar sua finalidade, deixando a carga de provar se houve prejuízo para a defesa.[107]

Importante salientar que o anteprojeto sofreu algumas alterações em sua redação original na redação final aprovada pelo Senado e que está na Câmara,[108] bem como existe um substitutivo apresentado pelo Deputado João Campos em abril de 2018, que visa alterar de forma importante alguns pontos do projeto, deixando ainda mais aberto a possibilidade de o juiz agir de ofício.[109] Pode-se afirmar com isso que existe um fantasma inquisitório oculto também por trás dessa reforma.[110]

Entretanto, apesar de existir esse projeto de reforma global do CPP brasileiro tramitando desde 2008, mais uma vez foi sancionada uma lei em 2019, a Lei 13.964 (chamada

107. BRASIL. Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto de reforma. Brasília: Senado Federal, 2009. Art. 154. A declaração de nulidade e a invalidação do ato irregular dependerão de manifestação específica e oportuna do interessado, sempre que houver necessidade de demonstração concreta de prejuízo ao regular e efetivo exercício de direito ou de garantias processuais das partes, observando-se, ainda e especialmente, as seguintes disposições: I – Nenhum ato será declarado nulo, se da irregularidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa, ou não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa; II – Não se invalidará o ato quando, realizado de outro modo, alcance a mesma finalidade da lei, preservada a amplitude da defesa.

108. A redação final do projeto trouxe algumas alterações importantes em relação à proposta apresentada, como o acréscimo do § 5º no art. 13, que fala sobre a investigação defensiva, dando poderes à autoridade policial para juntar ou não o material produzido pela defesa ao inquérito; ou sobre o arquivamento do inquérito, que, na redação final do art. 38 do projeto, ficou quase uma cópia do art. 28 do CPP vigente, afirmando que o MP deve requerer o arquivamento ao juiz das garantias.

109. Nesse substitutivo apresentado, no art. 4º é acrescentado após a expressão "vedada a iniciativa do juiz" o seguinte conteúdo: "salvo em favor das garantias do acusado". Isso passa a expressar o que seria a "estrutura acusatória à brasileira", mantendo o julgador como o messias detentor da verdade processual, que não admite as partes debatendo entre elas, mas necessita ir atrás de provas para verificar se as garantias do acusado foram respeitadas, abrindo brecha para agir de ofício na procura de provas, legitimado pela "verdade real". Já no que tange à nulidade, o artigo referente é modificado, deixando ainda mais nas mãos da defesa a demonstração do prejuízo do ato: "Art. 168. A decretação de nulidade e a invalidação de ato irregular dependerão de manifestação específica e oportuna do interessado, sempre que houver necessidade de demonstração de prejuízo ao pleno exercício de direito ou de garantia processual da parte, observadas as seguintes disposições: I - É dever do juiz buscar o máximo de aproveitamento dos atos processuais; II - nenhum ato será declarado nulo se da irregularidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa; III - *o prejuízo não se presume, devendo a parte indicar, precisa e especificadamente, o impacto que o defeito do ato processual gerou no exercício do contraditório ou da ampla defesa*; IV - não se invalidará o ato quando, realizado de outro modo, alcance a mesma finalidade da lei, observado o princípio da ampla defesa" (grifos nossos).

110. MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado; MELO, Marcos Eugênio Vieira. Mentalidade inquisitória e instrumentalidade do processo penal: transição democrática, reformas processuais e permanências autoritárias. *Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí*, [S.l.], v. 4, n. 1, 2018. p. 93.

de "Lei anticrime"), que modificou parcialmente, entre outras leis, o Código de Processo Penal, trazendo importantes modificações, como o instituto do juiz das garantias, a exclusão dos autos do inquérito do processo (§ 3º do art. 3º-C) e, em seu art. 3-A, a afirmação expressa de que o processo penal terá estrutura acusatória.

Contudo, o que se mostrou com a experiência – nacional e dos outros países latinos – foi que essas reformas parciais foram "rapidamente absorvidas e distorcidas pela lógica tradicional, porque não alteram a estrutura de serviços que atravessa os atores do sistema", pois quando se trata de lidar com sistemas fortemente arraigados em uma cultura inquisitorial "somente reformas radicais permitem lidar com os déficits de um desenho institucional ineficiente, para garantir direitos individuais e, ao mesmo tempo, adjudicar responsabilidades".[111]

Não se está tentando reduzir a reforma a um mero "fetichismo legalista", pois se cairia no erro de somente trocar um código por outro – como ocorreu na Itália –, mantendo-se uma cultura autoritária que continuaria com interpretações distorcidas das formas processuais. No entanto, seria muito difícil (senão impossível) haver uma transformação na justiça penal sem se modificar integralmente essa legislação, que é funcional à tradição inquisitorial.[112]

Sabe-se que o problema vai muito além da mera troca de legislações, perpassando também – e principalmente – por uma dimensão hermenêutica e cultural. O marco democrático necessita ser implantado em um plano global de mudança, deixando claro se a oralidade será protagonista – bem como o que se entende por oralidade –, não sendo acertada a modificação apenas parcial da legislação, o que poderia acarretar a manutenção de um modelo inquisitório, apenas disfarçado por novos dispositivos legais, já que as demais alterações fundamentais para a concretização da programação constitucional não foram encampadas.[113]

Não se trata de afirmar, contudo, que não exista princípio democrático em um processo pautado pela forma escrita, ou que somente a oralidade possa estruturar um processo penal democrático,[114] mas de identificar uma maior "democraticidade" à forma

111. MELCHIOR, Antonio Pedro. Os movimentos de reforma do Código de Processo Criminal brasileiro. In: GOLZÁLEZ, L. (Dir.). *Desafiando a Inquisição*: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: CEJA, 2017. p. 50-51.

112. BINDER, Alberto M. La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República. *Política Criminal Bonaerense*, [S.l.], n. 1, 2003. p. 11.

113. CORREIA, Thaize de Carvalho. A necessidade de separação das funções judicante e administrativa na implementação do sistema adversarial na América Latina. In: GOLZÁLEZ, L. (Dir.). *Desafiando a Inquisição*: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: CEJA, 2017. p. 264.

114. No mesmo sentido, Montero Aroca: "puede existir perfectamente un proceso con todas las garantías que sea escrito, como demuestra la historia. Una cosa es afirmar la preferencia por la oralidad y otra negar a la escritura el pan y la sal" (AROCA, Juan Montero. El principio acusatorio entendido como eslogan político. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1,

oral do procedimento, de modo que a decisão judicial se origine em um ambiente marcado pela dialeticidade e a efetiva contraposição de argumentos.[115]

Com isso, advoga-se aqui a ideia de que sem uma mudança global no Código de Processo Penal, implantando-se um juízo verdadeiramente oral e público, não se pode sequer começar a falar de como deixar a tradição inquisitória para trás, especialmente nos países da América Latina em que a mentalidade que dela se origina está arraigada por toda estrutura jurisdicional.[116] Dessa forma, associa-se a oralidade a um projeto do constitucionalismo democrático chamado por Marinho Marques[117] de "movimento de superação do método inquisitivo", ao passo que aderir a um ambiente marcado pela oralidade seria incorporar na sentença e constituir a "base do raciocínio problemático que permite encontrar, na complexidade do Direito, a resposta adequada ao caso concreto".[118]

Nesse cenário, a oralidade mostra-se como condição de participação efetiva no processo, como pressuposto legítimo da influência das partes na construção da decisão judicial, bem como da efetiva participação dos sujeitos no caso penal. Trata-se, portanto, de uma técnica de potencialização da efetividade do procedimento em contraditório e da consequente democratização do processo penal.[119]

---

n. 1, 2015. p. 70). Sobre o mesmo ponto, Jordi Fenoll afirma que não se pode mais manter a ideia de que a oralidade soluciona todos os males do processo, mas, ao contrário, a oralidade tem suas vantagens e desvantagens, e deve-se reconhecê-las e tentar melhorá-las para que o processo possa ser o mais democrático possível (FENOLL, Jordi. Los problemas de la oralidad. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 67, set.-dez. 2010. p. 247).

115. MAYA, André Machado. *A oralidade como técnica de redução das práticas autoritárias no processo penal*. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2015. p. 224.

116. BINDER, Alberto M. La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República. *Política Criminal Bonaerense*, [S.l.], n. 1, 2003, p. 12.

117. MARINHO MARQUES, Leonardo. O princípio da oralidade como componente racional de gestão democrática do processo penal. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília, ano 06, n. 06, 2012. p. 507.

118. Alerta Figueiredo Dias, contudo, que mesmo nos processos considerados mais inquisitórios não faltaram atos processuais orais entre o inquisidor, por um lado, e o acusado, as testemunhas, etc., por outro (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 230-231).

119. MAYA, André Machado. *A oralidade como técnica de redução das práticas autoritárias no processo penal*. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2015. p. 230. O autor afirma ainda que, em uma perspectiva estrita, a técnica da oralidade "é uma garantia orientada à redução da distância entre o *ser* e o *dever ser* do direito fundamental ao contraditório; já em uma perspectiva ampla, um mecanismo de aproximação entre o *ser* e o *dever ser* do direito fundamental ao devido processo penal" (MAYA, André Machado. *A oralidade como técnica de redução das práticas autoritárias no processo penal*. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) –Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2015. p. 230-231).

Conclusão

Na tentativa de mudar o cenário autoritário e modificar o cerne da persecução penal da fase de investigação para colocar a fase de juízo como a principal durante todo o procedimento, a oralidade torna-se um instrumento importante na qual se tenta superar a tradição escrita e potencializar as garantias processuais. No entanto, deve-se tomar cuidado com o que se apresenta como oralidade, uma vez que oralidade é diferente de verbalização e é muitas vezes posta como sinônimo de *eficiência* e *celeridade*.

Muitos autores se apegam a esses termos advindos do processo civil para conceituar a oralidade no processo penal, deixando de lado as suas particularidades. É o que se pode verificar no modo como se conceitua a oralidade no Brasil, sobretudo nas palavras de Francisco Campos, de modo que, para ele, a oralidade comina ao processo uma espécie de instrumento público, substituindo a concepção duelística pela concepção autoritária de processo.

Contudo, isso não passa de um reducionismo do conceito de procedimento oral, afinal, o que se pretende com a oralidade é a efetivação das garantias de um processo penal acusatório em que as partes tenham protagonismo na formação probatória, e que o debate entre elas parta de uma paridade no contraditório para que ambas possam ter a chance de influenciar na decisão final, bem como preservar a imparcialidade do julgador que não poderá ter acesso a nenhuma ata escrita advinda das fases pré-debate, mantendo a sua originalidade cognitiva.

Em um processo penal constituído na oralidade existem alguns princípios que deverão ser observados para que não ocorra uma burla no momento da produção da prova na audiência e ela acabe se tornando um mero espetáculo de legitimação de atos já produzidos em fases anteriores ao processo. Com isso, a audiência torna-se o principal lugar de formação probatória e depuração de informações para a tomada de decisões pelos julgadores. É importante salientar que a oralidade em si não pode ser considerada um princípio, mas um instrumento facilitador dos princípios políticos básicos de uma república e das garantias que estruturam o sistema penal. São esses princípios políticos e garantias que o procedimento oral visa tornar eficaz, transformando-se assim em uma virtuosa técnica de coleta probatória, sendo os principais conhecidos por: imediação, concentração, identidade física do julgador, publicidade e contraditório.

Na tentativa de modificar a estrutura de seus códigos de processo penal, os países latino-americanos entraram a partir da década de 1980 em um período de reformas totais de seus processos penais que pode ser comparado com a transformação ocorrida na Europa continental no século XIX. Essas reformas, como um todo, não se trataram de meras reformas parciais em um sistema já posto e vigente – como a reforma ocorrida no Brasil entre 2008 e 2011 e, mais recentemente, a Lei 13.964, que fez mudanças importantes no Código de Processo Penal –, mas senão de uma verdadeira modificação e *refundação* do sistema segundo outra concepção do processo penal.

Não se trata de afirmar que essas reformas presentes no continente são a panaceia de todos os problemas do processo penal da América Latina, inclusive tem-se que olhar de forma crítica a influência de ideias neoliberais vinda dos países centrais em relação à implantação de alguns institutos – como o *plea bargaining*, por exemplo. Contudo, é importante, ao menos, começar um processo firme de abandono do sistema inquisitivo impregnado nas entranhas culturais da região.

Dessa forma, a reforma da justiça penal deverá compreender todos os âmbitos em que se tenha instalado a cultura inquisitiva, de forma que refundem todas as instituições para que ocorra uma mudança brusca nos locais em que instala e se reproduz o modelo inquisitivo. Assim, a finalidade compartilhada entre todas essas reformas é a tentativa de estabelecer um modelo judicial de juízo oral pleno, ou seja, que a decisão seja dada por um juiz imparcial que tenha recebido a prova de forma direta e imediata, em um debate verdadeiramente público e contraditório.

O Brasil foi um dos únicos países da América Latina que não modificou de forma global o seu Código de Processo Penal, preferindo reformar de forma parcial o código, de forma que, desse modo, manteve a estrutura e o núcleo ideológico do Código de 1941 inspirados no código fascista italiano de 1930.

O país não adotou a estratégia de reformar o CPP por completo, mas o reformou de forma parcial, mantendo a estrutura e as ideias do Código de 1941. Essa opção diferenciada em relação aos outros países latino-americanos distancia o Brasil do cenário reformista do continente, pois não acompanha o desenvolvimento da oralidade – mantendo aqui uma concepção atrasada e reducionista do instituto –, além de uma hipertrofia da atividade policial, conservando-a como a principal formadora das provas no processo penal.

Na tentativa de implementação de um processo penal acusatório-democrático, a oralidade agregada à imediação aparece como uma técnica que poderá potencializar o devido contraditório, desenvolvendo o procedimento probatório sob a forma de diálogo entre as partes e um julgador destituído de poderes de instrução e sem contaminações extradebates, isto é, com originalidade cognitiva. Sob determinado aspecto, o binômio oralidade-imediação aparece como uma modalidade de interação comunicacional, isto é, com a possibilidade de uma ativa interação entre as fontes e os meios de prova. Com isso, o sobredito binômio se torna um forte aliado da participação das partes em contraditório mediante paridade de armas.

Referências bibliográficas

AMODIO, Enio. Vitórias e derrotas da cultura dos juristas na elaboração do novo código de processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, p. 9-22, jan.-mar. 1999.

BADARÓ, Gustavo Henrique. A regra da identidade física do juiz na reforma do Código de Processo Penal. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, v. 17, n. 200, p. 12-14, 2009-2010.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do Processo Penal*: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BINDER, Alberto M. *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*. Buenos Aires: AdHoc, 2000.

BINDER, Alberto M. *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012.

BINDER, Alberto M. *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*. Monterrey: Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2014.

BINDER, Alberto M. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Trad. Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BINDER, Alberto M. La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República. *Política Criminal Bonaerense*, [S.l.], n. 1, 2003.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BINDER, Alberto. *Iniciación al proceso penal acusatórios*. Buenos Aires: Campomanes Libros, 2000.

BINDER, Alberto M. *La reforma de la justicia penal:* entre el corto y el largo plazo. Disponível em: [http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5254/binder-ref-justicia.pdf?sequence=1&isAllowed=y]. Acesso em: 02.08.2018.

CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. O valor atual do princípio da oralidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 21, p. 255-260, mar. 2002.

CASARA, Rubens R. R. *Processo penal do espetáculo*: e outros ensaios. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

CHIOVENDA, Giuseppe. A oralidade e a prova. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 78, p. 232-248, maio 1939.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Permanências inquisitivas e refundação do processo penal: a gestão administrativa da persecução penal. In: COTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; COSTA DE PAULA, Leonardo; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. v. 2.

CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma global do código de processo penal: uma refundação garantista? In: MARQUES, Mateus (Org.). *Temas atuais sobre processo penal*. Porto Alegre: Liquidbook, 2018.

COLAO, Floriana. Processo Penale e Pubblica Opinione: dall'età liberale al regime fascista. In GARLATI, Loredana. *L'Inconscio Inquisitorio*: l'eredità del códice Rocco nella cultura processual penalistica italiana. Milano: Giuffrè, 2010.

CORREIA, Thaize de Carvalho. A necessidade de separação das funções judicante e administrativa na implementação do sistema adversarial na América Latina. In: GOLZÁLEZ, L. (Dir.). *Desafiando a Inquisição*: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: CEJA, 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. *A oralidade no processo penal brasileiro*. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

DOTTI, René Ariel. A reforma do código penal (história, notas e documentos). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, p. 179-208, out.-dez. 1998.

DOTTI, René Ariel. Um novo e democrático Tribunal do Júri (I). *Migalhas*, 22.07.2008. Disponível em: [www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI64682,21048-Um+novo+e+democratico+Tribunal+do+Juri+I]. Acesso em: 04.09.2018.

DUCE, Maurício; MARÍN, Felipe; RIEGO, Cristián. *Reforma a los procesos civiles orales*: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información, p. 35. Disponível em: [http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/1220]. Acesso em: 26.10.2018.

DUCLERC, Elmir. *Introdução aos fundamentos do direito processual penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ESTRAMPES, Manuel Miranda. La prueba en los procesos penales acusatorios latinoamericanos, Actualidad Judicial. *Revista del Poder Judicial del Estado de Zacatecas*, Zacatecas, n. 1, 2007.

FAIRÉN GUILLÉN, Victor. Algunos problemas procesales suscitados por el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos del Hombre. *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, v. 7, n. 2, p. 553-568, 1980.

FENOLL, Jordi. Los problemas de la oralidad. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 67, p. 237-257, set.-dez. 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 143-165, 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um "novo" liberalismo processual penal autoritário? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Plea Bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal. *Revista de Ciencias Penales*, [S.l.], n. 11, Año 8, julio, 1996.

HAN, Byung-Chul. *Sociedade da Transparência*. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2017.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica). *Jueces para la democracia*, [S.l.], n. 46, p. 57-66, 2003.

LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, p. 04-51, 2017.

LUHMANN, Niklas. A restituição do Décimo Segundo Camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Org.). *Niklas Luhmann*: do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MAIER, Julio B. J. ¿Es la inmediación una condición de la condena penal?: un aspecto parcial de la lucha entre Inquisición vs Composición. En: Un apunte de conclusiones Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica). *Jueces para la democracia*, [S.l.], n. 46, p. 65-85, marzo 2003.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*: fundamentos. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. t. I.

MAIER, Julio B. J.; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan. *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*. Buenos Aires: AdHoc, 2000.

MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar; ROSA, Alexandre Morais da. *O processo eficiente na lógica econômica*: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MARINHO MARQUES, Leonardo. O princípio da oralidade e a descentralização da informação relevante no processo penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 46, v. 10, p. 157-170, 2012.

MARINHO MARQUES, Leonardo. O princípio da oralidade como componente racional de gestão democrática do processo penal. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília, ano 06, n. 06, p. 506-520, 2012.

MAYA, André Machado. *A oralidade como técnica de redução das práticas autoritárias no processo penal*. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2015.

MELCHIOR, Antonio Pedro. Os movimentos de reforma do Código de Processo Criminal brasileiro. In: GOLZÁLEZ, L. (Dir.). *Desafiando a Inquisição*: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: CEJA, 2017.

MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado; MELO, Marcos Eugênio Vieira. Mentalidade inquisitória e instrumentalidade do processo penal: transição democrática, reformas processuais e permanências autoritárias. *Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí*, [S.l.], v. 4, n. 1, p. 84-99, 2018.

MONTERO AROCA, Juan. *La nueva ley de enjuiciamiento civil española y la oralidad*. Valencia: Academia de Derecho y de Altos Estudios Judiciales, 2000.

MONTERO AROCA, Juan. El principio acusatorio entendido como eslogan político. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 66-87, 2015.

POSTIGO, Leonel González. Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. In: COTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; COSTA DE PAULA, Leonardo; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*: o sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina Florianópolis: Empório do Direito, 2017. v. 3.

PRADO, Geraldo. O processo penal brasileiro vinte e cinco anos depois da Constituição: transformações e permanências. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 550-569, jan.-fev. 2015.

RUIZ, Francisco López. El principio de inmediación en el proceso penal: una crítica epistemológica. In: CADENAS, Manuel C.; ARIAS, Just. F.; JUNOY, Joan P. *Justicia: Revista de derecho procesal*, Ciudad de México, n. 1, 2016.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Crônicas forenses contemporâneas: quando a oralidade pode ser pior que do que o processo escrito. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Org.). *Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil*: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. v. 2.

STRECK, Lênio Luiz. Novo Código de Processo Penal: o problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 117-139, jul.-set. 2009.

VARGAS VIANCOS, Juan Enrique. La nueva generación de reformas procesales penales en latinoamérica. *URVIO – Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, [S.l.], n. 3, p. 33-47, jan. 2014.

WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatorio *versus* inquisitorio. Reflexiones acerca del proceso penal. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.). *Processo penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- O campo probatório e a oralidade: a promoção da concepção dialética no processo penal e a função heurística do mecanismo da oralidade, de Ítalo Menezes Rabelo, José Muniz Neto e Maricy Ribeiro Fideles Rocha – *RBCCrim* 156/189-220 (DTR\2019\31669);
- O modelo oral de processo no século XXI, de Petrônio Calmon – *RePro* 178/47-75 (DTR\2009\681); e
- Revisión y oralidad: la apelación del juicio de hecho en el proceso oral civil, de Leandro J. Giannini – *RIDP* 8/45-55 (DTR\2018\22698).

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- Conteúdo exclusivo Web: JRP\2015\2102

O manifesto autoritarismo inquisitorial do artigo 385 do Código de Processo Penal

The inquisitory authoritarian manifestation of article 385 of the Criminal Procedure Code

Ricardo Jacobsen Gloeckner

Pós-doutor em Direito pela Università Frederico II (Napoli). Doutor em Direito pela UFPR. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor do programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais PUCRS. Advogado.
ORCID: 0000-0002-1205-380X
ricardogloeckner@hotmail.com

Juliano de Oliveira Leonel

Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS. Mestre em Direito pela UCB. Especialista em Direito Penal e Processual Penal – ESA/UFPI. Professor de processo penal da UNIFSA. Defensor Público.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-3012-0698].
julianoleonel@hotmail.com

Autores convidados

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: A presente pesquisa tem relevância no contexto nacional, posto que se volta ao estudo da estrutura autoritária do processo penal brasileiro, que se mantém "viva", mesmo diante de um Estado Democrático de Direito. Tem-se por problema de pesquisa: em que medida o artigo 385 do CPP fora recepcionado pelo modelo acusatório delineado pela Constituição Federal de 1988? Logo, tal pesquisa se propôs a fazer uma análise da "categoria jurídica fundante do processo penal – pretensão punitiva", legado do tecnicismo e resquício da inquisitorialidade processual. Objetivou-se, desse modo, fazer um trabalho com o intuito de analisar a inconstitucionalidade e a inconvencionalidade do artigo 385 do Código

Abstract: This research has relevance in the national context, since it focuses on the study of the authoritarian structure of the Brazilian criminal process, which remains "alive", even in the face of a Democratic Rule of Law. There is a research problem: to what extent was Article 385 of the CPP accepted by the accusatory model outlined by the Federal Constitution of 1988? Therefore, this research aimed to make an analysis of the "founding legal category of the criminal process - punitive pretense", legacy of technicality and remnant of procedural inquisitoriality. Thus, the objective was to do a work in order to analyze the unconstitutionality and unconventionality of article 385 of the Criminal

Gloeckner, Ricardo Jacobsen; Leonel, Juliano de Oliveira. O manifesto autoritarismo inquisitorial do artigo 385 do Código de Processo Penal.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 175. ano 29. p. 251-281. São Paulo: Ed. RT, janeiro/2021.

de Processo Penal. Quanto aos meios, a pesquisa foi bibliográfica, pelo fato de a fundamentação teórico-metodológica ser necessária para este trabalho.

Palavras-chave: Processo penal – Sistema inquisitorial – Autoritarismo – Pretensão punitiva – Pretensão acusatória.

Procedure Code. Regarding the means, the research was bibliographic, because the theoretical and methodological foundation is necessary for this work.

Keywords: Criminal proceedings – Inquisitorial system – Authoritarianism – Punitive pretension – Prosecution.

Sumário: 1. Introdução. 2. Uma anarqueologia das ideias autoritárias no processo penal. 2.1. O liberalismo autoritário e o mau posicionamento da problematização do art. 385 do CPP. 2.2. O amorfismo do sistema inquisitorial e a insuficiência da mera separação formal das funções de acusar e julgar para a configuração do sistema acusatório. 3. O papel da validade da norma no Estado Democrático e Constitucional de Direito: introito ao conceito de validade substancial das normas. 4. Contexto histórico da norma contida no art. 385 do Código de Processo Penal brasileiro. 4.1. A obrigatória relação da sentença com o contraditório e o princípio da imparcialidade. 4.2. A ofensa do art. 385 do CPP à presunção de inocência como regra de juízo. 5. O objeto do processo: esvaziamento do objeto do processo no caso de pedido de absolvição. 6. *Withdrawal* e a reconfiguração da indisponibilidade da ação penal: a necessária interpretação evolutiva do art. 385 do CPP. 7. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A presente pesquisa se volta ao estudo da estrutura autoritária do processo penal brasileiro, que se mantém "viva", mesmo diante de um Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, tem-se por delimitação do tema o objeto do processo penal e a impossibilidade de o Estado-juiz prolatar uma sentença penal condenatória ante o requerimento de absolvição formulado pelo acusador público.

Em assim sendo, eis o problema de pesquisa: em que medida o artigo 385 do Código de Processo Penal tem contribuído para a manutenção de decisões congruentes com a estrutura autoritária e inquisitorial do processo penal brasileiro, fruto de reprises do liberalismo reacionário no Brasil a partir da "categoria fundante do processo penal – pretensão punitiva", estando em desconformidade, portanto, com a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica?

O desenvolvimento da pesquisa terá como base a revisão bibliográfica acerca do tema pretensão punitiva *versus* pretensão acusatória, visando comprovar que, mesmo após a Constituição Federal de 1988, o discurso processual penal legado do tecnicismo ainda se mantém presente no senso comum teórico.

Assim, será demonstrada a existência de uma linha de continuidade entre a categoria processual antidemocrática – pretensão punitiva – utilizada previamente à Constituição

Federal de 1988 e que continuou a subsidiar os julgados posteriores à nova ordem constitucional, sob o manto de ressignificações.

Objetiva-se, desse modo, fazer um trabalho com o intuito de identificar a existência de elemento discursivo autoritário e inquisitorial na dogmática nacional e, dessa forma, almeja-se demonstrar a persistência atual do autoritarismo processual penal brasileiro.

Justifica-se a adoção da categoria – pretensão punitiva – pelo fato de ser um resquício do sistema processual inquisitivo, acolhido pelo código estadonovista, ao prever, no artigo 385 do Código de Processo Penal, que o juiz poderá condenar o réu, mesmo diante de pedido de absolvição por parte do acusador público.

Para alcançar as considerações finais do trabalho, propõe-se trabalhar, num primeiro momento, o amorfismo do sistema inquisitorial e a insuficiência da mera separação formal das funções de acusar e julgar para a configuração do sistema acusatório. Depois, discutir-se-á o papel da validade da norma no Estado democrático e constitucional de direito, bem como o contexto histórico da norma contida no art. 385 do Código de Processo Penal brasileiro, a obrigatória relação da sentença com o contraditório e o princípio da imparcialidade e a respectiva ofensa do art. 385 do CPP à presunção de inocência. Na sequência, discorrer-se-á sobre o objeto do processo e o seu esvaziamento no caso de pedido de absolvição. E, por fim, o *Withdrawal* e a reconfiguração da indisponibilidade da Ação Penal, ante a necessária interpretação evolutiva do art. 385 do Código de Processo Penal.

No artigo utilizar-se-á o método genealógico no que diz respeito à análise de formação dos enunciados que substanciam o tecnicismo jurídico-penal em sua relação com o art. 385 e, posteriormente, será utilizada, como metodologia de análise, a pesquisa dogmático-jurídica de natureza bibliográfica, por meio da consulta de obras, legislação e jurisprudência brasileira atinente à temática. A pesquisa tem como objetivo fundamental a introdução ao debate sobre a gênese das categorias processuais componentes de um quadro autoritário no processo penal brasileiro, sem intenção de esgotar o assunto, que merece atenção crescente da academia.

2. Uma anarqueologia das ideias autoritárias no processo penal

No campo das ideias processuais penais, convive-se com certa lacuna bibliográfica sobre o tema, indicando a necessidade de maior esforço doutrinário para a compreensão dos desenvolvimentos, dos deslocamentos e das retrações experimentadas pelo conjunto de enunciados característicos da defesa social e que grassam o direito processual penal brasileiro.[1] Uma primeira tarefa metodológica e que se deve sinalizar desde já é a

1. Para uma análise mais detida sobre a estrutura e desenvolvimento das ideias processuais penais autoritárias, Cfr. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

necessidade de se superar uma história universal do processo penal, que não tenha por escopo as singularidades que atravessam a composição do campo de experiência, como indicou Foucault em sua *Arqueologia do saber*. Para além disso, ainda com Foucault, a tarefa inicial de uma análise sobre o conjunto de enunciados formadores de um discurso coloca-se no nível de "permeabilidade de um discurso".[2] No caso aqui proposto, a capacidade do discurso processual penal subsidiar, hospedar e propagar enunciados antidemocráticos, perfilando-se à margem da constitucionalização desse campo e gravados por premissas aparentemente tecnocráticas e, em aparente decorrência disso, "blindadas contra influxos políticos".

Ainda com Foucault – vale o registro –, o presente artigo procurará identificar não apenas as formações discursivas (o que se pode definir como a metodologia arqueológica), as relações de poder e saber (a metodologia genealógica), mas especialmente o que se poderia definir como perspectiva "anarqueológica", residente em dois momentos importantes: a) trata-se de uma atitude teórico-prática concernente a não-necessidade de todo poder, e, para distinguir essa posição teórico-prática da não-necessidade do poder como princípio de inteligibilidade do próprio saber[3]; b) "o estudo de tipo anarqueológico consistiu, em vez disso, em considerar a prática do encerramento em sua singularidade histórica, isto é, em sua contingência no sentido de fragilidade, de não-necessidade essencial".[4] As duas premissas, portanto, que conformam o registro metodológico inicial se dão a partir de duas hipóteses: a) a existência de uma singularidade política e histórica que permitiu a conflagração de representações ideais sobre o processo penal brasileiro a partir da década de 1940; b) a de que tais modelos ideais foram importados da matriz italiana, o que pode ser conferido pela profusão de citações – diretas e indiretas – registradas na exposição de motivos do CPP brasileiro; c) a predominância de um estilo – o tecnicista – que coloca a classe dos juristas como pretensamente alheia aos fenômenos políticos, garantindo, nesse sentido, uma ilusão de indenidade às vicissitudes do sistema político, primordialmente a importação de uma estrutura de código em parelha com o modelo italiano.

A estrutura do Código de Processo Penal brasileiro é fundamentalmente a mesma que a encontrada no *Codice Rocco* de 1930. Assim, podem-se encontrar, em regime de simetria, as seguintes categorias que, por seu turno, arvoram um código infenso ao espírito democrático que deveria instruir tal diploma legal. São elas: uma investigação preliminar substancialmente unilateralizada, com reduzida participação da defesa (seja na *istruzione formale* ou *sommaria*); uma compressão do direito à liberdade a onipresença de hipóteses de uso de cautelares pessoais, mormente a prisão preventiva; um sistema de avaliação de provas conformado pela noção pseudodemocrática de "livre

2. FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013. p. 204.

3. FOUCAULT, Michel. *O governo dos vivos*. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 73.

4. FOUCAULT, Michel. *O governo dos vivos*. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 73.

convencimento"; um modelo de admissibilidade semiplena da prova denominado como "princípio da liberdade das provas"; uma estrutura de distribuição de cargas probatórias tendentes à reprodução iterativa dos meios de prova – isto é, capaz de, em um regime de maleabilidade, fazer o processo regressar a um estágio anterior, sob o pálio do preenchimento de alguma lacuna probatória – denominado de "verdade real"; a presença de um modelo "deformado" de contraditório, no qual a imediatidade é confundida com oralidade e contraditório em sentido estrito; um sistema que elimina do quadro processual todas as regras derivadas do princípio político da presunção de inocência; a publicidade dos atos processuais sujeitando-se a um regime amplo de sua excepcionalização; a supressão das nulidades absolutas; a utilização de um modelo de "técnica judiciária" que comporta a adjudicação sem a renovação da peça acusatória, conhecida como "*emendatio libelli*"; a presença de dispositivos processuais que instituem a distribuição de ônus da prova no processo penal à defesa, seja de maneira generalizada ou por meio de microtorsões em campos muito específicos, como a necessidade de a defesa demonstrar as causas excludentes da ilicitude.[5]

Do ponto de vista da especificidade deste artigo, pretende-se demonstrar a incompatibilidade do atual art. 385 do Código de Processo Penal Brasileiro com uma concepção democrática e constitucional de processo penal.

2.1. O liberalismo autoritário e o mau posicionamento da problematização do art. 385 do CPP

A sustentação de que o juiz pode condenar o acusado mesmo diante de pedido expresso de absolvição pelo Ministério Público apenas tem sentido em um processo penal cujos fundamentos se evadam dos resquícios elementares de sua acusatoriedade. O Código de Processo Penal brasileiro foi erigido a partir de cânones que configuram o que se poderia denominar de um "liberalismo reacionário".[6] A gestação do Código de Processo Penal no seio do Estado novo e sua franca inspiração no *Codice Rocco* de 1930 são apenas alguns elementos que permitem uma compreensão de natureza historiográfica sobre o art. 385 do CPP. Sobre a inspiração do Código de Processo Penal brasileiro, a narrativa do então Ministro da Justiça do governo getulista, Francisco Campos, não deixa espaço para dúvidas:

> "Quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindose a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia

5. Todas essas categorias são apresentadas e valoradas criticamente em: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

6. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

> que elas certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, mas são também de repetir-se as palavras de Rocco: 'Já se foi o tempo em que a alvoroçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas.'"[7]

Evidentemente que a questão implica bem mais do que apenas reconhecer que a legislação brasileira foi fortemente influenciada pela italiana, mas que também houve uma espécie de cultivo das ideias tecnicistas no campo processual penal, o que explica os efeitos de permanência e continuidade entre os institutos processuais.[8] Ou seja, o que houve na Itália (e que também ocorreu no Brasil), assinalando o nível de permanência de ideias desenvolvidas no seio do liberalismo do início do século XX, foi uma espécie de "torsão autoritária" no uso dessas categorias e institutos liberais.[9]

No caso brasileiro, foi exatamente o uso ideológico da noção de "concepção publicística de processo" que certamente tratou de dar nova roupagem a velhas noções baseadas na supremacia do Estado sobre o indivíduo. Esta concepção publicística de processo, não deixa de ser um mito fundante da perspectiva instrumentalista do processo,[10] que se desenvolveu alicerçada no pensamento da Escola Superior de Guerra, e que trouxe para o seio da doutrina processual aspectos característicos da "ideologia da segurança nacional".[11]

No campo do processo penal, as noções de uma concepção publicística de processo já poderiam ser encontradas no pensamento de Francisco Campos. Ali, o autor defenderá que o Estado deverá exercer logicamente um poder maior do que nas vetustas democracias parlamentares e liberais do século XIX, que tinham por finalidade limitar o poder do Estado. Ainda no que diz respeito à noção de "concepção publicística de processo", a sociedade de massas que havia despertado na transição do século XIX para o XX deveria

---

7. CAMPOS, Francisco. *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal brasileiro*. Brasil, 1941.
8. SBRICCOLI, Mario. Caratteri Originari e Tratti Permanenti del Sistema Penale Italiano (1860 – 1990). Disponível em: [www.lex.unict.it/sites/default/files/files/Biblioteca/letture/Sbriccoli.pdf]. Acesso em: 11.08.2020. p. 528. No mesmo sentido, GARLATI, Loredana. "Contro il Sentimentalismo": l'impianto inquisitório del sistema delle prove nel c.p.p del 1930. *Criminalia*, [S.l], n. 1, 2012. p.182.
9. CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. Torino: UTET, 1986. p. 99.
10. Cf. SBRICCOLI, Mario. Le Mani nella Pasta e Gli Occhi al Cielo: la penalistica italiana negli anni del fascismo. In: *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. Milano: Giuffrè, 1999. v. 28. t. II.
11. Para o desenvolvimento desta conexão entre ESG e instrumentalidade do processo, Cf. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. Em especial, o cap. IV.

ser, de alguma maneira, contida, o que exigiria, no campo do processo penal, a superação de uma concepção "duelística" de processo por outra, denominada pelo pensador como "concepção autoritária".[12]

Tal expressão transparece, em uma primeira acepção, no "dever do juiz" de não se contentar com as provas trazidas aos autos pelas partes, o que justifica os poderes instrutórios dos magistrados.[13] De outro lado, aparece a possibilidade de o juiz condenar o acusado, mesmo diante de pedido de absolvição pleiteado pelo órgão acusador.

No que diz respeito a essa segunda expressão – tema do presente estudo –, em termos políticos, o que sustenta a sua legitimidade é exatamente a propalada "concepção publicística do processo". Essa noção, que tem base nas premissas tecnicistas do século XX, corresponde a uma espécie de "colmatação de lacunas ideológicas" de categorias pertencentes ao Código de Processo Civil. São comuns assertivas que de forma crítica estabelecem a indevida transposição de elementos do direito processual civil ao penal. Tal perspectiva é incompleta, pois não dá conta das diversas aproximações entre os campos, que não são absolutamente unilaterais (preenchimento de lacunas processuais penais tomando-se por base o direito processual civil). Em se tomando como pano de fundo o movimento codificatório italiano (que marcou profundamente a experiência brasileira, ainda que se trate de um processo híbrido, contando também com influências francesas e lusitanas), a dificuldade da codificação civilista na Itália condiz com a incapacidade de o processo civil mobilizar, como o processo penal, o imaginário coletivo e o conjunto significativo de catarses coletivas, que é exatamente o fundo antropológico do ordenamento penal.[14]

Para se compreender os sentidos da aproximação entre processo civil e penal, há que se reconhecer pelos menos três tempos distintos: a) a autonomia do processo penal em relação ao direito penal material; b) a aproximação ao direito processual civil, no escopo de se cientificizar; c) a aproximação do processo civil ao processo penal, na tentativa de se politizar. Portanto, a denominada concepção publicística de processo nada mais é do que o movimento de aproximação do direito processual civil ao processual penal, a fim de superar problemas de ordem política. Ademais, há que se registrar que a denominada concepção publicística não deve ser equiparada a uma mera natureza pública do direito processual civil (período científico marcado pela autonomização do processo civil em relação ao direito material). Trata-se de um esforço da "Escola Chiovenda" em direção à cientificidade e organicidade das categorias processuais, e que

12. MEDEIROS, Jarbas. Introdução ao estudo do pensamento político autoritário brasileiro, 1914/1945. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, n. 17, v. 1, 1974. p. 93-94.

13. Em defesa dos poderes instrutórios do magistrado, tendo como base o fundamento publicístico do processo, pode-se anotar as palavras de Zilli: "assim é que no equilíbrio de forças potencialmente antagônicas, representado pelo princípio publicístico [...]" (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 119).

14. CORDERO, Franco. *Criminalia*: nascita dei sistemi penali. Bari: Laterza, 1986. p. 13.

correspondeu à publicização de velhas categorias de direito privado. O direito processual civil foi fruto da relevante publicística italiana do fim do século XIX, liderada por ninguém menos do que Vittorio Emanuele Orlando. A dificuldade de elaboração de um código de processo civil na Itália se deveu, em grande parte, à dificuldade de mobilizar um projeto político. Para se ter noção de que a concepção publicística de processo (civil) se dá no sentido de uma aproximação do direito processual civil ao processual penal, vale a pena transcrever o pensamento de De Marsico, em uma conferência da Universidade de Roma, no ano de 1941:

> "o início do renascimento despontou no próprio âmbito da ciência do processo civil com aquela elevação em direção à concepção publicística do processo que conduz a considerar daqui em diante toda a jurisdição civil, jurisdição de mero direito objetivo e, avizinhando-se não mais o processo penal ao processo civil, mas este em direção àquele, inverte, talvez, também a rota do trabalho científico."[15]

Será justamente esse direito processual civil aproximado do processo penal – de corte naturalmente autoritário – que aportará no Brasil, daí disseminando-se uma "teoria geral do processo", que corresponde exatamente ao processo ocorrido na Itália de "politização do direito processual civil" em direção às expectativas do regime fascista. Portanto, ao se falar do fundamento publicístico do direito processual, se está marcadamente tratando de uma concepção política autoritária de direito processual civil, que por força do destino teve de se abeberar no campo ideológico do direito processual penal (um dos primeiros códigos elaborados no regime de Mussolini, juntamente com o de direito penal).

Em síntese, sobre o "fundamento" publicístico do processo penal, que autorizaria a condenação do acusado pelo juiz, mesmo diante de um pedido de absolvição, está-se diante de um critério político – hierarquização do público sobre os interesses individuais –, algo por decerto incompatível com uma democracia constitucional.

Se o fundamento político da concepção publicística de processo é incompatível com a Constituição de 1988, a questão pareceria natimorta. Existem outros critérios que apesar de sua aparência técnica "neutra" têm sido justificados para a manutenção da validade da norma contida no art. 385 do CPP.

Parte considerável dos problemas técnicos que envolvem o art. 385 do CPP – que se somam aos aspectos da concepção publicística de processo – são apresentados como derivados de dois objetos: a) a potencial violação do sistema acusatório pelo dispositivo; b) uma incompreendida bilateralização de sistemas de ação penal (calcados em princípios de oportunidade ou legalidade).

No que diz respeito à consideração dos sistemas processuais, no Brasil predomina a hipótese de que bastaria ao sistema acusatório a diferenciação de funções. Muito já se

15. DE MARSICO, Alfredo. Dogmatica e Politica Nella Scienza del Processo Penale. In: DE MARSICO, Alfredo. *Nuovi Studi di Diritto Penale*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1951. p. 71.

debateu sobre a caracterização dos sistemas processuais, de modo que não é objeto deste texto tratar do tema. Contudo, para se ter a dimensão do problema epistêmico gerado pela simples divisão de papéis processuais como elemento caracterizador do sistema acusatório, se basta um juiz e um acusador estatal para se estar diante de um sistema acusatório, por lógica se deveria conceber as Ordenações de 1670 como uma legislação acusatória, quando se sabe – qualquer neófito é bem capaz de sabê-lo – que se tratou do principal registro legislativo de práticas inquisitoriais na França. Nesse diploma havia a previsão expressa de diferenciação de funções.[16] Para os defensores da validade do art. 385 do CPP, o sistema acusatório não seria violado tendo em vista que as funções de acusar e julgar permaneceriam com órgãos distintos.[17]

Uma segunda articulação reside na sustentação de que o juiz poderia condenar o acusado, mesmo diante do pedido de absolvição, tendo por força o art. 42 do CPP e o princípio da indisponibilidade da ação.[18] Frederico Marques,[19] exemplificativamente, tratará o (hoje revogado) art. 28 do CPP como uma espécie de controle sobre a obrigatoriedade da ação penal, legitimando a possibilidade de o juiz discordar do pedido de arquivamento do Ministério Público. Em sentido similar, a possibilidade de o juiz condenar o acusado, mesmo diante do pedido de absolvição do juiz, seria o equivalente a um controle judicial sobre o princípio da indisponibilidade da ação penal.[20]

Preliminarmente, o tratamento da matéria é tecnicamente precário. A indisponibilidade não pode ser a da ação, que já foi exercida após o recebimento da denúncia. Seja como for, a indisponibilidade da ação penal deve ser lida – numa hermenêutica estreita do art. 42 do CPP – como a impossibilidade de o Ministério Público negociar uma persecução penal com o acusado, adotando soluções negociais. Contudo, as diversas formas

16. O artigo 6º das Ordenações de 1670 afirma o seguinte em seu Título III (Das Queixas, Denúncias e Acusações): "Nossos procuradores e aqueles dos senhores farão um registro para receber e tomar por escrito as denúncias que serão circunstanciadas e assinadas pelos denunciantes, se ele souber assinar; senão elas serão escritas em sua presença pelo secretário que as recepcionará". O mais interessante, aqui, é que tais Ordenações, discutidas no Parlamento francês e presididas pelo chanceler Séguier, cujo relatório foi realizado em conjunto pelo chanceler Pussort, constam de anotações de trabalho e discursos. Vejamos as palavras de Pussort sobre o artigo: "Pussort disse que os Procuradores do Rei são as verdadeiras partes em matéria criminal e que não parece razoável iniciar um processo sem a sua participação".

17. Como exemplo desse pensamento: TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. t. I. p. 120-121. Marques, por exemplo, não oferece sequer um mísero argumento para essa possibilidade. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. t. III. p. 50.

18. Nesse sentido, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1. p. 335; MARQUES, José Frederico. p. 34. TORNAGHI, Hélio, Op. cit.

19. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. I. p. 334.

20. Em sentido análogo, JARDIM, Afrânio da Silva. *Direito Processual Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 123.

de justiça consensual que vêm surgindo no direito processual penal brasileiro colocariam um óbice lógico à adoção do art. 385 do CPP: a possibilidade de o juiz controlar a "indisponibilidade da ação penal" faria par com a impossibilidade de o Ministério Público negociar penas com o acusado, o que vai rigorosamente na contramão de institutos como a transação penal, a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal.

Há uma forte impropriedade teórica em se afirmar ter o art. 385 do CPP sobrevivido em seus fundamentos políticos à Constituição de 1988. Também ao que parece, melhor sorte não socorrem os argumentos técnicos daqueles que insistem em permanecer vinculados a uma concepção "publicística" – *rectius*, autoritária de processo penal.[21]

2.2. O amorfismo do sistema inquisitorial e a insuficiência da mera separação formal das funções de acusar e julgar para a configuração do sistema acusatório

Se há um elemento que marca profundamente o processo penal ele se dá no plano evolutivo, como um mecanismo de contenção da irracionalidade da punição. O direito processual penal coincide com o estágio de civilização humana. Nesse sentido, como acentua Pisapia, o nível civilizatório de um determinado povo é medido pelas suas regras de natureza processual.[22] Essa afirmação repercute de formas diversas na doutrina processual, seja quando Roxin[23] assevera que o direito processual penal equivale a um sismógrafo da Constituição de um determinado Estado, seja quando Goldschmidt[24] compara os princípios processuais penais adotados por uma nação a um termômetro, capaz de medir os elementos democráticos ou autoritários de um determinado Estado.

Assentado que o nível civilizatório de um Estado corresponde a um determinado tipo processual, não há muitas dúvidas de que nos Estados Democráticos de Direito, o sistema processual penal adotado deve ser o acusatório. Todavia, se a Constituição da República

---

21. Para uma crítica geral ao art. 385 do CPP, NOGUEIRA, Lucas Gabriel Corrêa; NOGUEIRA, Rafael Fecury. A (des)vinculação do magistrado ao pedido de absolvição do réu pugnado pelo Ministério Público em ação pública. *Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará*. Disponível em: [www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/10/9-ARTIGO-ED-3.pdf]. Acesso em: 14.08.2020.

22. "Foi justamente dito que o grau de civilização de um povo se mede sobretudo pelo modo com os quais são salvaguardados os direitos e as liberdades do imputado no processo penal" (SBRICCOLI, Mario. Le Mani nella Pasta e Gli Occhi al Cielo: la penalistica italiana negli anni del fascismo. In: *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. Milano: Giuffrè, 1999. v. 28. t. II. p. 830-831. [tradução nossa]; PISAPIA, Gian Domenico. *Appunti di Procedura Penale*. Milano: Cisalpino-Goliardica, 1973. v. I. p. 03).

23. ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003. p. 10.

24. GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*: problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Europa-América, 1935. p. 67.

afirma um modelo acusatório de processo penal, o papel das relações entre os sujeitos processuais no procedimento de natureza criminal se reveste da mais ampla relevância. Isso é assim porque uma das diferenças essenciais entre o sistema inquisitório (típico de modelos autoritários de processo) e o sistema acusatório (adotado por todos os países que sepultaram suas heranças autoritárias) é o respeito pela separação das funções, que, ao contrário do que se pensa, não é garantido unicamente pela separação das funções, se por isso se compreender uma distinção de natureza meramente formal entre acusador e julgador, personificada na existência de indivíduos que exercem funções distintas. E isso significa dizer que as regras processuais cumprem finalidades que resguardam a própria acusatoriedade do sistema processual, sendo, em si mesmas, garantias do acusado.[25]

Segundo Franco Cordero, uma das características mais facilmente atribuíveis ao sistema de tipo inquisitório é a sua tendência ao amorfismo, ou seja, a sua aversão às formas processuais rigorosas.[26] Para o processualista italiano, no sentido introspectivo, o sistema inquisitório é como a psicanálise: não admite termos nem formas predefinidas. Ao analista servem tempos longos, tons cúmplices, uma tática improvisada de acordo com o caso particular, sem qualquer tensão dialética. A inquisição tende ao juridicamente amorfo.[27]

Há fartas evidências históricas que demonstram que os sistemas inquisitórios são avessos às formalidades. Novamente nas palavras de Cordero,

> "é um lugar comum, mas historicamente falso que os axiomas legalistas sejam conaturais ao método inquisitório; pelo contrário, vimos que os modificam [...] em seu estado puro, inquisição significa investigação onívora do sucedido, a fim de que nada

25. "A forma, em matéria penal, é a garantia necessária de uma justiça exata, esclarecida e imparcial. Por isso adaptada à defesa do direito individual em luta com o interesse social" [tradução nossa] (GARRAUD, René. *Traité Théorique et Pratique D'Instruction Criminelle et de Procédure Pénale*. Paris: Librairie Recueil Sirey, 1912. t. III. p. 426). No mesmo sentido são os ensinamentos de Bacigalupo, para quem "a experiência histórica revela que em uma sociedade autoritária as garantias do devido processo são consideravelmente mais reduzidas do que numa sociedade baseada na liberdade dos cidadãos, pois uma redução dos direitos fundamentais reconhecidos em relação ao processo importa uma maior falta de proteção do inocente" [tradução nossa] (BACIGALUPO, Enrique. *El Debido Proceso Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 24).

26. "Sabemos que o sistema inquisitório é amorfo, no qual é processo qualquer ato que realize o inquisidor, tendo que resolver questões históricas, trabalha introspectivamente sobre o investigado, e usa toda fonte que se possa encontrar, estimulado por uma curiosidade onívora; a operação tem um estilo tecnocrático. No modelo acusatório, ao revés, cada passo resulta estritamente regulado: formalidades, momentos, provas, decisões; por exemplo, é prova testemunhal apenas o que é referido diante do juiz (este procedimento tende a excluir os depoimentos sobre ditos alheios)" [tradução nossa] (CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000. v. II. p. 186).

27. CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. Torino: UTET, 1986. p. 50.

> escape; o investigador típico se dirige à verdade histórica, não importando como deve ser descoberta."[28]

Um sistema acusatório – correspectivo evolutivo do nível civilizatório de um determinado povo – deve, portanto, garantir que as relações entre os atores processuais operem dentro de certos limites e marcos legais bem definidos. O art. 385 do Código de Processo Penal brasileiro, quando invocado pela autoridade judiciária para manifestar-se em desarranjo ao que fora postulado pelo Ministério Público, converge na linha de um sistema processual que não respeita esses limites. Vale dizer, a sua constitucionalidade, ou mesmo a sua validade em relação a um determinado modelo processual penal, somente poderia ser aceita caso entenda-se que tal acusatoriedade possa ser garantida pela separação nominal de funções. Nas palavras de Ferrajoli, "se é indispensável que o juiz não tenha funções acusatórias, também é essencial que a acusação pública não tenha funções judiciais".[29] Nesse ponto, portanto, constata-se que a questão inerente ao processo penal contemporâneo – que se pressupõe em consonância com a disciplina constitucional – se encontra no plano das funções exercidas pelos atores processuais, mais do que uma opção topológica de "separação física dos operadores" e sua correlata exigência de termos dois sujeitos distintos a cargo da acusação e da judicatura.

Tome-se o art. 385 do Código de Processo Penal brasileiro: "*Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada*". Afirmar que esse dispositivo obedece aos ditames constitucionais passa pelo desprezo a um conjunto significativo de elementos intrínsecos ao direito processual penal contemporâneo, que serão a seguir analisados.

De toda sorte, importa referir que a norma acima merece atenção maior àquela que tem sido dada pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Então, nos próximos tópicos, abordar-se-á a questão normativa e todas as suas ramificações no direito processual penal brasileiro.

3. O papel da validade da norma no Estado Democrático e Constitucional de Direito: introito ao conceito de validade substancial das normas

O plano da validade das normas não deve se confundir com o de sua vigência. A confusão entre vigência e validade foi o fio condutor que orientou durante largo tempo a corrente jurídica denominada como positivismo. A noção de validade das normas jurídicas,

28. CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000. v. II. p. 34.

29. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*: teoria del garantismo penal. 6. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 583.

nessa perspectiva, é separada de seu conteúdo. Nesse sentido, por exemplo, é o pensamento de Kelsen, para quem a validade de uma determinada norma deve ser obtida em outra que lhe é superior, sem com isso questionar-se o seu conteúdo[30] e o de Hart, que define a norma jurídica válida como existente e que seja consistente com as normas de reconhecimento (*rules of recognition*).[31]

Nesse sentido originário, a validade da norma consiste meramente na detecção de sua "existência jurídica". Como acentua Bobbio, existem três operações para, nesse paradigma, averiguar se a norma é válida: a) analisar a legitimidade da norma jurídica, isto é, se a autoridade da qual a norma emanou possuía poder para tanto; b) verificar se a norma não foi (expressamente) revogada; c) analisar se a norma não é conflitante com outras do ordenamento (a denominada revogação tácita ou implícita).[32] Portanto, em síntese, o problema da validade da norma jurídica foi tratado pelo positivismo, de regra, como uma questão conexa à "legalidade do ato de criação da norma".[33]

Entretanto, especialmente após a Segunda Guerra e o movimento constitucionalista contemporâneo, evidencia-se que o controle da validade das normas jurídicas não pode se resumir à questão do controle sobre a legalidade formal do ato de produção normativa. Isso pelo fato de que a validade não se resume a uma questão da procura pelo fundamento último de legitimidade do ordenamento jurídico, o que Kelsen denominava como "nomodinâmica" e Raz como "cadeia de validade" (*chain of validity*).

As normas jurídicas, e, especialmente, no caso em tela, as normas processuais penais, dependem de seu conteúdo. E, portanto, o controle sobre a validade das normas já não pode proceder à confusão anteriormente demonstrada entre o ato de a norma jurídica existir enquanto tal – emanação de uma autoridade legítima – e os conteúdos que a informam.

---

30. "O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada" (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 221). Embora divergindo quanto à forma de justificação das normas, Raz também considera a validade da norma jurídica uma questão própria de sua existência (RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico*: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 185-187).

31. "Dizer que uma dada regra é válida é reconhecê-la como tendo passado todos os testes facultados pela regra de reconhecimento e, portanto, como uma regra do sistema. Podemos, na verdade, dizer simplesmente que a afirmação de que uma regra concreta é válida significa que ela satisfaz todos os critérios facultados pela regra de reconhecimento" (HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001 p. 114).

32. BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. Bauru: EDIPRO, 2005. p. 46-47. No mesmo sentido, BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 60-61.

33. FARIÑAS DULCE, Maria José. *El Problema de la Validez Jurídica*. Madrid: Civitas, 1991. p. 125.

Nesse ponto, enquanto a validade *strictu sensu* diz respeito ao conteúdo substancial contido na norma, a sua legitimidade ou forma juridicamente aprovada se confunde com a validade *lato sensu*, ou a sua vigência.[34] Via de consequência, uma norma, apesar de vigente, pode não ser válida se o seu conteúdo é flagrantemente atentatório a normas importantes do ordenamento que são componentes do sistema constitucional de garantias, mas também, e mais recentemente, do sistema convencional.[35] Nesse particular, a validade da norma jurídica se conecta ao que se poderia denominar como "validade axiológica", que deve ser analisada em consonância com a sua legitimidade.[36]

Na questão sobre o controle de validade da norma contida no art. 385 do Código de Processo Penal brasileiro, impõe-se, inicialmente, verificar em que medida e sob quais condições ela é editada para, em um segundo momento, analisá-la no contexto da Constituição da República de 1988.

4. Contexto histórico da norma contida no art. 385 do Código de Processo Penal brasileiro

Em termos históricos, o Código de Processo Penal brasileiro se espelha fortemente no Código Rocco Italiano de 1930. Além da similitude estrutural de dispositivos legais em ambos os códigos, consoante demonstrado em outro trabalho,[37] eventual análise sobre a legitimidade de várias normas que compõem esse instituto não pode deixar de ser ventilada a não ser por meio de uma perspectiva historiográfica. A inspiração no Código de Processo Penal italiano não passa despercebida pela Exposição de Motivos do Código de Processo Penal brasileiro, em que o Ministro de Justiça da época, Sr. Francisco Campos, invoca expressamente o *Guardasigili* do Governo de Mussolini, Alfredo Rocco.

---

34. "A existência de normas inválidas pode ser facilmente explicada com a simples distinção entre duas dimensões da regularidade ou legitimidade das normas: aquela que se pode chamar de '*vigência*' ou '*existência*', que faz referência à forma dos atos normativos e que depende da conformidade ou correspondência com as *normas formais* sobre a sua formação; e a 'validade' propriamente dita ou, em se tratando de leis, a 'constitucionalidade', que, pelo contrário, tem a ver com o seu *significado* ou conteúdo e que depende da coerência com as *normas substanciais* sobre a sua produção" [tradução nossa]. (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías*: la ley del más débil. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 21). (grifo nosso)

35. "As normas vigentes em um estado de direito podem ser, definitivamente, além de eficazes ou ineficazes, também válidas ou inválidas, isto é, juridicamente legítimas no plano formal, mas não no substancial" [tradução nossa] (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*: teoria del garantismo penal. 6. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 359).

36. OST, François; KERCHOVE, Michel van de. *Elementos para una teoría crítica del Derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001. p. 177-178.

37. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tyrant lo Blanch, 2018.

> "Quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, mas são também de repetir-se as palavras de Rocco: 'Já se foi o tempo em que a alvoroçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas'".[38]

O modo de análise da validade das normas não pode dispensar ou alijar o contexto histórico de sua emergência, sob pena de se considerar que eventual controle de constitucionalidade estivesse engessado de uma vez por todas. A própria noção de "mutação constitucional" que apareceu em julgados do Supremo Tribunal Federal é tributária de que a análise em torno dos sentidos das normas jurídicas não é presa no tempo. Porém, a análise das condições sócio-econômico-políticas de determinado instituto compreende inegável ferramenta hermenêutica nesse processo de enfrentamento da compatibilidade normativa entre um dispositivo que nasce em um período político diverso daquele erigido pela Constituição da República.[39]

A redação de um código no qual se ampliam os poderes dos magistrados, a ponto de servir como uma espécie de garantia contra eventual inércia do Ministério Público aparece em diversos institutos. Além do art. 385, o Código de Processo Penal regula a possibilidade de o juiz discordar do pedido de arquivamento feito pelo Ministério Público (art. 28 do CPP), poderá dar ao fato classificação jurídica diversa da que constar na denúncia (art. 383 do CPP, mantido mesmo após a reforma de 2008), bem como na redação originária do art. 384 do CPP, que previa a possibilidade de o juiz "provocar" o aditamento à denúncia.

O art. 385 é fruto de uma concepção hostil a um processo de partes e de funções bem definidas. A manutenção do art. 385 do Código de Processo Penal é anacrônica por pelo menos dois fatores: a) pela experiência política advinda da redemocratização do Estado e do direito brasileiro; b) pela cada vez maior independência do Ministério Público conferida pela Constituição da República.

Com relação ao primeiro ponto, cumpre destacar que a Constituição da República proporcionará uma distribuição mais equitativa de poderes, de modo que inclusive a titularidade exclusiva para o oferecimento da denúncia ficou a cargo do Ministério Público (art. 129, I, da Constituição da República). Veja-se que, em sua redação originária, o art. 26 do Código de Processo Penal estabelecia a possibilidade de o processo ser iniciado por portaria judicial ou pelo próprio auto de prisão em flagrante nos procedimentos para

38. Exposição de motivos do Código de Processo Penal brasileiro.

39. Sobre o autoritarismo de Francisco Campos, Cf. BUENO, Roberto. *Francisco Campos e o conservadorismo autoritário*. Brasília: Edições do Senado Federal, 2019.

a apuração de contravenção. Evidentemente, trata-se de um dispositivo absolutamente inconstitucional.

Quanto à segunda razão do anacronismo do art. 385 do Código de Processo Penal brasileiro, a independência do Ministério Público foi garantida por meio da retirada de sua subordinação ao Poder Executivo. Dessa maneira, mesmo que se pudesse temer pela independência do Ministério Público no período do Estado Novo, legitimando a intervenção judicial subsidiária, evidentemente tais razões não poderiam se manter em pé na atual fase do republicanismo brasileiro. Ou seja, o Ministério Público, não se subordinando mais ao Executivo e detendo autonomia para agir, independe do Poder Judiciário para lhe tutelar, de modo que, nesse ponto, inexistem razões estruturais e políticas para que se dê ao art. 385 do CPP algum tipo de sobrevida pós-Constituição de 1988.

Além dessas razões que indicam a particular aderência do art. 385 do Código de Processo Penal brasileiro a uma determinada estrutura política não mais existente – o que, em últimos termos, consoante mencionado, impinge-lhe o caráter de anacronismo –, há que se levar em consideração a relação do art. 385 do CPP com o sistema de direitos e garantias processuais penais.

4.1. A obrigatória relação da sentença com o contraditório e o princípio da imparcialidade

A importância do contraditório é significativa para o direito processual contemporâneo. Essa relevante posição assumida pelo contraditório pode ser encontrada na tese de Fazzalari, que considera o processo como "procedimento em contraditório",[40] acentuando a centralidade dessa categoria para inscrever o processo como uma espécie muito específica de procedimento.

Por outro lado, e mais diretamente ligado ao objeto do presente estudo, o contraditório consiste em técnica de coleta de provas que naturalmente predetermina os fatos e argumentos que devem ser observados pela autoridade judiciária. O pedido de absolvição do Ministério Público corresponde a uma espécie de abstinência no exercício do contraditório, mormente porque não há fatos controversos. Ministério Público e defesa estão concertados no que diz respeito à absolvição do acusado.

O contraditório, em um processo de natureza acusatória – a única via constitucional – é erigido em tema central do procedimento processual penal como "fonte de prova" e não apenas como "oportunidade dialética sobre a prova".[41] Ademais, o contraditório, além da exigência naturalística de paridade de armas, apresenta-se como "método

40. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 1986. p. 77-78.

41. RICCIO, Giuseppe. *La Procedura Penale*: tra storia e politica. Napoli: Editoriale Scientifica, 2010. p. 128.

gnosiológico",[42] reverberando diretamente sobre as situações jurídicas objeto do procedimento, especialmente sobre as relações dispostas sobre os atores processuais.[43] E, nesse ponto, em sendo método e não um princípio,[44] o contraditório se afigura indispensável para se produzir o saber processual, o que permite garantir a correição do procedimento e a confiabilidade dos resultados.[45]

Em assim sendo conectado ao próprio direito de defesa como fonte de prova ou como metodologia de produção do saber processual, o contraditório se insere também no campo da imparcialidade do juiz, justamente à medida que possibilite a manifestação dessas dimensões.[46] A garantia do contraditório nessas duas facetas corresponde, portanto, a mais do que um direito público subjetivo das partes de intervir na produção da prova, seja por meio de sua indicação (direito à prova), seja mediante a submissão a uma técnica de falsificação/confirmação das hipóteses. A categoria do contraditório, como aspecto fundante do processo contemporâneo, apresenta-se como mecanismo de avaliação da maior garantia objetiva da jurisdição, o princípio da imparcialidade. Em resumo, uma atuação do magistrado em dissonância com os marcos epistemológicos do contraditório (ação, reação e não surpresa às partes) ou em ofensa ao direito à prova não pode ser considerada imparcial.[47] É nesse sentido que o contraditório pode se subsumir em uma garantia da regularidade do processo, como destaca Ferrua.[48]

No caso em concreto, a situação se agrava à medida que em sendo o contraditório um imperativo para a validade da sentença – regularidade e imparcialidade do órgão jurisdicional – como poderia o juiz fundamentar a sua decisão condenatória em elementos probatórios que não foram submetidos ao contraditório? Importante sublinhar nesse ponto: em não sendo o contraditório um "princípio genérico" que se desenvolve como mera garantia da participação dos sujeitos processuais na produção da prova, mas verdadeira

42. RICCIO, Giuseppe. *La Procedura Penale*: tra storia e politica. Napoli: Editoriale Scientifica, 2010. p. 128.

43. "A previsão de nível constitucional do contraditório para a prova exime da tarefa de ilustrar, mesmo que apenas para acenar, as razões que subentendem a escolha de elevá-lo a método exclusivo de produção do conhecimento, mesmo com limitadas e taxativas exceções que não atingem a sua centralidade" (MAFFEO, Vania. *L'Esame Incrociato Tra Legge e Prassi*. Padova: CEDAM, 2012. p. 01).

44. FERRUA, Paolo. *La Prova nel Processo Penale*. Torino: Giapichelli, 2015. v. I. p. 107.

45. MAFFEO, Vania. *L'Esame Incrociato Tra Legge e Prassi*. Padova: CEDAM, 2012. p. 02.

46. DINACCI, Filippo Raffaele. *Il Contradittorio Per la Prova nel Processo Penale*. Padova: CEDAM, 2012. p. 27.

47. MARCOLINI, Stefano. *Il Principio di Correlazione tra Accusa e Sentenza*. Pisa: Pacini Editore, 2018. p. 18; CAPONE, Arturo. *Iura Novit Curia*: studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale. Padova: CEDAM, 2010. p. 63.

48. "O contraditório não figura como simples direito individual [...] mas como garantia objetiva, condição de regularidade do processo" (FERRUA, Paolo. *La Prova nel Processo Penale*. Torino: Giapichelli, 2015. v. I).

técnica de produção de um saber processual, o contraditório se manifesta na sua relação com a produção da prova e na dimensão de sua valoração. Nesse ponto, o Ministério Público, quando postula a absolvição do acusado, não exercitou conduta dialeticamente oposta à da defesa, nem tampouco exercitou efetivamente o contraditório, pois há evidente linha de convergência entre a sua opinião e a da defesa.[49]

Analisando o caso argentino, Martinez se questiona: como será possível à defesa reagir a argumentos que sequer foram exteriorizados pelo Ministério Público?[50] Em não se manifestando o Ministério Público pela condenação do acusado e, para além, não exteriorizando quaisquer questões sobre os elementos processuais coligidos, o acusado condenado pelo juiz vem a tomar conhecimento das razões pelas quais fora condenado unicamente após a sua manifestação e unicamente para fins de recurso. Há flagrante violação à dimensão do contraditório como "não surpresa", uma vez que os argumentos pelos quais fora condenado lhes foram subtraídos de questionamento em primeiro grau.

Outro ponto que merece destaque nesse tópico diz respeito à tutela do princípio do contraditório por meio da *mutatio libelli*. O Código de Processo Penal brasileiro não autoriza o magistrado, evidenciando o surgimento de elemento novo durante a instrução, condenar o acusado sem que a acusação tenha incorporado tal elementar ao conteúdo da denúncia. Em linhas gerais, o instituto do aditamento é responsável por garantir o princípio do contraditório, estabelecendo uma uniformidade entre a acusação e a sentença, denominada de princípio da correlação.[51]

Analisando o art. 384 do Código de Processo Penal brasileiro e a sistemática do art. 385 do mesmo diploma, perceptível uma situação que, para dizer o mínimo, é anômala. A legislação veda ao juiz reconhecer contra o acusado elementar não contida expressamente na denúncia, a fim de viabilizar o exercício do contraditório. Contudo, consoante já demonstrado, o art. 385 possibilita ao juiz condenar o acusado quando não há valoração da prova em contraditório, isto é, quando o Ministério Público deixa de oferecer razões pelas quais deveria ser o acusado condenado.

Além do mais, a necessidade de obediência ao princípio da correlação entre acusação e sentença também possui, além do contraditório, outro fundamento. Trata-se, como bem demonstrado por Badaró, do princípio da inércia da jurisdição: "do *ne procedat iudex ex officio* deriva que o juiz não pode prover sem que haja um pedido e, como

---

49. Nesse sentido é a opinião de Geraldo Prado: "é nula a sentença condenatória proferida quando a acusação opina pela absolvição" (PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*: a conformidade das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 116).

50. MARTINEZ, Santiago. *La Acusación Como Presupuesto Procesal y Alegato Absolutorio del Ministerio Público Fiscal*: observaciones sobre una cuestión recurrente. Buenos Aires: Fabián Di Plácido, 2003.

51. "A regra da correlação entre acusação e sentença é uma decorrência do princípio do contraditório" (BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 28). Igualmente importante é a crítica de MALAN, Diogo Rudge. *A sentença incongruente no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

consequência, daí decorre outro princípio: o juiz não pode prover diversamente do que lhe foi pedido".[52] Em sendo assim, a garantia da inércia da jurisdição não apenas recobre a formal separação entre órgãos (que se formula nos termos da necessidade de órgão diverso para promover a ação penal), mas garante que não se possam reunir, em torno de apenas um só sujeito, distintos poderes que deveriam pertencer a agentes diversos. Como visto, de nada adiantaria a garantia de se proteger o acusado – oferecendo-lhe o contraditório – contra uma alteração no plano fático da acusação quando, como é o caso do art. 385 do CPP, torna-se possível alijar do acusado a integralidade do aspecto dialético do contraditório, ao vir a conhecer os elementos que informaram a sua condenação apenas após a prolação da sentença condenatória.

Quando o Ministério Público se abstém de formular pedido de condenação há verdadeiro esvaziamento da própria pretensão processual, quiçá impedindo o exercício da jurisdição, pela ausência de conflito.

Aliás, nesse sentido, a *Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal da Argentina*[53] cassou decisão de primeiro grau que condenou o réu por crime sexual, absolvendo o acusado. Nesse sentido, o juiz Magariños anotou que o pressuposto fundamental para a prolação de uma sentença é o de que o acusador sustente uma imputação (de acordo com o art. 393 do Código de Processo Penal argentino, sendo vedado ao Poder Judiciário sustentar uma acusação). O juiz Magariños também sinalizou que há verdadeiro impedimento ao exercício jurisdicional quando há pedido de absolvição feito pelo Ministério Público. Por seu turno, o juiz Pablo Jantus sinalizou que ocorre violação ao sistema acusatório (especialmente ao art. 120 da Constituição Argentina) tendo em vista que o processo penal é desenhado em consonância com um conflito de interesse, que é o elemento base para a caracterização de um terceiro imparcial. O juiz Carlos Mahiques, por fim, aderiu ao voto dos colegas sustentando novamente a hipótese de impedimento do exercício jurisdicional diante do não exercício da pretensão processual penal pelo Ministério Público.

Nesse sentido, o art. 385 do Código de Processo Penal brasileiro viola o art. 5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

4.2. A ofensa do art. 385 do CPP à presunção de inocência como regra de juízo

Além da ofensa ao princípio do contraditório, a admissão da norma contida no art. 385 do Código de Processo Penal brasileiro traz um segundo grave problema. Veja-se que estando o Ministério Público convencido de que não há crime ou de que o réu não

52. BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 36.

53. CÁMARA Nacional de Casación Penal de la Capital Federal condena con pedido de absolución del fiscal. Revocación Y Absolución. Principio Acusatorio. *Revista Pensamiento Penal*, 04.05.2017. Disponível em: [www.pensamientopenal.com.ar/fallos/45274-condena-pedido-absolucion-del-fiscal-revocacion-y-absolucion-principio-acusatorio]. Acesso em: 29.08.2019.

concorreu para o crime, por isso pedindo absolvição, a condenação prolatada pelo juiz (após subtraírem-se os argumentos do contraditório) caracteriza uma relativização da presunção de inocência, mormente em sua feição de "norma de juízo".

Como acentuara Illuminati, a presunção de inocência corresponde a uma norma que pode ser subdividida em três aspectos: a) norma probatória, responsável pela distribuição do ônus da prova; b) norma de tratamento, a qual corresponde à noção constitucional de que ninguém pode ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; e c) norma de juízo, que se confunde com o adágio *in dubio pro reo*.[54] Na regulação do Código de Processo Penal de 1930, especialmente no que diz respeito à presunção de inocência, Illuminati afirmará que apesar de ser uma técnica legislativa, difícil deixar de notar o tratamento das causas de absolvição como uma exceção e a condenação como regra. Porém, a lógica da presunção de inocência deveria ser diversa,[55] mormente em um sistema democrático de processo penal. A mesma excepcionalização dos direitos dos indivíduos no sistema processual penal brasileiro pode ser encontrada, *verbi gratia*, na própria terminologia que define a "liberdade provisória", jogo de linguagem no qual é possível claramente concluir-se que se a liberdade é provisória, a prisão é a regra.

Em um primeiro momento, o contraditório é condição essencial de um processo de partes. E, da mesma maneira, a separação das funções entre juiz e acusador, além da presença do contraditório são condições essenciais da presunção de inocência. Não é possível a observância de uma regra de juízo como o *in dubio pro reo* no seio de um processo que não respeita a separação de funções. A própria Exposição de Motivos do Código de Processo Penal dá uma clara ideia do nível de refutação da presunção de inocência. Nas palavras do Ministro da Justiça signatário, Francisco Campos:

> "As nulidades processuais, reduzidas ao mínimo, deixam de ser o que têm sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoa a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça. É coibido o êxito das fraudes, subterfúgios e alicantinas. É restringida a aplicação do in dubio pro reo. É ampliada a noção do flagrante delito, para o efeito da prisão provisória. A decretação da prisão preventiva, que, em certos casos, deixa de ser uma faculdade, para ser um dever imposto ao juiz, adquire a suficiente elasticidade para tornar-se medida plenamente assecuratória da efetivação da justiça penal."

54. ILLUMINATI, Giulio. *La Presunzione D'Innocenza Dell'Imputato*. Bologna: Zanichelli, 1979. No Brasil, a mesma tripartição pode ser encontrada em MORAES, Mauricio Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

55. ILLUMINATI, Giulio. *La Presunzione D'Innocenza Dell'Imputato*. Bologna: Zanichelli, 1979. p. 124.

Deve-se notar, pois, que o art. 385 do Código de Processo Penal se insere nesse cenário, o de um código de processo penal que não reconhece a presunção de inocência – e que opera assim como detectado por Illuminati ao comentar o *Codice Rocco*: uma legislação que fomenta e trata a condenação como regra. É justamente num mecanismo que opera com a ordinariedade da condenação que pode fazer sentido o art. 385 do CPP, subtraindo a pretensão processual até mesmo do próprio titular da ação penal.

Quando se verifica a divisão de opiniões entre dois órgãos do mesmo Estado – promotor e juiz – há inequívocas razões para se presumir ser a condenação temerária. Efetivamente, o que diferencia a posição do Ministério Público daquela função jurisdicional exercida pelo magistrado não é uma hierarquia, mas tão somente a divisão e especialização funcional. Dar ao juiz a possibilidade de condenar o acusado quando o órgão acusador postula a absolvição corresponde a hierarquizar as funções, correspondendo justamente ao espírito tutelar do Poder Judiciário em relação ao Ministério Público, que, no período da codificação brasileira, estava submetido ao órgão executivo.

Com efeito, a norma contida no art. 385 do Código de Processo Penal brasileiro é naturalmente incompatível com a presunção de inocência. Dos três sujeitos envolvidos na relação de direito processual penal, apenas um deles – o julgador que deveria ser imparcial – opina e emite juízo condenatório. A possibilidade de o juiz condenar em flagrante descompasso com a acusação não permite cogitar-se de observância à presunção de inocência, que exige provas estremes de dúvida para efeitos de condenação.

Além do mais, caberia ao juiz, como corolário indefectível da presunção de inocência, prolatar uma condenação apenas quando todas as hipóteses de absolvição forem testadas e falharem em oferecer um resultado condizente com as circunstâncias fáticas encontradas no corpo processual. Havendo ao menos uma hipótese passível de sustentar a dúvida, deveria o magistrado optar pelo *favor rei* e não o contrário, condenando o acusado quando nem mesmo o acusador se manifestou em prol da pretensão acusatória".[56] Ainda, nas palavras de Badaró:

> "Se, ao final do processo, o representante do Ministério Público tiver certeza da inocência do acusado, ou mesmo se estiver em dúvida razoável sobre sua culpa em sentido lato, o que deverá fazer? Seria ilegal e ilegítimo, diante da garantia constitucional da

56. "Daqui, o valor da separação, segundo um esquema triangular, entre acusação, defesa e juiz; se a acusação tem o ônus de descobrir hipóteses e provas e a defesa tem o direito de contraditar com contra-hipóteses e contraprovas, o juiz, cujos hábitos profissionais são a imparcialidade e a dúvida, tem a tarefa de ensaiar todas as hipóteses, aceitando a acusatória apenas se está provada e não a aceitando conforme o critério pragmático do *favor rei*, não apenas quando resulta desmentida mas também se não são desmentidas todas as hipóteses a ela conexas" [tradução nossa] (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*: teoria del garantismo penal. 6 ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 152).

presunção de inocência, manter a pretensão processual formulada, concluindo seu exercício com um pedido de condenação."[57]

5. O objeto do processo: esvaziamento do objeto do processo no caso de pedido de absolvição

Outro aspecto que merece atenção diz respeito à desobediência à melhor técnica e desrespeito aos conceitos básicos de direito processual penal. Partindo-se da concepção de Guasp Delgado de que o processo é "uma série ou sucessão de atos destinados à atuação de uma pretensão fundada mediante a intervenção dos órgãos do Estado instituídos especialmente para isso",[58] facilmente se constata o papel exercido pela pretensão no direito processual. A pretensão corresponde ao objeto do processo nesse ponto. Considera-se o objeto do processo como "a matéria sobre a qual recai o complexo de elementos que o integram".[59]

No campo processual penal, o objeto do processo corresponderá a uma pretensão jurídica que é essencialmente acusatória. E a finalidade própria do processo é a satisfação de pretensões. No campo processual penal, a pretensão postulada pelo Ministério Público é a de submeter alguém ao processo, possibilitando ao Poder Judiciário declarar-se a culpabilidade ou a inocência do acusado (princípio da inércia da jurisdição). A pretensão, enquanto declaração petitória, implica o reconhecimento de que cabe ou assiste ao Estado um poder de acusar.[60] A declaração petitória possibilita o conhecimento, por parte do órgão jurisdicional, de determinada matéria (daí a lição de Guasp Delgado acerca do objeto do processo enquanto a matéria sobre a qual recai o complexo de elementos que o integram). Assim, o provimento jurisdicional concretiza-se menos como o reconhecimento de um direito subjetivo cuja adjudicação foi requerida pelo órgão acusador (*jus puniendi*) do que uma consequência jurídica atribuível ao fato tido como criminoso, movido por uma pretensão acusatória.

O art. 385 do Código de Processo Penal brasileiro, para além de todos os elementos políticos já enfrentados, peca pela orientação técnica atrasada, pois parte do pressuposto de que o objeto do processo é a ação. Todavia, a ação não pode ser compreendida como

57. BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 547.

58. GUASP DELGADO, Jaime. *Concepto y Método de Derecho Procesal*. Madrid: Civitas, 1997. p. 25.

59. GUASP DELGADO, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil*. 6. ed. Madrid: Civitas, 2003. p. 237.

60. Esse "poder de acusar", tal qual sugerido por Chiovenda, trata-se de uma faculdade, de uma *potestas*, que implica sujeitar outrem. Todavia, o pecado da concepção de Chiovenda reside em ser um direito dirigido "perante o adversário" (CHIOVENDA, Giuseppe. *A ação no sistema dos direitos*. Belo Horizonte: Lider, 2003. p. 21). Note-se que Chiovenda dirige seu pensamento para o direito processual civil e aqui estamos redirecionando suas lições ao processo penal.

objeto do processo, pois ela é, no direito processual penal, não um direito pertencente ao Estado, mas um poder, esgotando-se a partir do recebimento da declaração petitória estatal (a denúncia) ou do querelante.[61] Justamente por isso não se pode sustentar ser a ação o objeto do processo.

Do delito nasce um poder de submeter o acusado à jurisdição por meio da ação (*jus ut procedatur*) e o poder punitivo (como direito potestativo de condenar o acusado) do Estado, que possuem naturezas jurídicas diversas. Dessa maneira, pode-se sustentar, em consonância com Lopes Júnior, que "o objeto do processo penal é uma pretensão acusatória, pois a ação deve ser vista como um direito ao processo – *ius ut procedatur*".[62] Todavia, se o Ministério renuncia ao exercício dessa pretensão que constitui o objeto do processo, o que ocorre é o próprio esvaziamento de seu conteúdo. Sem uma pretensão exercitada, como poderia o Estado condenar o acusado? O pedido de absolvição feito pelo Ministério Público equivale à renúncia ao exercício da pretensão processual, ou seja, abstém-se de promover o próprio objeto do processo, violando, inclusive, o sistema acusatório de *ranking* constitucional.[63]

Uma interpretação constitucional conforme afasta por completo a relação comumente trazida entre o art. 42 do Código de Processo Penal brasileiro e o art. 385 em comento. Isso porque quando o CPP afirma que o Ministério Público não pode desistir da ação penal, isso equivale, em nosso sentir, à impossibilidade de deixar de promover a ação penal ou requerer o arquivamento nos casos de infrações penais cuja iniciativa processual é pública. Uma situação muito diferente daquela na qual ele não pode "desistir" do processo. Até mesmo pelo fato de que a ação se esgota com o recebimento da denúncia, o que torna o seu conteúdo inútil – tendo em vista a precária técnica usada bem como o anacronismo no tratamento de certos institutos. A ação não é o objeto do processo. O objeto do processo é a pretensão processual. Portanto, ser o Ministério Público titular da ação penal de iniciativa pública não guarda relação com o exercício da pretensão processual.

A ação é meramente o instrumento jurídico para se levar ao conhecimento da autoridade judiciária a prática de um fato criminoso, delimitando-o. Portanto, o objeto da ação é uma imputação. Como afirma Badaró, "se o Ministério Público é o titular da pretensão processual, e se ela se coloca ao longo de todo o processo, impedi-lo de desistir da pretensão ou retirá-la é conferir-lhe uma titularidade limitada ou manietada".[64]

---

61. "A ação se esgota com o próprio exercício, o qual é todo na vontade do titular da ação, enquanto este pode contar com a atuação da lei" (CHIOVENDA, Giuseppe. *A ação no sistema dos direitos*. Belo Horizonte: Lider, 2003. p. 22).

62. LOPES JÚNIOR, Aury. (Re)Discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 39, jul.-set. 2002. p. 118.

63. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1096.

64. BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 547.

A ausência ou a retirada da pretensão processual torna o processo vazio, não havendo o que a autoridade judiciária julgar.[65] A ausência do objeto processual, derivada do não exercício da pretensão, impede o juiz de se manifestar sobre aquilo que não existe.[66]

6. *Withdrawal* e a reconfiguração da indisponibilidade da ação penal: a necessária interpretação evolutiva do art. 385 do CPP

Os sistemas jurídicos contemporâneos têm admitido cada vez mais a autonomização do papel dos atores processuais, em especial o Ministério Público.[67] Em primeiro lugar,

65. "O Ministério Público tem o poder de permitir ou não o julgamento da pretensão processual, mantendo-a, como pedido condenatório, ou retirando-a, com sua manifestação absolutória. Mas não pode dizer ao juiz como julgar. Mantida a pretensão, o juiz a julgará. Sem a pretensão, haverá uma extinção do processo sem julgamento do mérito, pois este, veiculado na pretensão processual, não mais estará posto e passível extinção do processo sem julgamento do mérito. Evidente que, em tal caso, não será possível a repropositura de uma ação penal idêntica à primeira, pelos mesmos fatos e contra o mesmo acusado. Haverá, pois, uma extinção absoluta da pretensão processual quanto àquele conteúdo" (BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 458).

66. Em decisão inspiradora da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, tem-se: "Recurso em sentido estrito – Pronúncia – Absolvição dos réus decretada – Pedido de absolvição apresentado pelo Ministério Público em alegações finais – Vinculação do julgador – Sistema acusatório.

I – Deve ser decretada a absolvição quando, em alegações finais do Ministério Público, houver pedido nesse sentido, pois, neste caso, haveria ausência de pretensão acusatória a ser eventualmente acolhida pelo julgador,

II – O sistema acusatório sustenta-se no princípio dialético que rege um processo de sujeitos cujas funções são absolutamente distintas, a de julgamento, de acusação e a de defesa. O juiz, terceiro imparcial, é inerte diante da atuação acusatória, bem como se afasta da gestão das provas, que está cargo das partes. O desenvolvimento da jurisdição depende da atuação do acusador, que a invoca, e só se realiza validade diante da atuação do defensor.

III – Afirma-se que, se o juiz condena mesmo diante do pedido de absolvição elaborado pelo Ministério Público em alegações finais está, seguramente, atuando sem necessária provocação, portanto, confundindo-se com a figura do acusador, e ainda, decidindo sem o cumprimento do contraditório.

IV – A vinculação do julgador ao pedido de absolvição feito em alegações finais pelo Ministério Público é decorrência do sistema acusatório, preservando a separação entre as funções, enquanto que a possibilidade de condenação mesmo diante do espaço vazio deixado pelo acusador, caracteriza o julgador inquisidor, cujo convencimento não está limitado pelo contraditório, ao contrário, é decididamente parcial ao ponto de substituir o órgão acusador, fazendo subsistir uma pretensão abandonada pelo Ministério Público" (TJ/MG, 5ª CC, RESE 1.0024.05.702576-9/001: rel. des. Alexandre Victor de Carvalho, j. em 13.10.2009).

67. Cf. LANGER, Maximo; SKLANSKY, David Alan. *Prosecutors and Democracy*: a cross-national study. New York: London: Cambridge University Press, 2017.

nota-se a expansão dos mecanismos negociais de justiça,[68] que também afetou o Brasil, especialmente por meio da Lei 9.099/95, que dispõe sobre a transação penal (art. 76) e a suspensão condicional do processo (art. 89), além da mais recente forma negocial, a colaboração premiada (que possui diversas formas, sendo a mais famosa delas aquela prevista na Lei 12.850/13). Além desses institutos, a nova redação dada ao artigo 28-A do CPP reconheceu a validade do acordo de não persecução penal, que era objeto de Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público e que permite a imposição de penas restritivas de direito com a manifestação de vontade do imputado.

Sem pretender exaustão com esses exemplos, a justiça criminal contemporânea se desloca para a admissão de mais elementos que autorizam as partes a celebrar acordos em matéria penal. Mais especificamente na América Latina, Chile (2000) e Uruguai (2017) introduziram diversos mecanismos de conformidade no seio de seus novos códigos processuais penais, ampliando os espaços de consenso.

Esse cenário, por si só, demonstra o atraso do art. 385 do Código de Processo Penal, pois em diversos campos do processo penal se tem admitido ao Ministério Público a renúncia manifesta à pretensão processual, como nos casos de transação e suspensão condicional do processo (e agora no acordo de não persecução penal). A possibilidade de o juiz impedir o Ministério Público de renunciar à pretensão processual não pode ser considerada consentânea a um processo de índole acusatória, pois impõe uma mistura de funções que termina por desajustar o sistema. Também por ser francamente incompatível com as profundas mudanças no sistema de administração de justiça criminal, como já aventado.

Para além do cenário, calha trazer à baila os itens 56 e 12 da Declaração de Bordeaux (Opinião Consultiva 12 do Conselho Consultivo dos Juízes Europeus e 04 do Conselho Consultivo dos Promotores Europeus), que estabelecem diretrizes fundamentais quanto ao fortalecimento de um sistema acusatório de processo penal. No item 56 da Declaração, pode-se encontrar que

> "os promotores não deverão iniciar ou continuar uma persecução e deverão fazer todos os esforços para impedir procedimentos quando uma investigação imparcial ou uma revisão da prova demonstrar que a acusação é infundada."[69]

Por seu turno, o item 12 da referida Declaração estabelece que os promotores "não devem iniciar ou continuar uma persecução quando uma investigação imparcial baseada em prova disponível demonstra que a acusação é infundada".

68. LANGER, Maximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, [S.l.], v. 2, n. 3, dez. 2017. Disponível em: [http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41]. Acesso em: 28.08.2019.

69. COUNCIL OF EUROPE. Opinion No.12 (2009) and OPINION No. 4 (2009). 08.12.2009. Disponível em: [https://rm.coe.int/1680747391]. Acesso em: 29.08.2019.

Em inúmeros países existe a possibilidade de o promotor de justiça retirar a acusação ou negociá-la com maior ou menor liberdade, como no sistema americano (*voluntary dismisal*), no sistema alemão (em crimes de menor ofensividade, de acordo com os artigos 153 e 154 da *StPO*), na Itália, por meio do instituto do *pattegiamento* (previsto no art. 444 do *Codice di Procedura Penale*), na Espanha por intermédio do instituto da *conformidad* (previsto no art. 655, 688, 784.3 e 787 da *Ley de Enjuiciamiento Penal*).

Há uma tendência internacional no sentido de se reduzir a rigidez de modelos processuais, especialmente aqueles do sistema continental. Seja como for, a autorização para que o juiz condene quando o próprio Ministério Público, titular exclusivo da ação penal, pede absolvição é, por muitas razões, um resquício inadmissível de uma cultura inquisitorial, incompatível com a maior autonomia requerida para o pleno desenvolvimento do papel da acusação na contemporaneidade.

Assim, o art. 385 do Código de Processo Penal situa-se no polo oposto das tendências mundiais em torno do processo penal. O próprio sistema processual penal brasileiro, nos últimos anos, vem reconhecendo a necessidade de o Ministério Público possuir maior independência com relação ao oferecimento de denúncia e ao desenvolvimento do processo. O art. 385, portanto, constitui-se como uma forma obsoleta de distribuição de funções no processo penal, atuando o juiz como uma espécie de ator tutelar do Ministério Público, desconfiança essa que não deve subsistir em Estados Democráticos de Direito.

7. Conclusão

Como referido durante este estudo, o art. 385 do Código de Processo Penal é incompatível com o atual estágio do direito processual penal brasileiro. E isso por uma série de razões que foram apontadas.

Em um primeiro momento, há flagrante violação ao sistema acusatório, que determina não apenas que esse órgão seja distinto daquele julgador. Essa interpretação fraca do sistema acusatório é insuficiente. Para além da necessidade de indivíduos distintos a coordenar cada uma das importantes atividades processuais, a acusação e o magistrado devem possuir papéis muito bem definidos, de modo a que não ocorram inversões de funções, sobrecarregando e onerando um ao outro.

A separação de funções corresponde ao corolário básico de todo processo criminal. Admitir-se que o juiz possa condenar o acusado quando nem mesmo o órgão acusatório está convencido do crime e/ou de sua autoria corresponde a uma fustigação injustificável na tendência acusatória que se verifica em nível internacional, que demonstra o reforço da autonomia e independência do Ministério Público.

Como também asseverado, após a Constituição da República de 1988, não mais se legitima a desconfiança que recai sobre o órgão acusador na estrutura do código de processo penal brasileiro. No contexto histórico de sua formulação, em pleno regime estadonovista e com o Ministério Público submetido ao Poder Executivo, talvez a atuação do

magistrado em nível suplementar ao da acusação encontrasse qualquer espécie de conforto político. Entretanto, com os amplos poderes, legitimidade e independência conquistadas pelo Ministério Público e consolidadas na Constituição da República e na Lei Orgânica do Ministério Público, poucas justificativas podem acudir uma interpretação gramatical ou de mera sintaxe a respaldar a sobrevivência umbrática do art. 385 do Código de Processo Penal brasileiro.

O sistema acusatório – e os efeitos que o reforçam a partir de inúmeras reformas que vêm se sucedendo – indica o caminho da autonomização, e não o contrário, o do engessamento das instituições. Se, por um lado, o Ministério Público encontra limites em sua atuação, mormente no princípio da legalidade e na própria atuação do Poder Judiciário em coibir excessos, existem fatores fortes o suficiente para crer que a mantença da eficácia do art. 385 do CPP coloca o Brasil no conjunto de países refratários tanto à modernização do sistema de justiça criminal quanto à supressão de ranços inquisitórios incompatíveis com o nível cultural de evolução processual penal. Vale dizer: afastar a validade do art. 385 do CPP é uma questão não apenas jurídica ou política, mas civilizacional, empurrando para o exílio mais uma engrenagem que apenas pode subsistir em uma compreensão inquisitorial do sistema processual penal brasileiro.

A possibilidade de o juiz impedir o Ministério Público de renunciar à pretensão processual não pode ser considerada consentânea a um processo de índole acusatória, pois impõe uma mistura de funções que termina por desajustar o sistema. Portanto, como primeira conclusão, o art. 385 do Código de Processo Penal brasileiro viola o sistema acusatório.

Como examinado oportunamente, o art. 385 do Código de Processo Penal brasileiro mina o exercício do método do contraditório, por impossibilitar o pleno exercício dialético de confutação dos argumentos lançados para sustentar-se uma condenação.

A ação não é o objeto do processo. O objeto do processo é a pretensão processual. O Ministério Público ser o titular da ação penal de iniciativa pública não guarda relação com o exercício da pretensão processual. A ação é meramente o instrumento jurídico para se levar ao conhecimento da autoridade judiciária a prática de um fato criminoso, delimitando-o. Portanto, o objeto da ação é uma imputação. A ausência ou a retirada da pretensão processual torna o processo vazio, não havendo o que a autoridade judiciária julgar. A ausência do objeto processual, derivada do não exercício da pretensão, impede o juiz de se manifestar sobre aquilo que não existe. Assim, a atuação tutelar do juiz em verdadeira ocupação da posição de acusador autoriza falar-se em uma comistão indevida de funções, decerto inadmissível no modelo acusatório emanado do Estado Democrático de Direito, o que afeta igualmente o princípio básico da imparcialidade. Dessa maneira, como segunda conclusão desse estudo, pode-se afirmar que o art. 385 do CPP viola o art. 5º, LV, da Constituição da República, ao romper com a dialética processual e o método epistêmico do processo penal acusatório, retirando-se conteúdo fundamental do debate à possibilidade de refutação.

Ademais, essa comistão ilegítima de funções acaba por ofender o art. 8.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (ratificada pelo Brasil e internalizada por meio do Decreto 678, de 1992), especialmente quando define o direito a um juízo imparcial.[70]

Tem-se ainda que a análise do princípio da presunção de inocência como regra de juízo é maculada pela aplicação do art. 385 do Código de Processo Penal brasileiro. Havendo manifestação de órgão público pela absolvição, e considerando que o Ministério Público se guia pela legalidade – tanto que é considerado fiscal da lei – não há elementos que possam dissipar a dúvida sobre a melhor solução penal. Por um lado, há o conflito de dois agentes públicos, em que a solução – a do *favor rei* – deve ser adotada. Por outro, não podendo a dúvida ser dissipada, exatamente pelo fato de o órgão acusatório postular a absolvição, tem-se ofensa ao disposto no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, que disciplina a solução absolutória no processo penal. Em síntese, constata-se ofensa à presunção de inocência, garantida no art. 5º, LVII, da Constituição da República e ao art. 386, VII, do Código de Processo Penal brasileiro.

Como demonstrado neste artigo, o exercício da jurisdição, mediante uma sentença condenatória sem que tenha havido a promoção da pretensão processual penal caracteriza esvaziamento do objeto do processo. Essa situação jurídica, na qual o Ministério Público deve eximir-se de seguir adiante com investigações ou procedimentos processuais penais não fundados sobre provas substanciais – porque legítimas ou insuficientes – aparece como uma conclusão importante na Declaração de Bordeaux, que envolve as resoluções europeias dos conselhos consultivos de juízes e promotores naquele continente. Mais especificamente, na Declaração de Bordeaux, nos itens 12 e 56, verifica-se orientação diametralmente oposta à adotada pelo Código de Processo Penal brasileiro, sinalizando que, evidentemente, o Brasil anda na contramão da tendência mundial nas reformas acusatórias em nível transnacional. Portanto, como conclusão, também é possível afirmar-se que há uma forte tendência internacional na autonomização e independência funcional do Ministério Público em diversas jurisdições, não cabendo ao Poder Judiciário um papel supletivo e subsidiário de controle sobre as atividades desse órgão no que diz respeito à condução de procedimentos criminais. Assim, representa o art. 385 do Código de Processo Penal brasileiro um injustificado dispositivo que coloca o Brasil em posição refratária à evolução dos sistemas de administração da justiça criminal, em flagrante desalinho às mais avalizadas reformas em sentido acusatório operadas neste e em outros continentes.

70. 1. 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, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Referências bibliográficas

BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.

BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

BACIGALUPO, Enrique. *El Debido Proceso Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. Bauru: EDIPRO, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BUENO, Roberto. *Francisco Campos e o conservadorismo autoritário*. Brasília: Edições do Senado Federal, 2019.

CAMPOS, Francisco. *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal Brasileiro*. Brasil, 1941.

CAPONE, Arturo. *Iura Novit Curia*: studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale. Padova: CEDAM, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. *A ação no sistema dos direitos*. Belo Horizonte: Lider, 2003.

CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. Torino: UTET, 1986.

CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000. v. II.

DINACCI, Filippo Raffaele. *Il Contraddittorio Per la Prova nel Processo Penale*. Padova: CEDAM, 2012.

FARIÑAS DULCE, Maria José. *El Problema de la Validez Jurídica*. Madrid: Civitas, 1991.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías*: la ley del más débil. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*: teoria del garantismo penal. 6. ed. Madrid: Trotta, 2004.

FERRUA, Paolo. *La Prova nel Processo Penale*. Torino: Giapichelli, 2015. v. I.

FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

FOUCAULT, Michel. *O governo dos vivos*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GARRAUD, René. *Traité Théorique et Pratique D'Instruction Criminelle et de Procédure Pénale*. Paris: Librairie Recueil Sirey, 1912. t. III.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*: problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Europa-América, 1935.

GUASP DELGADO, Jaime. *Concepto y Método de Derecho Procesal*. Madrid: Civitas, 1997.

GUASP DELGADO, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil*. 6. ed. Madrid: Civitas, 2003.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

ILLUMINATI, Giulio. *La Presunzione D'Innocenza Dell'Imputato*. Bologna: Zanichelli, 1979.

JARDIM, Afrânio da Silva. *Direito Processual Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LANGER, Maximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, [S.l.], v. 2, n. 3, dez. 2017. Disponível em: [http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41]. Acesso em: 28.08.2019.

LANGER, Maximo; SKLANSKY, David Alan. *Prosecutors and Democracy*: a cross-national study. New York: London: Cambridge University Press, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. (Re)Discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 39, p. 103-124, jul.-set. 2002.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAFFEO, Vania. *L'Esame Incrociato Tra Legge e Prassi*. Padova: CEDAM, 2012.

MALAN, Diogo Rudge. *A sentença incongruente no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MARCOLINI, Stefano. *Il Principio di Correlazione tra Accusa e Sentenza*. Pisa: Pacini Editore, 2018.

MARTINEZ, Santiago. *La Acusación Como Presupuesto Procesal y Alegato Absolutorio del Ministerio Público Fiscal*: observaciones sobre una cuestión recurrente. Buenos Aires: Fabián Di Plácido, 2003.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. t. III.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. I.

MEDEIROS, Jarbas. Introdução ao estudo do pensamento político autoritário brasileiro, 1914/1945. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, n. 17, v. 1, 1974.

MORAES, Mauricio Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro:* análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NOGUEIRA, Lucas Gabriel Corrêa; NOGUEIRA, Rafael Fecury. A (des)vinculação do magistrado ao pedido de absolvição do réu pugnado pelo

Ministério Público em ação pública. *Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará*. Disponível em: [www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/10/9-ARTIGO-ED-3.pdf]. Acesso em: 14.08.2020.

OST, François; KERCHOVE, Michel van de. *Elementos para una teoría crítica del Derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001.

PISAPIA, Gian Domenico. *Appunti di Procedura Penale*. Milano: Cisalpino-Goliardica, 1973. v. I.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*: a conformidade das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico*: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

RICCIO, Giuseppe. *La Procedura Penale*: tra storia e politica. Napoli: Editoriale Scientifica, 2010.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.

SBRICCOLI, Mario. Le Mani nella Pasta e Gli Occhi al Cielo: la penalistica italiana negli anni del fascismo. In: *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. Milano: Giuffrè, 1999. v. 28. t. II.

SBRICCOLI, Mario. *Caratteri Originari e Tratti Permanenti del Sistema Penale Italiano (1860 – 1990)*. Disponível em: [www.lex.unict.it/sites/default/files/files/Biblioteca/letture/Sbriccoli.pdf]. Acesso em: 11.08.2020.

TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. t. I.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Separação de poderes e processo inquisitório – incompatibilidade, de José Roberto Antonini – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 1/239-250 (DTR\2012\450155).

Veja também Legislação relacionada ao tema

- Art. 385 do CPP (LGL\1941\8).

A pena nos tempos do cólera

Punishment in the time of Cholera

Nilo Batista

Professor titular de direito penal que foi da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade Candido Mendes.
ORCID: [orcid.org/0000-0001-5512-4412].
nilobatista@nb-advs.com.br

Autor convidado

Para Sérgio Salomão Shecaira,
em testemunho de velha amizade e admiração.

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: Palestra de encerramento proferida no 26º Seminário Internacional do IBCCRIM. O estudo se inicia abordando o aspecto punitivo das pandemias. Em seguida, são delineadas as principais características do *Prodigium angoris*, o vírus que aflige o Brasil há cerca de trinta anos, marcado pela crença absoluta e inabalável na pena como panaceia para todos os males. É abordada também a esterilidade das teorias legitimantes da pena, as quais ignoram que a pena enquanto tal não existe, pois é sempre histórica e socialmente condicionada. Neste campo, atualmente o verdadeiro embate se dá entre as teorias legitimantes da pena (em todas as suas variantes) e as teorias deslegitimantes da pena, as quais se ocupam de desvelar suas funções ocultas. São abordadas ainda as manifestações do *Prodigium angoris* nas carreiras jurídicas e na sociedade civil. Por fim, são apresentadas dez propostas político-criminais para combater esse pernicioso vírus.

Abstract: Closing speech given at the 26th International Seminar of the IBCCRIM. The study begins by addressing the punitive aspect of pandemics. Then, the paper outlines the main characteristics of Prodigium angoris, a virus that has afflicted Brazil for about thirty years, discernible by the absolute and unwavering belief in punishment as a panacea for all ills. The study also addresses the sterility of the legitimizing theories of punishment, which ignore that punishment as such does not exist, as it is always historically and socially conditioned. In this field, currently the real clash occurs between the legitimizing theories of punishment (in all its variants) and the de-legitimizing theories of punishment, which are concerned with unveiling its hidden functions. Manifestations of the virus in legal careers and civil society are also addressed. Finally, the paper presents ten political-criminal proposals to combat this pernicious virus.

Palavras-chave: Direito Penal – Epidemia – Teorias legitimantes e deslegitimantes da pena – Funções ocultas da pena.

Keywords: Criminal law – Pandemics – Legitimizing and de-legitimizing theories of punishment – Hidden functions of punishment.

Em[1] seu grandioso estudo sobre os medos ocidentais, Jean Delumeau registrou um "aspecto punitivo das epidemias"[2], lançadas pela divindade contra um povo ou uma cidade a título de castigo por alguma ofensa cometida. Pela desobediência a seus mandamentos Jeová ameaçara sua gente: "enviarei a peste para o meio de vós"[3]. O rapto de Criseida, filha do sacerdote de Apolo, por Agamêmnon irritara o deus: "a peste então lavrou no exército: ruína/cai sobre o povo" [4]. A recusa do rei em aceitar o resgate da filha proposto pelo sacerdote encolerizou ainda mais Apolo, quem, munindo-se de suas flechas sempre certeiras, começou por matar os animais e "então mirou nos homens, setas pontiagudas/lançando: e ardem sem parar as piras funerárias"[5]. Seguindo a trilha de Delumeau, encontraremos as setas do deus grego cristianizadas na iconografia medieval, vendo se em muitas obras a peste desferida pelo Pai na forma de uma chuva de flechas[6]. Era sem dúvida uma representação adequada, que levava consigo o dado inquietante da indeterminação das vítimas: quem será ferido pelas infinitas setas que assombram o céu? Nessa representação latejava o futuro conceito jurídico-penal de "perigo comum".

Mas o "aspecto punitivo das epidemias" não se esgota em sua interpretação de castigo contra alguma infração cometida. Se tal infração foi obra de um indivíduo identificável, cabe puni-lo com pena tamanha que responda não só à infração "causadora" da peste, mas também à devastação por ela produzida nas pessoas (mortes, deformidades etc.) e em seus bens (colheitas, perdidas, rebanhos dizimados etc.). Na falta de um culpado identificável, em muitas passagens da antiguidade, o sacrifício de alguém seria o caminho para pôr fim ao flagelo. Porém, no alvorecer da idade moderna, uma hipótese acusatória adquiriria grande prestígio. Os inquisidores Kramer e Sprenger (1484) asseguravam que as feiticeiras poderiam inocular lepra, e o demonstravam invocando o caso de uma infeliz, na Basileia, condenada à fogueira por ter, após áspera discussão com um rapaz, rogado ao demônio que a vingasse daquilo que ouvira, tendo logo seu opositor contraído a doença[7].

---

1. Palestra proferida no 26º Seminário Internacional, promovido em São Paulo pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, em 26 de setembro de 2020.
2. DELUMEAU, Jean. *O Medo no Ocidente* (1300-1800). Trad. M.L. Machado. São Paulo: Ed. Cia das Letras, 1989. p. 116.
3. Levídico, 26:25.
4. HOMERO. *Ilíada*... Op. cit., I, 10 e 11.
5. HOMERO. *Ilíada*... Op. cit., I, 51 e 52.
6. DELUMEAU, Jean. Op. cit., p. 113 e ss.
7. KRAMER, Heinrich e SPRENGER, James. *O Martelo das Feiticeiras*. Trad. P. Fróes. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1991. p. 278 e 294.

Um século depois o magistrado Jean Bodin não tinha dúvida de que as feiticeiras podiam interferir sobre a saúde humana[8]. A cada surto de tifo, varíola, rubéola ou qualquer outra enfermidade contagiosa, o cheiro de carne humana queimada invadia muitas praças. Se o penalismo ilustrado remeteu à cesta do lixo a hipótese de epidemias resultantes do coisa-ruim e de seus comissionados, o temor do contágio estava em sua pauta: em 1780, Filangieri anotava que "entre os delitos contra a saúde pública, o mais funesto é o contágio da peste"[9]. As leis penais novecentistas de forma geral criminalizariam apenas a violação de medidas profiláticas da propagação da doença ou a omissão da autodenúncia do contagiado[10]. Só o desenvolvimento, já em um século XX ainda vergastado pelo cólera e por gripes letais, da nova disciplina que Pasteur, em 1881, intitulara de microbiologia[11] viabilizaria a futura montagem de um tipo legal cujo sujeito ativo pode efetivamente isolar e manipular "germes patogênicos" e assim "causar" uma epidemia (art. 267 CP). Mas os feiticeiros contemporâneos, que através da biologia ou da química disseminam moléstias fatais, usam fardas e estão geralmente imunes à jurisdição penal.

O "aspecto punitivo das epidemias", registrado por Delumeau, se apresenta também no tratamento deferido aos leprosos, portadores de um mal contagiante e incurável, que deviam pois ser excluídos do convívio. Essa técnica punitiva antropovômica era conhecida pelo direito romano (*exilium*), pelo direito germânico (*Entsippung)* e pelo direito canônico (*excommunicatio*). Cedo se compreendeu que, embora interditado de viver com sua família, o gafo vagamundo mantinha-se igualmente perigoso para todas as outras. A igreja católica assumiu a assistência pública a esses desgraçados, iniciando-se a construção de leprosários (o primeiro dataria de 460; no final do século XIII existiriam em toda a Europa cerca de 19.000)[12]. A técnica punitiva da internação, ao contrário, não dispunha de tradição jurídica: no cárcere romano, que se difundiria na Europa com o direito comum, encontramos apenas devedores e condenados a penas corporais aguardando execução[13]. A privação da liberdade, que se converterá na pena por excelência do capitalismo industrial, encontra, portanto, em suas raízes históricas algo dos leprosários e, sobretudo, algo dos sentimentos que eram alimentados acerca dos leprosos internados.

8. BODIN, Jean. *De la Demonomanie des Sorciers*. Paris: Jacques du Puys, 1587. livro III. cap. II. pp. 141.

9. FILANGIERI, Gaetano. *Ciencia de la Legislación*. Trad. J. Ribera. Madri: BOE, 2018. v. I. p. 1128.

10. Por exemplo, artigos 144 e 145 do *Regulamento di Polizia Punitiva* toscano, de 20.06.1853; artigo 327 do *Strafegesetzbuch* imperial alemão (1871).

11. Sobre isso, FANTINI, Bernardino. La microbiologie médicale. In: GRMEK, Mirko D. (Org.). *Histoire de la Pensée Médicale en Occident*. Paris: ed. du Seuil, 1999. v. III.. pp. 115 ss.

12. Cf. BIRABEN, Jean-Noël. Les malades en Europe: équilibres et rupture de la pathocénose. In: GRMEK, Mirko D. (Org.). *Histoire de la Pensée Médicale en Occident*, Paris: ed. du Seuil, 1999. v. III. p. 302 a 307.

13. Cf. MOMMSEN, Theodor. *Le Droit Pénal Romain*. Trad. J. Duquesne: Paris: A. Fontemoing, 1907. t. III. p. 304 e ss.

Foucault se deteve sobre esses sentimentos, que percebe bem ativos na segunda metade do século XVIII: "o mal entra em fermentação nos espaços fechados", aquele mal "que se tinha tentado excluir com o internamento (e que) reaparece [...] sob aspecto fantástico", gerando certa "repugnância" pelo "ar corrompido dos hospitais, das prisões, das casas de internamento"; "cidades inteiras são ameaçadas por essa atmosfera carregada de vapores maléficos, e seus habitantes serão impregnados lentamente pela podridão e pelo vício"[14]. Por essa época John Howard visitava as prisões europeias e se chocava com a "febre das prisões (*gaol-fever*)"[15] que matara e continuava a matar intensamente seus ocupantes. No século XIX, enquanto a prisão se consolida como a inseparável parceira da fábrica, as tantas metáforas do infrator, como maçã podre ou leproso social, serão atropeladas por uma teoria que postula nada menos que enraizar a infração na constituição biológica do sujeito; doença e crime, na prancheta do positivismo criminológico, são quase duas faces da mesma moeda; em paralelo, a psiquiatria novecentista descobria uma moléstia chamada "loucura moral", que mais tarde seria – sem melhor fortuna – rebatizada como psicopatia. Mas sobre a instituição e os institucionalizados recai e se sustenta um olhar preconceituoso, reprovador e indiferente à tragédia daquelas vidas.

Além da própria peste concebida como punição por afronta anterior, além da punição ao responsável por aquela afronta e além da implacável estigmatização dos contagiados, as epidemias oferecem oportunidade para medidas que nada têm a ver com a saúde pública, e recorrem para sua implementação ao braço policial, tão amplo é aquele seu "aspecto punitivo" farejado por Delumeau. Em seu tempo, Carrara chamava a atenção para a truculência habitual de tais medidas "sanitárias", afirmando que os "editos excepcionais promulgados sob tais circunstâncias" eram mais filhos do medo e do instinto que da razão[16]. Em nossa história encontramos um exemplo ilustrativo nos acontecimentos de 1904, no Rio de Janeiro, que se tornaram conhecidos como Revolta da Vacina. O que explode nessa rebelião popular não é medo, indignação ou ressentimento contra a varíola, ou contra algum suposto inoculador da doença, ou contra os contagiados, e sim contra as medidas sanitárias propostas pelo governo para debelar a epidemia, ou seja, contra a vacinação compulsória e generalizada.

Entre historiadores houve grandes divergências na investigação dos motivos da Revolta da Vacina. Sidney Chalhoub assinalou essas divergências[17], que podem ser resumidas em dois grandes grupos. Pela esquerda, a explosão de 1904, a pretexto da vacina, exprimiu resistência às opressões – inclusive sanitárias, mas sempre armadas com o braço policial – discriminações e carências impostas à pobreza urbana carioca, violências

14. FOUCAULT, Michel. *História da Loucura na Idade Clássica*. Trad. J. T. Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 1978. p. 354.

15. *The State of Prisions*, passim.

16. CARRARA, Francesco. *Programma del Corso di Diritto Criminale*. Prato: Giachetti, Figlio e Cia., 1891. v. VI. § 3174. p. 332-333.

17. CHALHOUB, Sidney. *Cidade Febril*. São Paulo: Cia das Letras, 1996. p. 97 e ss.

que alcançavam a medicina popular. Represente aqui esta linha o já clássico Nicolau Sevcenko, para quem tratava-se ali de "eliminar da cidade todo o excedente humano, potencialmente turbulento, fator permanente de desassossego para as autoridades"[18]. Pela direita, vê-se na revolta a obra de malandros e desordeiros, cuja ignorância desafiava a ciência, atiçada pelo oportunismo de algumas lideranças. Um estopim moral – filhas e esposas desvelando seu corpo para a aplicação da vacina – foi destacado por José Murilo de Carvalho[19]. As divergências na interpretação do episódio foram tão acentuadas que um pesquisador viria a reivindicar que a questão médica e epidemiológica voltasse ao centro do debate: "é preciso – reclama Henrique Cukierman – é preciso que se vacine a Revolta da Vacina"[20]. Sabemos do desterro forçado, sem forma ou figura de juízo, dos revoltosos aprisionados para o Acre; no início do século XX, retornava-se, no Brasil, à antiga estratégia antropovômica, com a nota especial de que os desterrados não eram os enfermos e sim os que desconfiaram da terapia e resistiram a seus métodos autoritários.

Os acontecimentos da Revolta da Vacina nos advertem para outra dimensão daquele "aspecto punitivo das epidemias", desta feita na administração sanitária da moléstia, na reação social a tal administração e na repressão policial à reação social. Poderíamos ficar por aqui, e ingressar finalmente no estudo da epidemia por nos interessa, se não fosse pertinente uma breve visita à febre amarela que grassou no Rio de Janeiro em 1850.

Bernardo Pereira de Vasconcelos, o conservador letrado e liberal escravista a quem se deve a maior parte da redação do Código Criminal do Império do Brasil, naquele ano de 1850 – marcado pelo término do tráfico negreiro interatlântico (uma tragédia em seu final) e pela promulgação da Lei de Terras (outra tragédia em seu início) –, era prestigiado Senador do Império. A febre amarela, em abril de 1850, amedrontava a população sendo, como sempre, mais devastadora entre os pobres. Pois no dia 17 de abril de 1850 – segundo narrou Octavio Tarquinio de Souza –, a propósito de defender a liberdade profissional, talvez afetada por alguma restrição, Bernardo Pereira de Vasconcelos fez um discurso no Senado minimizando a epidemia. Ouçamos o orador:

> "Eu também estou convencido de que se tem apoderado da população do Rio de Janeiro um terror demasiado, que a epidemia não é tão danosa como se têm persuadido muitos; não é a febre amarela que reina."[21]

Não sei se o *Flavivirus ARN*, que instila a febre amarela, tem orelhas e pode escutar, e ainda se, escutando, seria capaz de ofender-se. Ignoro também se da sessão de 17 de abril

18. SEVCENKO, Nicolau. *A Revolta da Vacina*. São Paulo: Scipione, 2001. p. 70.
19. CARVALHO, José Murilo de. *Os Bestializados*: o Rio de Janeiro e a República que não foi. São Paulo: Cia das Letras, 1987. p. 131.
20. CUKIERMAN, Henrique. *Yes, Nós Temos Pasteur*. Rio de Janeiro: Relume, Dumará, 2007. p. 243.
21. Apud TARQUINIO DE SOUZA, Octavio; VASCONCELOS, Bernardo Pereira de. *História dos Fundadores do Império do Brasil*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1957. v. V. p. 263.

participou algum senador, algum funcionário ou algum assistente abarrotado de vírus. Mas o fato é que, duas semanas após haver blasonado da tribuna do Senado contra a gravidade da moléstia, Bernardo Pereira de Vasconcelos faleceu... de febre amarela.

Advertidos pelo feliz *insight* de Delumeau acerca das intensas relações históricas entre punição e epidemias, podemos agora passar ao exame daquela que constitui o objeto de nosso encontro. O título desta intervenção pode ter levado muitos dos Colegas presentes a supor que este objeto seria a pandemia do coronavírus que flagelou o planeta a partir de 2019, com particulares aflições nos operadores políticos do capitalismo financeiro transnacional, para quem a perda de alguns milhares de vidas menos valiosas constituiria mal menor do que a interrupção dos negócios por um semestre.

Não. Trataremos aqui de outra epidemia, muito mais grave do que aquela gerada pelo coronavírus, e que vem se instalando silenciosamente em nosso país há cerca de três décadas, o que a torna contemporânea da Constituição da República. Como muitas outras coisas neste período, essa epidemia foi importada principalmente dos Estados Unidos, porém grassava igualmente na China e na Rússia, tão desinteressados de questões ideológicas são os vírus.

A maior gravidade desta epidemia sobre a do coronavírus não decorre apenas de sua maior letalidade nem apenas da desenvoltura do contágio (um paciente pode contaminar, num só movimento, centenas e até milhares de pessoas), mas principalmente porque o vírus atinge o espírito do paciente, e dali passa a determinar sua conduta. Não são os perdigotos lançados com a fala que a transmitem, e sim as próprias palavras enunciadas.

Batizemos este vírus que, ao contrário de seu primo corona, não é nada novo, mas tem conseguido escapar ao conhecimento e ao controle há milênios; batizêmo-lo de *Prodigium angoris*. Isso pode ser traduzido como milagre da opressão, ou maravilha da angústia, ou prodígio do tormento. O bichinho instala em sua presa uma fé inabalável no sofrimento como remédio miraculoso para todos os males, pessoais ou sociais. E como entre todos os sofrimentos o mais antigo, permanente e noticiado é o sofrimento penal, instala-se nos contagiados algo como uma dependência "química" da pena. No início da doença, encontramos apenas uma indiferença letárgica, como se o contagiado houvesse perdido a sensibilidade para a dor alheia, mas o agravamento dos sintomas pode levar a um transtorno de sadismo punitivo, que tem em comum com seu primo, o transtorno do sadismo sexual, o fato de que muitos pacientes "negam qualquer interesse no sofrimento físico ou psicológico de outra pessoa", como nos adverte a *American Psychiatric Association*:[22] os aplausos às cenas de tortura em Tropa de Elite ajudaram a revelar este sintoma.

O *Prodigium angoris* encontrou no Brasil ótimas condições de reprodução, favorecido por nossa tradição escravista. Se a escravidão foi juridicamente interditada – ainda que, no Brasil profundo, sobrevivam aqui e ali regimes de trabalho equiparáveis –, aquilo que

22. AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais*. Trad. M. I. Corrêa Nascimento et al. Porto Alegre: Artmed, 2014. p. 696.

Joaquim Nabuco chamou de "obra da escravidão" subsiste cultural e esteticamente. O processo de contaminação revelou tratar-se, originalmente, de um vírus de tendências corporativas, com uma predileção pelas carreiras jurídicas e pela imprensa. Nesta última, principiou infectando o jornalismo policial radiofônico, mas logo ilustrou-se e é hoje encontrável na quase totalidade dos âncoras e editorialistas. Em certos colunistas que celebram um acordo de mútua cooperação com operadores judiciários linguarudos (do tipo "revela-me o segredo de justiça que te cobrirei de glória") registra-se modalidade especial de sadismo punitivo, nos anúncios mais ou menos cifrados dos próximos atos de coerção processual. Nas carreiras jurídicas foi uma verdadeira calamidade, sobre a qual voltaremos. No parlamento, se ao início víamos poucos pacientes, algo envergonhados, hoje temos uma galharda bancada da pena, empenhada em levar avante a obra interminável de criminalização integral do cotidiano. Mutações genéticas no vírus generalizaram a epidemia, e a crença na omnipotência da pena – graças a inúmeras campanhas da mídia – em breve assolou quase toda a população. Para qualquer problema a pena é a solução; e se já existe pena e não solucionou coisa alguma, mais pena certamente solucionará, eis a síntese da fé inabalável instaurada pelo vírus. O Evangelho segundo João passa a iniciar-se assim: no princípio era o Verbo, e o Verbo estava com a pena, e o Verbo era a pena.

A única droga eficaz contra o *Prodigium angoris* residiria num maior e melhor conhecimento sobre a pena e seus pretensos efeitos miraculosos. Mas aí está a maior dificuldade porque, com raríssimas exceções, as pessoas que se pronunciam publicamente sobre a pena – seja o âncora, seja o entrevistado que ocupe cargo relevante, seja o articulista – jamais estudaram seriamente aquilo sobre o que opinam ou mesmo discorrem. A perda de toda autocrítica constitui um sintoma tardio de grave infecção.

Esta dificuldade nos alcança também, porque na formação jurídica a pena é geralmente revelada através de um filtro de realidade que reduz idealisticamente toda a complexidade do fenômeno punitivo a uma bisonha classificação atemporal, tendo por critério funções rigorosamente indemonstráveis, mas que outorgam à pena objetivos enaltecedores. Voltaremos a este filtro de realidade, ao esqueminha das teorias absolutas *versus* teorias relativas que os manuais de direito penal oferecem como a mais elevada sapiência do tema. Um bom indício da esterilidade deste esqueminha surge quando se compara o desenvolvimento da teoria do delito – que procurou avançar e aprofundar-se recorrendo à filosofia, à política criminal, à história e à criminologia – e a pobreza da teoria da pena, paralisada na matriz daquele esqueminha, empreendida em 1830 por Anton Bauer[23]. Como disse com precisão Raúl Zaffaroni, Bauer ofereceu naquela ocasião "uma depurada bandeja de teorias da pena"[24], e muita gente continua a servir-se daquela bandeja até hoje ao custo de suprimir a historicidade das penas. Esquecem-se da

23. BAUER, Anton. *La Teoría de la Advertencia*. Trad. R. Zaffaroni. Buenos Aires: EDIAR, 2019.

24. Apresentação, em BAUER, Anton. *La Teoría de la Advertencia*. Trad. R. Zaffaroni. Buenos Aires: EDIAR, 2019. p. 16.

advertência de Rusche: "a pena como tal não existe; existem apenas formas de punição concretas e práticas penais específicas"[25].

E, realmente, será que as similitudes entre as chibatadas do direito islâmico tradicional e os açoites contra escravizados de nosso Código Imperial não são desfeitas e superadas pelas mais cabais divergências econômicas, religiosas e sociais entre as duas formas de punição? O dado comum – os golpes de chicote – não elude as substanciais diferenças reais e simbólicas entre essas duas formas concretas de punição. O desterro dos revoltosos da Vacina para o Acre e o degredo colonialista povoador do século XVI são duas manifestações completamente diferentes do poder punitivo, tendo como frágil traço de união o transporte compulsório de corpos humanos. O cárcere baixo-medieval europeu, com sua tripulação de devedores, vagabundos e algum réu à espera de execução ou a prisão canônica, da qual Jean Mabillon nos deixou um relato aterrorizador[26], o que tem a ver com a penitenciária destinada a disciplinar mão de obra para a fábrica? O elemento comum – privação da liberdade – enlaça muito pouco essas três penas tão distintas até no manejo de seu principal insumo, o tempo. Mesmo a pena de morte! Transcreverei as mesmas palavras que escrevi há pouco: "entre um cruel patíbulo barroco do século XVII e uma execução romântica na guilhotina democrática do século XIX só há de comum o desfecho biológico da morte do padecente"[27]. Estar fora do horizonte de conhecimento do direito penal uma exaustiva e radical antropologia das punições de um lado nos permite falar em pena de açoites, pena privativa de liberdade e pena de morte abrangendo formas punitivas tão díspares, mas de outro lado deveria incutir-nos alguma prudência diante da baixa fidelidade dessas classificações, que querem despejar milênios de práticas penais econômica e culturalmente condicionadas em duas chaves pedagógicas no quadro-negro.

Um olhar tão superficial sobre a pena, que nada enxerga além de similitudes executórias e do bem jurídico do condenado que está sendo lesionado ou suprimido – integridade corporal, liberdade pessoal e vida, nos três grupos que nos serviram de exemplo –, é incapaz de perceber também que tais direitos são condicionados historicamente: o conceito de liberdade pessoal é um construto jurídico moderno. Como ensinava Heleno Fragoso, o *plagium* antigo (redução a condições análogas à do escravizado) não tem no direito romano "de forma alguma o sentido que as legislações modernas lhe atribuem"[28]. Isso mesmo disse Quintano Ripolles do homicídio, ao contestar sua universalidade, sustentada por Alimena, argumentando com a originalidade da concepção valorativa contemporânea de "vida humana" e com o calidoscópio histórico de "formas e isenções de

25. RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. Trad. G. Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 19.

26. *Réflexions sur les prisons des ordres religieux*.

27. BATISTA, Nilo. *Machado de Assis, Criminalista*. Rio de Janeiro: Revan, 2018. p. 201.

28. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, P.E. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. I. p. 247.

responsabilidade (*formas y salvedades*)"[29]. Baste-nos recordar o homicídio justificado dos amantes adúlteros, que perdurou da antiguidade (*Marito quoque adulterum uxoris suae occidere permittitur*"[30]; "*Patri datur ius occidendi adulterum cum filia*[31]), às Ordenações Filipinas que regeram em nossas terras ("Achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar assim a ela como o adúltero[32]).

Tudo piora quando passamos das exterioridades objetivas das sanções penais para as funções que lhes são atribuídas, funções que estão no cerne da *summa divisio* entre teorias absolutas e teorias relativas. Aquelas exterioridades, quando não se deixam esterilizar pela imobilização classificatória, ainda depõem algo sobre a cultura material e a mentalidade punitiva das quais resultaram. Mas a busca pelos fins ou objetivos da pena – ou pela rigorosa aversão a qualquer fim – é sem favor o capítulo mais comprometido ideologicamente de todo o direito penal. Se nesse debate interminável gerações de penalistas se engajam, ora pela retribuição ora pela prevenção, por vezes sem perceber que tais teorias funcionam como os extremos do arco de um pêndulo que dinamiza o mesmo e um só relógio, há uma constatação inegável: é que todas essas teorias visam legitimar a pena, visam atribuir-lhe propriedades quase mágicas e efeitos fantásticos (jamais demonstrados pela pesquisa empírica, quando possível testá-los). Ou seja, a única característica realmente comum a todas as inúmeras subespécies nas quais se manifestam as teorias absolutas e as teorias relativas[33] é que todas elas são legitimantes da pena, ao custo de serem também devedoras inadimplentes de suas promessas descumpridas; algumas, em estado falimentar (como por exemplo o correcionalismo penitenciário).

Tranquilizem-se os presentes: não pretendemos reexaminar aqui aquela surrada classificação, à qual somos apresentados ainda na sala de aula e que nos acompanha pela vida inteira. Até da crítica dirigida a todas as subespécies se pode dizer que é surrada, valendo-se dos mesmos argumentos aparentemente impotentes. Nunca li uma sentença cujo autor renunciasse ao fundamento preventivo-geral negativo pelo motivo kantiano da instrumentalização da pessoa. Tampouco nos deteremos sobre gritantes disparidades entre modelos punitivos unificados naquela classificação. Olhando para a chave das absolutas,

29. QUINTANO RIPOLLES, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. Madri: Rev. Der. Privado, 1972. t. I. v. I. p. 44.

30. D XLVIII, V. 24.

31. D XLVIII, V. 20.

32. Ord. Fil. V, XXXVIII.

33. Cf. BAUER, Anton. *La Teoría de la Advertencia*. Trad. R. Zaffaroni. Buenos Aires: EDIAR, 2019. p. 171 e ss. Para uma crítica pontual dessas teorias, ZAFFARONI, Raul; BATISTA, ALAGIA, Nilo; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. I. p. 114 e ss. Nietzsche já percebera argutamente a miscelânea dessas teorias cujos elementos "se reordenam, de modo que ora esse, ora aquele elemento se destaca e predomina às expensas dos outros, e em certas circunstâncias um deles (como a finalidade de intimidação) parece suprimir todos os restantes" (NIETZSCHE, Frederico. *Genealogia da Moral*. Trad. P. C. Souza. São Paulo: Cia das Letras, 1998. p. 68-69 – 2ª diss., 13).

não parece estranho abrigar sob o mesmo guarda-chuva analítico a retribuição expiatória e purificadora grega e a retribuição como imperativo categórico moral prussiano, só porque *aparentemente* ambas as inflições do sofrimento não teriam a pretensão de produzir qualquer efeito futuro? O advérbio aparentemente foi destacado porque Raúl Zaffaroni tem insistido com sucesso em demonstrar que as teorias absolutas, que fingem só mirar o passado, olham – às vezes de esguelha, mas às vezes ostensivamente – para propósitos futuros. Em todo caso, são formulações que exibem certo pudor teórico em não fantasiar sobre os frutos da pena e em não esconder a natureza hostil e agressiva daquilo que será servido ao condenado.

Para que possam adquirir credibilidade, as chamadas teorias relativas devem elaborar e difundir as lendas preventivas, porque devem responder à pergunta: quais os efeitos práticos que decorrem da pena? Começam aí os dribles discursivos, porque a primeira resposta, a resposta que deveria aflorar antes de qualquer outra, provinda da própria essência e significado da pena seria: impor sofrimento, compelir à dor, suprimir ou mutilar bens jurídicos do réu. Ao contrário das sanções restaurativas ou indenizatórias do direito privado, a pena se caracteriza precisamente por exprimir um doloroso pagamento da ofensa; em livros velhos a execução capital era chamada de "homicídio legal". Se historicamente o talião isentou de juros o pagamento da ofensa, a natureza maléfica da pena é uma tradição irrefutável no pensamento político e jurídico ocidental: de Pufendorf ("a pena é um mal que é sofrido em retaliação a um outro que foi feito"[34]) a Feuerbach ("o mal cominado por uma lei do Estado"[35]), de Grócio ("pena [...] é um mal sofrido infligido por causa de um mal feito"[36]) a Bauer ("pena [...] é um mal cominado em lei pelo Estado"[37]).

O primeiro requisito funcional da pena, portanto, é a capacidade de fazer mal, é a idoneidade para produzir infortúnio, a aptidão para impor sofrimento, porque é dessa potencial malignidade que provém o medo que está na base de todas as proclamadas funções preventivas, gerais ou especiais. Sem isso, como falar de coerção psicológica, de advertência, de correção, de exemplaridade ou de neutralização? E, não obstante, essa rude característica axial da pena é omitida pelos preventivistas, e já foi até expulsa da sala de visita por Jakobs. Leiamos:

> "[...] não cabe definir a pena como infligir um mal por causa do mal cometido. [...] A pena deve ser definida positivamente: é uma mostra da vigência da norma às custas de

34. PUFENDORF, Samuel. *Os Deveres do Homem e do Cidadão*. Trad. E. F. Alves. Rio de Janeiro: Tipbooks, 2007. p. 334 (II, XII, IV).

35. FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. R. Zaffaroni e I. Hagemeier. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 61 (§ 15).

36. GRÓCIO, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz*. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. v. II, p. 781. Afasto-me um pouco da tradução de *malum passionis* por "mal de passividade", porque *passio passionis* também exprime a conduta de sofrer, no sentido da paixão de Cristo.

37. GRÓCIO, Hugo. Op. cit., p. 59.

> um responsável. Surge daí um mal, mas a pena não cumpre sua função com tal efeito, senão apenas com a estabilização da norma violada."[38]

Ou seja, equivoca-se quem pensa ter alguma importância para o direito penal a queda do cutelo sobre o pescoço do padecente e sua morte aos borbotões: o único dado relevante a ser pinçado neste acontecimento é a estabilização da norma e o conforto das expectativas sociais. A pena não tem por função produzir um mal, embora inexoravelmente o produza. É o mesmo que dizer que o capitalismo vídeo-financeiro transnacional não tem por função produzir desigualdade, embora inexoravelmente a produza. É difícil compreender a proposta, ainda mais no tempo em que se vê por toda parte o direito penal do inimigo engolindo de forma lenta e implacável o que restou do chamado direito penal do cidadão. De Carl Schmitt a Günther Jakobs, a distância não é tão grande quanto pensam os funcionalistas.

Mas a pena não conseguiu esconder-se nas vestes de sua idealização classificatória nos anos setenta, salvo nos manuais de direito penal. Com efeito, aquela década foi o epicentro da grande revolução metodológica que, na superação de paradigmas positivistas e funcionalistas, instauraria a criminologia crítica. Em 1967, a reedição de Punição e Estrutura Social foi como o rastilho de uma pólvora teórica que explodiria nos anos seguintes: em 1974, à *Nova Criminologia*, de Taylor, Walter e Young; em 1975, *Vigiar e Punir*, de Foucault; em 1977, *Cárcere e Fábrica*, de Melossi e Pavarini; em 1981, os *Limites da Dor*, de Christie; em 1982, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, de Baratta. Em nosso continente registrava-se movimento similar: em 1972, a *Criminologia Dialética*, de Lyra Filho; em 1977, a *Criminologia da Reação Social*, de Lola Aniyar de Castro; em 1979, a *Criminologia da Repressão de Juarez Cirino e a Ruptura Criminológica*, de Rosa del Olmo. A todos esses – que estão aí representando muitas outras contribuições relevantes que não cabe aqui inventariar – se aplicaria o propósito que Jehanne Hulsman atribuiu às atividades de seu pai, Louk: todos estavam em busca de "novas maneiras de conhecer"[39]. Não é por acaso que florescem nessa ocasião os temas da descriminalização, despenalização, desjudicialização, *diversion* e quejandos: quem conhece a realidade histórica (e falo de uma história que inclui o presente) da pena procurará distanciar-se dela, reservando sua utilização para casos extremos até que possamos descartá-la completamente. Nos anos oitenta, uma pesquisa do Instituto Interamericano de Direitos Humanos em diversas cidades – no Brasil, São Paulo, Rio, Salvador e Recife – revelou-nos o horripilante desempenho dos sistemas penais latino-americanos[40]. Fomos olhar de perto, e o que vimos não era nada bonito.

---

38. JAKOBS, Günther. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Berlim: W. Gruyter, 1991. v. I. p. 6.
39. BATISTA, Nilo e KOSOVSKI, Ester (Org.). *Tributo a Louk Hulsman*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 9.
40. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (Informe final)*. Buenos Aires: Depalma, 1986. 3 v.

Ressurge, então, o tema das funções ocultas da pena, daquelas funções que, por não disporem das tolas pretensões preventivistas legitimantes, não são mencionadas nos manuais de direito penal, embora estridentemente visíveis depois que tivemos a coragem de olhar para o sistema penal como objeto do saber criminológico. Em 1981 um jovem e talentoso criminólogo colombiano, Emiro Sandoval Huertas – assistente de Alfonso Reyes Echandía, junto a quem morreria quando tropas militares invadiram a Corte Suprema e mataram seus juízes junto aos manifestantes armados que a haviam ocupado –, publicou um artigo acerca das funções ocultas da pena privativa da liberdade[41]. Naquela conjuntura – e estou certo que a de hoje oferece perspectivas ainda mais ricas – Sandoval Huertas predispunha em três níveis as funções ocultas do cárcere industrial: ao nível psicossocial (funções vindicativa e de cobertura ideológica), ao nível econômico-social (funções de reprodução da criminalização, de controle coadjuvante do mercado de trabalho, e de reforço protetivo à propriedade privada) e ao nível político (funções de conservação da ordem, de controle sobre as classes sociais subalternizadas e de controle dos opositores políticos). Essa linha atraiu pesquisadores entre nós, e sirva-nos de exemplo o excelente trabalho de Claudio Alberto Gabriel Guimarães[42].

Paralelamente, entram em gestação construções teóricas que pretendem exatamente contrariar a estranha recomendação de Jakobs, de que "a pena deve ser definida positivamente (*Strafe muss positiv definiert werden*)". Retomando um precioso texto de Tobias Barreto, segundo o qual o conceito de pena não era jurídico e sim político, tanto quanto o de guerra[43], Raúl Zaffaroni propõe uma teoria negativa da pena, distinguindo-a da coerção direta e explorando não somente o fracasso das funções proclamadas como também a irracionalidade de algumas das ocultas[44]. Salo de Carvalho aderiu a ela e a aperfeiçoou[45]. Também Juarez Cirino dos Santos desenvolve uma teoria materialista-dialética da pena[46] que desmonta por completo o refúgio refrigerado da consciência dos penalistas, o esqueminha idealista das funções legitimantes da pena. As novas gerações de criminólogos e penalistas críticos brasileiros estão completamente sensibilizadas por essas novas rotas, por eles ampliadas e aperfeiçoadas. Para não omitir aqui algum nome entre os talentosos integrantes dessas novas gerações, que enchem de orgulho seus Colegas veteranos, represento-os todos na saudade de Thiago Fabres de Carvalho.

41. SANDOVAL HUERTAS, Emiro. Las funciones no declaradas de la privación de libertad. *Rev. Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, Cali, p. 41 e ss., 1981.

42. GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. *Funções da Pena Privativa de Liberdade no Sistema Penal Capitalista*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

43. Fundamento do direito de punir.

44. Cf. ZAFFARONI, Raul; BATISTA, ALAGIA, Nilo; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. I. p. 97 e ss.

45. CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 141 e ss.

46. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*. Florianópolis: T. lo blanch, 2018. p. 459 e ss.

Essas iniciativas sinalizam um esforço teórico para que os avanços do pensamento criminológico pudessem introduzir-se no direito penal. Está encerrada a idade da inocência. Se o penalista quiser continuar acreditando nas funções idealizantes que as penas jamais cumpriram, boa viagem; e já que aprecia tanto ficção, introduza o boto na dogmática dos crimes sexuais na Amazônia e pense na responsabilização omissiva imprópria do padre pelos crimes da mula sem cabeça. Está encerrada a idade da inocência. O grande divisor de águas não se situa mais entre teorias absolutas e teorias relativas, e sim entre teorias legitimantes (absolutas ou relativas) e teorias deslegitimantes da pena. É escolher entre velhas mentiras, ainda prestigiadas e repetidas por muitos penalistas e magistrados, ou – como disse Jehanne Hulsman – "novas maneiras de conhecer".

Uma boa prova de que é o caráter legitimante da pena aquilo que enfeixa as teorias absolutas e as teorias relativas entre si está na ausência de maiores atritos entre seus paladinos: cada qual esgrime sua superioridade filosófica e indica inconvenientes morais do opositor, mas no final da *disputatio* sobra sempre, reverenciada, a pena. Caso surja, porém, uma voz abolicionista... hoje em dia nem é preciso tanto, mesmo uma voz minimalista faria afilarem-se os punhais. Até o garantismo, que é uma espécie de doença infantil do abolicionismo, até o garantismo é meio malvisto, não porque evite – que a tanto não chega –, mas porque retarda a pena. A compatibilidade político-criminal entre as teorias absolutas e relativas é tão grande que surgiram muitas teorias combinatórias, que articulam fundamentos retributivos e preventivos ou fundamentos preventivos distintos. Na prática forense a teoria combinatória funciona na mesma lógica do lobo com o cordeiro: se não for por justa expiação do delito, que seja pela prevenção especial negativa neutralizante; se não for por prevenção especial positiva, que seja para restaurar-se a vigência da norma; e assim *ad aeternum*. Na teoria, as simpatias de Fausto Costa pelo fascismo então ascensional resultaram nesta pérola: "Não há dúvida alguma, ademais, de que a pena possa ser, sucessivamente, vingança, retribuição, expiação, intimidação, emenda e também todas essas coisas em conjunto"[47]. Nosso legislador resolveu essa questão milenar consolidando a pior concepção, a combinatória, no dispositivo que manda o juiz aplicar quantidade de pena suficiente "para reparação e prevenção do crime" (art. 59 CP). Num estudo primoroso, Rodrigo Duque Estrada Roig demonstrou a inconstitucionalidade desse dispositivo[48], mas alguns de nossos constitucionalistas foram irremediavelmente picados pelo *Prodigium angoris*. Nossos juízes devem então aplicar a pena "para reprovação e prevenção do crime". Ora, como pode o juiz que está aplicando a pena "prevenir o crime" acontecido há alguns meses ou anos? Já que muitos ainda acreditam que o legislador não usa palavras inúteis nem propõe tarefas inexequíveis, esta "prevenção do crime" será interpretada no sentido de prevenção geral, de

47. COSTA, Fausto. *El Delito y la Pena em la Historia de la Filosofía.* Trad. M. Ruiz-Funes. México: UTEHA, 1953. p. 284.

48. DUQUE ESTRADA ROIG, Rodrigo. *Aplicação da Pena*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 121 e ss.

exemplaridade. Como os neokantianos conseguem conviver com isso sem queixas veementes?

Mas estamos falando de pequenos enclaves acadêmicos ou forenses do grupo de risco das carreiras jurídicas, onde a contaminação por *Prodigium angoris* alcançou níveis dramáticos. A generalização da doença na comunidade jurídica produziu um fenômeno inédito: ao contrário da tradição, sãos os contagiados que alimentam e disseminam preconceitos contra aqueles que escaparam ao vírus! Quem ousa dissentir da crença generalizada na grande panaceia para todos os problemas, isto é na pena, passa a ser olhado de través. Muitos magistrados tiveram sua carreira dificultada por isso. O adjetivo "garantista", que a rigor indica apenas alguém que guarda observância aos direitos individuais concedidos pela Constituição e pelas leis aos cidadãos, em certos círculos tem sentido pejorativo. Ao contrário, o juiz truculento passa a ser o novo herói, independentemente de sua truculência manifestar-se grosseira ou refinadamente. Os mais afoitos dão início a uma carreira policial: dirigem investigações, grampeiam telefones, coordenam operações, quebram sigilos, conduziam coercivamente (até o STF abrir meio milímetro suas pálpebras), pressionam familiares para obter delações, prendem e até mesmo julgam. É claro que tudo isso pressupõe membros do Ministério Público contaminados e dóceis, sempre duros com os acusados, mas bem flexíveis com a lei. Ao longo da epidemia trintenária os estudos de direito penal foram dominados por uma corrente que foi chamada de "neotecnicismo jurídico", destinada principalmente ao adestramento de candidatos a concursos públicos. Tais estudos, "completamente desinteressados da filosofia, da história e das ciências sociais, em geral legitimantes do direito positivo (cujas contradições aspiram a dissolver), redutores da reflexão dogmática a simples dissenções conceituais e ajustes lógico-formais"[49], acabaram influenciando muitas Faculdades de Direito. Procurar os efeitos desastrosos da epidemia na produção legislativa tomaria o tempo não de uma palestra, mas da elaboração de várias dissertações ou teses. Fiquemos em algo simbólico: o máximo de tempo de privação de liberdade passou de 30 para 40 anos. Deputados e Governadores, à vista do maravilhoso desempenho de nossas penitenciárias, resolveram prorrogar o que acham bom. Provavelmente só não propuseram subir para 50 porque a expectativa de vida do brasileiro, subtraídos os dezoito anos da imputabilidade e a perda que decorrerá da devastação do coronavírus, aproximaria a coisa da vedação constitucional de penas perpétuas. Nosso Shecaira já chamara a atenção para penas tão elevadas que de perpétuas só não têm o nome[50]. A propósito, quando a Constituição afirma que "não haverá penas de caráter perpétuo" (art. 5º, inc. XLVII, al. *b*) está impondo um limite intransponível não só ao legislador, mas também ao juiz, que não pode fraudar a proibição constitucional com escalas penais faraônicas, tão festejadas

49. ZAFFARONI, Raul; BATISTA, ALAGIA, Nilo; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. t. I. v. II. p. 56.

50. SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 119.

pela mídia. Ou bem se cria um redutor constitucional, uma quarta fase na aplicação da pena privativa de liberdade que, considerando a expectativa média de vida do brasileiro e as condições pessoais do condenado, preveja um livramento condicional especial para o ocaso de sua existência, ou bem se cria um incidente especial de unificação de penas no processo de execução com a mesma finalidade. Estranho é ter a Constituição proibido penas perpétuas e alguns juízes a aplicarem dissimuladamente, quase sempre com deliberada cegueira acerca das regras do concurso aparente de tipos ou da continuidade delitual. O texto constitucional pode ser assim sintetizado: ninguém morrerá preso.

Em suma, essa fé na pena como algo que, ajude-nos Gilberto Gil, "não costuma faiá", se espalhou, e a população aguarda por seus milagres. Muitos líderes religiosos cristãos colocam a pena ao lado do Evangelho, o que não deixa de ser irônico, pois Jesus foi alguém preso, humilhado e espancado, condenado sob aplausos alvares do povo e executado. Mas passamos a incluir a pena em nossa visão geral do mundo e em todos os setores da atividade humana. No esporte, o *dopping* realimenta a política criminal fracassada de repressão às drogas ilícitas. Nos negócios já está à venda o álcool-gel da *compliance* que finalmente construirá o capitalismo ético; mas qualquer inconformidade será primeira página e chamada no Jornal Nacional, porque nada melhor para relegitimar a pena do que prender espetacularmente um branco rico; o público não sabe que para cada um desses prendem-se dez mil pobres e pretos. Na política, totalmente criminalizada, ocorreu algo surpreendente. Como de forma geral todos os avanços políticos da humanidade foram obtidos em luta *contra* os sistemas penais, supunha-se que integrantes de partidos do campo progressista fossem imunes ao *Prodigium angoris*. Trágico engano. Infectados de esquerda acreditaram na pena como nivelador social e mesmo instrumento de transformações importantes. Deu no que deu.

Fiquemos num só caso exemplar acerca dos riscos aos quais se expõem aqueles que ousam mostrar a nudez da rainha pena. Já sabemos que nenhum discurso questionador das maravilhas punitivas pode ser veiculado na televisão. Está disponível nas redes uma velha entrevista, na Globonews, da Profa. Dra. Gilberta Acselrad sobre drogas ilícitas, encerrada abruptamente pela âncora Leilane Neubarth. Mas vamos ao nosso caso exemplar.

Em agosto de 2013, o conceituado Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA) concluiu um levantamento – coordenado pela Profª. Leila Garcia – sobre mulheres mortas por violência doméstica, provavelmente destinado a comemorar a chamada Lei Maria da Penha (Lei 11.340, de 7 de *agosto* de 2006). Com todas as dificuldades que muitos dos presentes conhecem bem, consolidaram os dados disponíveis dos cinco anos anteriores à lei e dos seis anos posteriores a ela. Como sempre ocorre quando as funções preventivas da pena são submetidas ao exame empírico, constatou-se que a Lei não afetara em nada o número dos feminicídios. A taxa de mortalidade por 100.000 mulheres fora 5,41 em 2001, e 5,46 em 2002, anos iniciais da pesquisa; nos dois anos finais, já após a vigência da Lei, encontrava-se 5,45 em 2010, e 5,43 em 2011. O menor patamar, no ano subsequente à vigência da Lei, 2007, foi 4,74, que o relatório da pesquisa caracterizou

como "sutil decréscimo da taxa". Em suma, concluiu-se que a Lei não teve impacto sobre a realidade social.

Em 25 de agosto (sempre de 2013) a Folha de São Paulo se valia do seguinte título: "Lei Maria da Penha não consegue reduzir homicídios de mulheres". Na mesma data o site da BBC informava que "Lei Maria da Penha não teve impacto sobre homicídios". Em 26 de agosto a manchete da página 9 de O Globo estampava: "Apesar de lei mais dura, morte de mulheres caiu pouco". Essa "pouca queda" foi obtida cotizando-se a média dos anos anteriores (5,28) com a média dos anos posteriores (5,22), favorecida pelo baixo patamar de 2007; em todo caso, é uma queda de 0,06 %! Em 27 de agosto uma coluna da Folha teve o título "Um caso de fracasso".

Bem, a coisa adquiriu ares daquele crime canônico, o *sacrilegium reale,* que se reconhecia no escarmento ou dano a um objeto de culto; no caso, a pena. A Secretária Nacional de Enfrentamento à Violência Doméstica considerou "erradas algumas conclusões da pesquisa" – não seus números – porque, para ela, "a função dela (da lei) é evitar, é prevenir"[51]. Pouco importa se não preveniu. A ministra da Secretaria de Política para Mulheres veio a público desmerecer a pesquisa, igualmente sem questionar seus números; para ela, "a lei é nova, tem apenas sete anos mas, com essa idade, tem demonstrado resultados e impactos muito positivos". Comentou-se que o presidente do IPEA quase foi demitido. Para além da curiosa comparação entre a idade de uma lei e o ciclo vital humano (as chamadas leis de segurança nacional torturavam com menos de um ano, ainda de fraldas), o que se aprende com esse caso é que a síndrome de Galileu não foi varrida com a Ilustração: os teólogos não colocarão os olhos na luneta astronômica, e sempre proclamarão que é o sol que gira ao redor da terra. Para obviar incompreensões, esclareço que em minha opinião, já publicada[52], aquilo que na Lei 11.340, de 07.08.2006, parece absolutamente eficaz e criativo está nas medidas protetivas, e não nas penas.

Será ainda possível controlar a epidemia do *Prodigium angoris*, ou ao menos alguns de seus efeitos colaterais? Um dos mais graves é o empobrecimento do debate sobre os conflitos sociais, reduzidos à régua esquemática dos elementos de um tipo legal. Todo feito criminalizado é algo muito mais rico e complexo do que a fórmula típica à qual os infestados reduzem toda a sua análise. Será possível controlar essa epidemia? Talvez, se arregaçarmos as mangas antes do golpe que congregará policiais civis e militares policizados, com apoio das organizações formais ou informais de segurança privada; antes do golpe que, ao estilo de nossas insurreições da primeira metade do século XIX, será chamado de *miliçada*. Deixemos aqui algumas sugestões para aqueles que sempre reclamam propostas, como se uma teorização puramente sensibilizadora, que revele a falsidade e o engodo de uma crença, não tivesse qualquer valia. Aí vão dez propostas:

51. *O Globo*, 26.08.2013. p. 9.

52. BATISTA, Nilo. "Só Carolina não viu" – Violência Doméstica e Políticas Criminais no Brasil. In: Ramos de Mello, Adriana (Org.). *Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*. Rio de Janeiro: L. Iuris, 2009. p. IX e ss.

1ª. Conferir à legislação penal e processual-penal o *status* de lei complementar, para evitar as frequentes alterações oportunistas que a mutilam;

2ª. Rever e enxugar a legislação penal, codificando-a completamente;

3ª. Suprimir os vestígios inquisitoriais do processo penal, que deve divorciar-se teoricamente do processo civil;

4ª. Denunciar a Convenção de Viena e estabelecer soberanamente uma política criminal para as drogas ilícitas;

5ª. Descriminalizar as economias populares;

6ª. Interromper a construção de penitenciárias, porque o número de presos é função do número de vagas;

7ª. Capacitar em defesa civil o excedente policial que resultaria de uma racionalização das agências executivas do sistema penal;

8ª. Criar e instalar juntas comunitárias locais para tratamento de conflitos vicinais;

9ª. Fortalecer a vítima, ampliando os casos nas quais ela decide se quer ou não o inquérito policial ou a ação penal; e

10ª. No confronto entre as garantias da liberdade de expressão de um lado e da presunção de inocência e do direito a julgamento justo de outro, regular o noticiário sobre casos criminais em andamento. A publicidade dos procedimentos criminais constitui uma garantia dos acusados que vem sendo usada perversamente por alguns juízes e tribunais como se fora uma prerrogativa da imprensa ou uma autorização para escândalos e humilhações.

Aí estão dez sugestões contra o *Prodigium angoris*; poderiam ser outras, poderiam ser vinte . Os Colegas que concedem a honra de ouvir-me sabem que cada uma dessas dez exigiria pelo menos outra palestra para ser apresentada com um mínimo de seriedade. Contudo, já ocupei demasiadamente o tempo de meus Colegas.

Se existe um dado de difícil acesso é a quantidade de pessoas mortas pela polícia. É impossível chegar a um número precariamente consolidado antes de 2012, por falta de informação. Nem todo mundo consegue, sem algum constrangimento, divulgar suas execuções. De 2012 até 2018, a polícia matou pelo menos 26.649 pessoas; o número é muito maior pela elevada cifra oculta e pela falta de milhares de registros nas rubricas de desaparecimentos, autos de resistência ou encontros de cadáver. É fantástica a curva ascensional entre 2015 (3.330) e 2018 (6220)[53]. Mas essas mortes ocuparam nos jornais pequenas notas, uma ou duas colunas. Foi criada uma espécie de imunidade moral, que Verinha Malaguti Batista chamou de "adesão subjetiva à barbárie". O *Prodigium angoris* é muito letal. Mas este vírus que domina a alma de tantos brasileiros é também corrosivo do Estado de direito e da legalidade democrática. Todos os autoritarismos avançam pelo sistema penal. Essa estúpida fé na pena, que nem Pavlov nem os behavioristas tiveram[54],

53. Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

54. Cf. SKINNER, B.F. *Ciências e Comportamento Humano*. Trad. J. C. Todorov e R. Azzi. São Paulo: M. Fontes, 2003. p. 198 e ss.

constitui na verdade uma cortina de fumaça que esconde os verdadeiros objetivos sociais e políticos das opressões punitivas. Não é pela arrogância da ameaça penal que se determinam comportamentos numa sociedade igualitária, livre e pluralista, ou seja, democrática. O poder punitivo, o grande gestor da morte, do sofrimento e da vigilância, é também fator de desequilíbrio entre os Poderes sempre que concentrado excessivamente num deles. Talvez resida aí o maior desafio para a sobrevivência do projeto político nascido com a Constituição da República em 1988, do qual fazia parte justificada aversão à tortura e ao assassinato de suspeitos e indiciados. Hoje, temos a impressão de que alguns métodos do subsistema penal DOPS-DOI/CODI se generalizaram, por certo mais refinados quanto às opressões utilizadas, porém recheados do mesmo autoritarismo e arrogância. Nas nascentes dessa caudal punitivista estão também os efeitos da distância sideral entre umas teorias idealistas e tolas sobre a pena e a terrível realidade social de sua aplicação e execução.

Para não terminar na desesperança, cabe mencionar que o coronavírus pode ajudar na infecção do *Prodigium angoris*. É que observamos uma quase unanimidade da imprensa – excluídos alguns sites terraplanistas – no sentido de que as políticas sanitárias não poderiam divorciar-se do conhecimento científico academicamente produzido pelos professores, biólogos ou médicos, que pesquisam permanentemente o tema, não poderiam permanecer atreladas ao senso comum. Algum dia também no campo da política criminal poderia ser aplicado o mesmo princípio, porque hoje a opinião dos mais refinados penalistas e criminólogos brasileiros pesa muito menos do que o palpite de qualquer imbecil sentado numa cadeira importante. Com essa expectativa nos despediremos da versão 2020 do Seminário Internacional do IBCCrim. Muito obrigado pela paciência.

Referências bibliográficas

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais*. Trad. M. I. Corrêa Nascimento et al. Porto Alegre: Artmed, 2014.

BARRETO, Tobias. Fundamentos do direito de punir. In: *Estudos de Direito*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1892. p. 161 e ss.

BATISTA, Nilo e KOSOVSKI, Ester (Org.). *Tributo a Louk Hulsman*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BATISTA, Nilo. "Só Carolina não viu" – Violência Doméstica e Políticas Criminais no Brasil. In: Ramos de Mello, Adriana (Org.). *Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*. Rio de Janeiro: L. Iuris, 2009.

BATISTA, Nilo. *Machado de Assis, Criminalista*. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

BAUER, Anton. *La Teoría de la Advertencia*. Trad. R. Zaffaroni. Buenos Aires: EDIAR, 2019.

BIRABEN, Jean-Noël. Les malades en Europe: équilibres et rupture de la pathocénose. In: GRMEK, Mirko D. (Org.). *Histoire de la Pensée Médicale en Occident*, Paris: ed. du Seuil, 1999. v. III. p. 283 e ss.

BODIN, Jean. *De la Demonomanie des Sorciers*. Paris: Jacques du Puys, 1587.

CARRARA, Francesco. *Programma del Corso di Diritto Criminale*. Prato: Giachetti, Figlio e Cia., 1891. v. VI.

CARVALHO, José Murilo de. *Os Bestializados*: o Rio de Janeiro e a República que não foi. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHALHOUB, Sidney. *Cidade Febril*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*. Florianópolis: T. lo blanch, 2018.

COSTA, Fausto. *El Delito y la Pena em la Historia de la Filosofía.* Trad. M. Ruiz-Funes. México: UTEHA, 1953.

CUKIERMAN, Henrique. *Yes, Nós Temos Pasteur*. Rio de Janeiro: Relume, Dumará, 2007.

DELUMEAU, Jean. *O Medo no Ocidente* (1300-1800). Trad. M.L. Machado. São Paulo: Cia das Letras, 1989.

DUQUE ESTRADA ROIG, Rodrigo. *Aplicação da Pena*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FANTINI, Bernardino. La microbiologie médicale. In: GRMEK, Mirko D. (Org.). *Histoire de la Pensée Médicale en Occident*. Paris: ed. du Seuil, 1999. v. III. p. 115 e ss.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. R. Zaffaroni e I. Hagemeier. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FILANGIERI, Gaetano. *Ciencia de la Legislación*. Trad. J. Ribera. Madri: BOE, 2018.

FOUCAULT, Michel. *História da Loucura na Idade Clássica*. Trad. J. T. Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, P.E. Rio de Janeiro: Forense, 1988. 2 v.

GRÓCIO, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz*. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. 2 v.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. *Funções da Pena Privativa de Liberdade no Sistema Penal Capitalista*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

HOMERO. *A Ilíada*. Trad. Haroldo de Campos. São Paulo: Mandarim, 2001.

HOWARD, John. *The State of Prisons*. Londres: J.M. Dent & Sons, 1929.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (Informe final)*. Buenos Aires: Depalma, 1986. 3 v.

JAKOBS, Günther. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Berlim: W. Gruyter, 1991. 2 v.

KRAMER, Heinrich e SPRENGER, James. *O Martelo das Feiticeiras*. Trad. P. Fróes. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1991.
MABILLON, Jean. Reflexions sur ler prisons des ordres religieux. In: *Dom Mabillon* – Oeuvres Choisies. Paris: R. Laffont, 2007.
MOMMSEN, Theodor. *Le Droit Pénal Romain*. Trad. J. Duquesne: Paris: A. Fontemoing, 1907.
NIETZSCHE, Frederico. *Genealogia da Moral*. Trad. P. C. Souza. São Paulo: Cia das Letras, 1998.
PUFENDORF, Samuel. *Os Deveres do Homem e do Cidadão*. Trad. E. F. Alves. Rio de Janeiro: Tipbooks, 2007.
QUINTANO RIPOLLES, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. Madri: Rev. Der. Privado, 1972. t. I. v. I.
REGOLAMENTE DI POLIZIA PUNITIVA PER IL GRANDUCATO DI TOSCANA. Florença, 1853.
RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. Trad. G. Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
SANDOVAL HUERTAS, Emiro. Las funciones no declaradas de la privación de libertad. *Rev. Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, Cali, p. 41 e ss., 1981.
SEVCENKO, Nicolau. *A Revolta da Vacina*. São Paulo: Scipione, 2001.
SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
SKINNER, B.F. *Ciências e Comportamento Humano*. Trad. J. C. Todorov e R. Azzi. São Paulo: M. Fontes, 2003.
TARQUINIO DE SOUZA, Octavio; VASCONCELOS, Bernardo Pereira de. *História dos Fundadores do Império do Brasil*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1957. v. V.
ZAFFARONI, Raul; BATISTA, ALAGIA, Nilo; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. I.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- A pandemia do coronavírus e a aplicação da lei penal, de Guilherme de Souza Nucci – *RT* 1015/349-352 (DTR\2020\3947).

Requisitos narrativos da denúncia e justa causa no delito autônomo de organização criminosa

Factual and narrative requisites regarding the prossecution for criminal organizations

Danilo Knijnik

Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogado, sócio-fundador de Knijnik Advocacia.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-9659-0268].
danilo@knk.adv.br
Autor convidado

Áreas do Direito: Penal; Administrativo

Resumo: Este Parecer analisa a denúncia apresentada em desfavor de Prefeito de uma capital brasileira pelo crime autônomo de organização criminosa (Lei 12.850/2013) supostamente voltada à prática de violação de sigilo funcional em prejuízo da Administração (art. 325, § 2º, do Código Penal) e à obstrução de investigações em curso (art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013). São examinadas as exigências específicas da tipicidade objetiva em questão, com base no direito brasileiro e norte-americano, concluindo-se pela falta justa causa e inépcia da inicial.

Palavras-chave: Parecer – Crime de Organização Criminosa – Exigências Típicas – Justa Causa – Interações entre Agente Público e Suposto Integrante de Organização Criminosa – Falta de Justa Causa – Deficiências Narrativas da Denúncia – Inépcia – Precedentes norte-americanos: *Us v. Turkette, Reves v. Ernst & Young, Boyle v. US.*

Abstract: This legal opinion analyses an indictment for the crime of criminal organization (Law 12.850/2013) to attain information capable of obstructing criminal investigations (article 2, §1, of Law 12.850/2013). It also examines the requisites of the charges in order to determine whether it meets the requirements of each. Since these requirements were not met, the indictment lacks probable cause, for it does not satisfy specifications of article 41 of the Brazilian Code of Criminal Procedure.

Keywords: Legal Opinion – Organized Crime – Requisites – Probable Cause – Interactions Between a Mayor and a participant of an alleged criminal organization – Lack of Probable Cause – Narrative Deficiency of the charges – Precedents: *US v. Turkette, Reves v. Ernst & Young, Boyle v. US.* Dismissal of the Indictment.

Knijnik, Danilo. Requisitos narrativos da denúncia e justa causa no delito autônomo de organização criminosa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 175. ano 29. p. 307-339. São Paulo: Ed. RT, janeiro/2021.

Sumário: 1. A Consulta. 2. Os Quesitos. 3. Discussão e Exame. 3.1. Organização criminosa. Interações estranhas às exigências típicas. Ausência de *Animus Associandi*. Falta de justa causa. 3.2. Organização criminosa. Inépcia. Narrativa que destoa da tipicidade mínima. Déficits narrativos quanto à violação de sigilo predicada à organização criminosa. 3.3. Organização Criminosa. Inépcia. Narrativa que destoa da tipicidade mínima. Déficits narrativos quanto ao embaraço de investigação de organização criminosa predicado à própria organização criminosa. 3.4. Organização criminosa. Inépcia. Narrativa que destoa da tipicidade mínima. Inexistência de prática de delitos como um *modus vivendi*. 3.5. Organização criminosa. Inépcia. Narrativa que destoa da tipicidade mínima. Inexistência de estruturação, estabilidade e hierarquia. 4. Resposta aos quesitos. Referências.

1. A Consulta

Consultam-nos os professores e advogados Diogo Pítsica e Maurício Natal Spilere sobre a denúncia "apenas pelo crime autônomo da Lei 12.850/2013", imputando *inter alia* a Prefeito de determinada capital o delito de organização criminosa, supostamente voltada para a prática do crime tipificado no "artigo 325, § 2º, do Código Penal (violação de sigilo funcional em prejuízo da Administração Pública)" e "art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013 (embaraçar investigações de organizações criminosas)", de "2016 até junho de 2019"[1], tendo por "principal articulador" outro indivíduo (Senhor 01).

A denúncia, a pretexto de demostrar a alegada *"vinculação com o esquema ilegal"* por parte do Prefeito, enumerou vinte e cinco episódios "*em que o Prefeito Municipal [...], único detentor de prerrogativa de foro, figura como coautor*", dos quais, na verdade, apenas os seguintes a ele fazem alguma referência: (1) Senhor 02 pede ao Prefeito pela nomeação de Senhora 01 em cargo compatível com sua formação, indagando este sobre sua eventual inscrição na OAB; (2) Senhor 01 agradece ao Prefeito pela nomeação de Senhor 03 para "*Diretor de Formação e Capacitação Profissional*"; (3) o Prefeito pede seja a Senhora 02 "*mantida no cargo que exerce*" em Secretaria do Governo estadual, sendo-lhe dito que ela "*permanecerá na função que está*"; (4) o Prefeito nomeia Senhora 03 como assessora do Sistema de Comunicação Social, cargo anteriormente ocupado por ela; (5) Senhor 01 critica a nomeação de Senhor 04 para o DEIC, afirmando que procuraria uma "*colocação para o Delegado [...] na SSP*"; (6) Prefeito solicita ao Secretário Estadual dar "*uma olhada*" em processo "*que está no órgão X para emissão do empenho*", sendo informado de

1. Verbatim: "Ao menos desde 2016, até junho de 2019 [...] os denunciados, agindo em comunhão de vontades e de esforços, constituíram e integraram organização criminosa, consistente na associação de mais de quatro pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão informal de tarefas, com objetivo de obter, direta e indiretamente, vantagens financeiras, pessoais e políticas, mediante a prática sistemática de infrações penais, em especial os delitos do artigo 325, § 2º, do Código Penal (violação de sigilo funcional em prejuízo da Administração Pública), e do artigo 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013 (embaraçar investigações de organizações criminosas), cujas penas máximas são superiores a 4 anos".

que "*semana que vem começa o empenho*"; (7) Senhor 01 exorta a importância de "*alertar o Governador sobre a investigação policial relativa à Secretaria da Saúde*", sem resposta do Prefeito; (8) Senhores 01, 02 e 05 criam entre si um "*grupo de mensagens*" sobre suposta "*instalação no interior da Prefeitura Municipal [...], de equipamentos [...]*" – fato que se demonstrou inexistente – solicitando agenda com um secretário para "*demonstração dos equipamentos*".

Por fim, o §739 do Relatório Final do IPL indica as supostas interações entre o Prefeito e Senhor 01: (1) ao menos duas visitas de Senhor 01 à residência do Prefeito; (2) ao menos doze visitas de Senhor 01 ao Gabinete do Prefeito; (3) 101 mensagens instantâneas trocadas; Uma chamada de voz pelo WhatsApp; (4) Onze chamadas de voz pelo aplicativo BRIA11 [...]; (5) Senhor 01 oferece levar o Prefeito à PF, alegando ter acesso livre ao estacionamento – Prefeito seria recebido pelo Senhor 05; (6) a pedido de Senhor 01, o Prefeito solicita a permanência de Senhora 02, esposa de Senhor 06, Policial Rodoviário Federal, no cargo [...]; (7) o Prefeito impressiona os Senhores 01 e 02 no pedido para o Secretário de Segurança Pública [...] para a liberação da emissão de empenho da compra do produto [...] da empresa [...]; (8) o Prefeito nomeia uma das filhas de Senhor 01 para exercer cargo em comissão; (9) o Prefeito afirma para o Senhor 01 que solicitou uma audiência para um "contrato" seu na Casa Civil do Governo Federal [...]; (10) Senhor 01 alega que o Prefeito tenha pedido uma pauta para uma reunião com o BACEN, em relação ao Projeto XXX, e ao Senhor 01 encaminhou pauta da reunião [...]; (11) Senhor 01 diz para sua esposa que só depende do Prefeito o emprego para Senhora 04.

2. Os Quesitos

À vista disso, os ilustres causídicos solicitam-nos responder aos seguintes quesitos: (i) está presente a justa causa nas circunstâncias? (ii) a denúncia narra fato típico em tese? (iii) a exordial atendeu ao requisito do art. 41 do CPP?

É o que passamos a examinar.

3. Discussão e Exame

3.1. Organização criminosa. Interações estranhas às exigências típicas. Ausência de Animus Associandi. *Falta de justa causa.*

A denúncia veicula acusação contra o Prefeito de [...], *inter alia* pelo tipo do art. 2º, *caput* e §4º, II, da Lei 12.850/2013, consistente em integrar suposta organização criminosa voltada à prática de fatos tipificados no art. 325, §2º do CP e 2º, §1º, da Lei 12.850/2013, de "*2016 até junho de 2019*".

A própria inicial acusatória reconhece a necessidade de o órgão acusador descrever a "*vinculação dos denunciados com o esquema ilegal*". Isto, na espécie, exigiria demonstrar

um mínimo *animus* associativo do imputado com a prática dos crimes subjacentes. Do contrário, o art. 2º da Lei 12.850/2013 operaria como verdadeira metástase, transformando meras interações socialmente aceitáveis – sejam contatos sociais, políticos ou simples relações contínuas de afinidade – em participação punível em delito autônomo de organização criminosa. Por isso, não basta à denúncia indicar mera "*vinculação*", *sic et simpliciter*. Indispensável descrever uma vinculação *qualificada*, especificamente voltada à composição de uma organização criminosa, pelo que, *contrario sensu*, narrativa de "*vinculação dos denunciados*", por meio de contatos políticos ou sociais, não traduzirá a necessária justa causa.

É bastante elucidativo notar que, no caso concreto, os relatórios de análise de materiais apreendidos dizem que um juiz do local dos supostos fatos teria solicitado a nomeação de sua esposa ao acusado Senhor 05. Segundo o Relatório [...], o Senhor 05, Delegado, teria estado presencialmente com referido juiz, "*tomando um saquê, cerveja e tal*", relatando neste momento ao Senhor 07, outro membro da suposta organização, que "*precisamos que o [...] abra uma vaga aí, para esposa do nosso amigo aqui*". Diz o Relatório que o Senhor 05 jactou-se de deflagrar interações que culminariam com a efetiva "*nomeação, hoje, da esposa do meu amigo juiz*", constando da denúncia que "*em 19.12.2016, [Senhor 05] comenta com um familiar sobre a 'força' de [Senhor 01], referindo-se às nomeações da esposa [do juiz referido]*".

Pois bem, não há vislumbrar aí atos demonstrativos de *animus* associativo do juiz "*com o esquema ilegal*". Afinal, tais pedidos de emprego supostamente deflagrados por "*nosso amigo juiz*" ao suposto membro de organização criminosa não demonstrariam que "*a ocorrência do fato típico esteja evidenciada*" ou "*que haja, no mínimo, probabilidade (e não mera possibilidade) de que o sujeito incriminado seja seu autor e um mínimo de culpabilidade*"[2]. Em outras palavras, trata-se de episódios sem vinculação objetiva com alguma atividade criminosa, passíveis de valoração apenas no plano ético, sendo insuscetíveis de subsunção ao preceito incriminador, sob pena de o delito de integrar organização criminosa transformar-se em oportunidade de responsabilidade objetiva, mercê de denúncias vazias.

A despeito do adequado posicionamento do órgão acusador pela *atipicidade* da conduta imputada no relatório policial ao "*amigo juiz*" – do contrário, teria sido denunciado na inicial, haja vista a competência do TRF da [...] Região – a denúncia veicula acusação em desfavor do Prefeito em circunstâncias muito parecidas. Como visto, a denúncia narra dois pedidos de emprego que teriam sido levados ao conhecimento do Prefeito, com origem em Senhor 01. Não se discute aqui se de fato tais pedidos lhe foram ou não apresentados. *In status assertionis,* a denúncia refere um pedido, em favor da filha de Senhor 01, que já ocupara o cargo para o qual nomeada; outro, em favor de Senhor

2. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa Causa para a Ação Penal*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 222 e 291.

03, funcionário público de carreira nomeado que na verdade fora nomeado para o cargo postulado inclusive antes de o suposto pedido de intervenção chegasse ao Prefeito [...].

A exemplo dos fatos atinentes ao juiz referidos pela autoridade policial, os episódios atribuídos pela denúncia ao Prefeito [...] situam-se no plano de interações alheias a qualquer traço de criminalidade ou conexão com desígnios supostamente criminosos da organização atinentes à violação de sigilo funcional com dano à Administração Pública (art. 325, §2º do CP) e de embaraço à investigação (art. 2º, §1º, da Lei 12.850/2013). Nem a doutrina, muito menos a jurisprudência, extraem tipicidade desses contatos comezinhos, socialmente aceitos e passíveis de valoração apenas no plano ético. Nem as mensagens trocadas, nem os contatos políticos referidos, preenchem minimamente os requisitos típicos do delito de organização criminosa imputado ao Prefeito. Eles, pois, não veiculam o *animus* associativo com a prática de crimes, necessário à concreção do tipo.

Sabidamente, a categoria dos delitos associativos, a exemplo do art. 288 do CP, art. 35 da Lei de Drogas e do delito ora imputado, tem como traço unificador a figura do *animus voltado ao pertencimento à associação*. É dizer, para o surgimento da figura típica, é necessária a demonstração do efetivo intuito de pertencer à organização criminosa alegadamente existente enquanto tal. Neste sentido, Luiz Flávio Gomes, recentemente falecido, asseverou que, "para a configuração de uma Organização Criminosa são exigidos *requisitos mais complexos*"[3], só sendo "possível falar em organizações criminosas se os seus integrantes *desejarem praticar infrações penais* (crime ou contravenção) com penas máximas superiores a 04 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional, com o fim de se obter vantagem de qualquer natureza"[4]. Neste mesmo sentido, José Paulo Baltazar Junior referiu que o delito de organização criminosa consiste numa "união de pessoas com um objetivo comum, mas de caráter ilícito, de modo que a utilização do termo associação serve aos fins de deixar claro que o conceito somente é aplicável quando houve algum grau de permanência ou estabilidade"[5], e, assim, Eliomar da Silva Pereira e Emerson Silva Barbosa lecionam que "*para se ter uma societas sceleris, nos termos da lei, há de haver animus associativo entre seus membros*"[6], *verbis*:

> "A lei exige que esta associação criminosa há de ser estruturalmente ordenada e caracterizada por divisão de tarefas. Assim, não basta para caracterização da organização criminosa que haja o mero concurso de pessoas. *Para se ter uma societas sceleris, nos termos da lei, há de haver animus associativo entre seus membros* e é preciso que ela possua

3. GOMES, Luiz Flávio. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: Juspodivm, 2015.
4. *Ibid*. p. 94.
5. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1246.
6. PEREIRA, Eliomar da Silva; BARBOSA, Emerson Silva. *Organizações criminosas*: teoria e hermenêutica da Lei 12.850/2013. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2015. p. 98.

> uma estrutura organizacional estável montada com o escopo deliberado de exercer atividades voltadas à prática de infrações penais que possuem penas máximas superiores a quatro anos, ou ainda que tais infrações penais sejam matiz transnacional"[7] .

Igualmente, Greco Filho afirma que um dos "requisitos para que se caracterize a criminalidade organizada"[8] é a "associação"[9], ou seja, a "reunião com ânimo associativo, que é diferente de simples concurso de pessoas"[10]. E, por isso:

> "O termo legal 'associação' distingue a reunião de pessoas do simples concurso, como ocorre com o crime de associação, art. 35 da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006). *Há necessidade de um animus associativo, isto é, um ajuste prévio no sentido da formação de um vínculo associativo de fato, uma verdadeira societas sceleris, em que a vontade de se associar seja separada da vontade necessária à prática do crime visado. Excluído, pois, está o crime no caso de convergência ocasional de vontades para a prática de determinado delito, que estabeleceria a coautoria.* [...]. Assim, não basta que se afirme: 'o acusado é membro da máfia XYZ'. *É indispensável que haja demonstração de que integre a organização, como a integra,* basicamente o tipo de atividade que nela exercia e que se trata de uma organização estruturalmente ordenada, com divisão de tarefas etc. Não basta, para qualquer condenação, que haja uma notoriedade extraída dos jornais, sob pena de inépcia da denúncia e, consequentemente, nulidade de eventual condenação"[11].

Nesse sentido, como bem apontam Cezar Bitencourt e Paulo Busato, "para que determinado indivíduo possa ser considerado sujeito ativo do crime de organização criminosa, isto é, para que responda por infração penal (art. 2º) é indispensável que tenha consciência de que participa de uma 'organização' que tem a finalidade de obter vantagem delinquindo"[12]:

> "[...] *Ou seja, é insuficiente que, objetivamente, tenha servido ou realizado alguma atividade que possa estar abrangida pelos objetivos criminosos da organização criminosa*, como, por exemplo, os 'laranjas', que são meros instrumentos, além de não responderem pelo crime de organização criminosa (artigo 2º) também não integram aquele número mínimo legal de participantes. Não respondem por esse crime, por exemplo,

7. *Ibid.* p. 98.
8. GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 20.
9. *Ibid.* p. 20.
10. *Ibid.* p. 20.
11. *Ibid.* p. 20, 28.
12. BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa* – Lei 12.850/2013. São Paulo: 2014. p. 253/254.

> eventuais 'laranjas' que desconhecem a existência ou finalidade da organização criminosa, apenas têm seu nome usado sem proveito pessoal, ou determinados empregados que apenas cumprem ordem de seus superiores. Pela mesma razão, essas pessoas que são consideradas 'meros instrumentos' nas mãos dos criminosos, ou, na linguagem da teoria do domínio do fato, são meros executores e não autores, não respondem pelo crime. Aliás, essas pessoas não podem ser consideradas para completar aquele número mínimo exigido (quatro ou mais) como elementar da tipificação de organização criminosa: falta-lhes o 'animus' associativo, ou seja, a vontade consciente da conduta de associar-se para a prática de crimes determinados"[13].

Particularmente, ensina o Desembargador Federal Leandro Paulsen que a organização criminosa "não se confunde com o concurso eventual de agentes, com o crime cometido de forma isolada ainda que longamente planejado e estruturado grupo para tanto, nem com a associação criminosa"[14], vez que "*mais numerosos são os requisitos para a caracterização da organização criminosa"15*, nisso incluída "a associação de quatro ou mais pessoas"[16], com a expressa "finalidade [de] obtenção de vantagens através da prática de infrações penais"[17].

Salvo melhor juízo, nada na denúncia indica objetivamente que o Prefeito *integre a organização* enquanto tal, ou que mantenha com os corréus ânimo associativo especificamente vinculado à prática de quaisquer crimes[18], ou, ainda mais especificamente, para "praticar infrações penais (crime ou contravenção) com penas máximas superiores a 4 (quatro) anos [...] com o fim de se obter vantagem de qualquer natureza"[19].

Como visto, a denúncia se limita a descrever contatos sociais e políticos socialmente aceitos, espaçados no tempo, mais que naturais a um agente político proeminente como o Prefeito de uma capital. Assim, de plano, criminalizar tais contatos, a pretexto de suposta organização criminosa, exigiria mais que fabulação mental da exordial acusatória, abstraindo-se, nesta sede, críticas que bem poderiam ser feitas ao caráter altamente especulativo, repetitivo e incoerente do Relatório Final do inquérito policial.

E a jurisprudência, a esse respeito, não diverge. Quando do julgamento dos quintos embargos infringentes na Ação Penal 470, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, tratando de imputação do delito do art. 288 do CP – o qual exige o já referido *animus*

13. *Ibid.* p. 253/254.
14. PAULSEN, Leandro. *Crimes federais*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 253/254.
15. *Ibid.* p. 253/254.
16. *Ibid.* p. 253/254.
17. *Ibid.* p. 253/254.
18. GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 28.
19. GOMES, Luiz Flávio. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 94.

associativo – asseverou que "não basta, [...], para a configuração deste delito, que mais de três pessoas, unidas, ainda que por tempo expressivo, pratiquem delitos. É necessário mais"[20]. Ou seja, é necessária uma *affectio* "*qualificada pela intenção específica de cometer crimes*"[21]. A propósito, o seguinte é o teor do voto da eminente Ministra Rosa Weber:

> "[...] Em outras palavras, a lei exige [...] que a *affectio societatis*, que informa a reunião dessas pessoas, seja qualificada pela intenção específica de cometer crimes. Tanto é que se pode delinear o delito de quadrilha – [...] crime formal que é – antes mesmo da prática de qualquer crime. Essa especificidade necessária não se faz presente, *data venia*, no caso dos autos, e, na minha ótica, já integrava implicitamente, como apontam doutrina e jurisprudência majoritárias, o tipo do artigo 288 do Código Penal. E foi tornada explícita na nova redação que lhe deu a recente Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013, lei esta que, além de alterar o *nomen iuris* do tipo para 'associação criminosa' e de diminuir o número de sujeitos ativos de quatro para três, incluiu o adjetivo 'específico' a qualificar a finalidade dos agentes"[22].

Nesse mesmo sentido, o Col. STJ, quando do julgamento da Ação Penal 549 asseverou que "a estrutura central deste crime reside na consciência e vontade de os agentes organizarem-se em bando ou quadrilha com a finalidade de cometer crimes"[23] e que "não basta, como na co-participação criminosa, um ocasional e transitório concerto de vontades para determinado crime: é preciso que o acordo verse sobre uma duradoura atuação em comum, no sentido da prática de crimes não precisamente individuados"[24], *verbis*:

> "IX – A conduta típica prevista no art. 288 do Código Penal consiste em associarem-se, unirem-se, agruparem-se, mais de três pessoas (mesmo que na associação existam inimputáveis, mesmo que nem todos os seus componentes sejam identificados ou ainda, que algum deles não seja punível em razão de alguma causa pessoal de isenção de pena), em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes (Luiz Régis Prado in 'Curso de Direito Penal Brasileiro – Volume 3, Ed. Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2006, página,606). *A estrutura central deste crime reside na consciência e vontade de os agentes organizarem-se em bando ou quadrilha com a finalidade de cometer crimes*. Trata-se de crime autônomo, de perigo abstrato, permanente e de concurso necessário, inconfundível com o simples concurso eventual de pessoas. '*Não basta, como na co-participação criminosa, um ocasional e transitório concerto de vontades para determinado crime: é preciso que o acordo verse sobre uma duradoura atuação em comum, no sentido da*

20. STF, AP 470 EI-quintos, Relator(a): Min. Luiz Fux, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 27.02.2014, Acórdão Eletrônico *Dje* 161 Divulg 20.08.2014, p. 21.08.2014.

21. *Ibid.*

22. *Ibid.*

23. APn 549/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, j. 21.10.2009, *DJe* 18.11.2009.

24. *Ibid.*

> *prática de crimes não precisamente individuados*.' (Nelson Hungria in 'Comentários ao Código Penal – Volume IX', ed. Forense, 2ª edição, 1959, página 178). Pouco importa que os seus componentes não se conheçam reciprocamente, que haja um chefe ou líder, que todos participem de cada ação delituosa, o *que importa, verdadeiramente, é a vontade livre e consciente de estar participando ou contribuindo de forma estável e permanente para as ações do grupo* (Rogério Greco in 'Código Penal Comentado', Ed. Impetus, 2ª edição, 2009, página 682)"[25].

E, não por outra razão, o mesmo requisito objetivo é exigido quando se trata de associação para o tráfico. Ainda quando jurisdicionava perante o TRF da 4ª Região, o saudoso Ministro Teori Zavascki registrou que "é a estabilidade ou permanência é que marcam a societas delinquendi, que não se confunde com o caráter de transitoriedade da 'co-participação criminosa (societas criminis ou societas in crimine)"[26], *verbis*:

"O delito do art. 14, da Lei 6.368, de 1976, é (ou era) semelhante, em sua substância, ao do art. 288 do CP, a cujo respeito constam os seguintes comentários de José Silva Júnior em 'Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial' (vários autores, RT, SP, 4. ed., pág. 1512): 'Define-a Nélson Hungria: 'reunião estável ou permanente (que não significa perpétua), para o fim de perpetração de uma indeterminada série de crimes'(Comentários ao Código Penal, 91 178). Essa associação, cujas características essenciais são a estabilidade e a permanência da aliança, é punida independentemente dos crimes ou malefícios que venha a praticar. Na verdade, esse acordo de vontade, com um fim comum – cometimento de crimes –, reflete apenas um ato preparatório, elevado à categoria de crime autônomo, em razão do perigo que representa e do alarma social que provoca – v. Helena Fragoso, Lições de Direito Penal, 31296. Distingue-se da co-participação criminosa, que exige um ocasional e transitório concerto de vontades para determinado crime. Na quadrilha ou bando esse acordo concerne a uma duradoura atuação em comum, visando à perpetração de crimes da mesma espécie ou não, sempre mais ou menos determinados. Assim, a organização, sendo suficiente a rudimentar, e a estabilidade ou permanência é que marcam a societas delinquendi, que não se confunde com o caráter de transitoriedade da 'co-participação criminosa (societas criminis ou societas in crimine)'."[27].

Respeitosamente, se tal *animus* associativo especificamente voltado ao cometimento de delitos é requerido tanto para a associação criminosa, quanto para a associação criminosa para o tráfico, *a fortiori* deve ele ser exigido com maior rigor inclusive quando se tratar de imputação de organização criminosa. Afinal, bem registra o eminente Desembargador Federal Leandro Paulsen, "*mais numerosos são os requisitos para a caracterização da organização criminosa*"[28].

---

25. *Ibid.*

26. TRF4, ACR 94.04.05616-2, Segunda Turma, Relator Teori Albino Zavascki, *Dj* 07.12.1994.

27. *Ibid.*

28. PAULSEN, Leandro. *Crimes federais*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 253/254.

E assim as Cortes Regionais vêm entendendo. O Desembargador Federal Nino Toldo, julgando a Operação *Corrieu*, referiu que

> "[...] da análise do art. 1º, § 1º, em conjunto com o art. 2º, § 3º, da Lei 12.850/2013, verifica-se que, para estar caracterizada a existência de uma organização criminosa, exige-se a associação de, pelo menos, quatro pessoas, de forma estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, sob um comando individual ou coletivo, com o objetivo de obter vantagem mediante o cometimento de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos [...]".[29]

Ao passo que a "associação criminosa prevista no art. 288 do Código Penal é menos sofisticada, exigindo apenas a presença de três ou mais pessoas para o fim específico de cometer crimes, não demandando a existência de estrutura ordenada ou divisão de tarefas"[30]. Afinal, como referido, é necessária à imputação de associação criminosa "*demonstração do caráter permanente da associação*. Há que se verificar o *animus* de estabilidade entre os associados, que se unem de forma não eventual, *imbuídos de uma vontade associativa duradoura, com o fito de praticarem os crimes*"[31].

Também a Sétima Turma do Colendo TRF da 4ª Região exigiu demonstração específica do "*vínculo entre os réus e organização criminosa*"[32] para a imputação em comento. Embora se tenha entendido comprovada, naquele caso, a existência de uma organização criminosa, o Tribunal afastou a incriminação dos apelantes, à míngua da vontade associativa de *cometer crimes*:

> "2. Associação Criminosa. Diz a Lei 12.850/2013: [...]. Quanto ao delito de associação criminosa, [...], reconsidero a compreensão inicialmente manifestada para aderir ao entendimento de que não foi produzida prova concreta, e suficiente, a demonstrar que os réus [...] integravam a organização criminosa comandada por Neudimar Menegasi. Embora tenha sido trazida aos autos satisfatória comprovação de que Neudimar conduzia uma organização criminosa, não é possível, de outro lado, afirmar que os ora apelantes a integraram. Em outras palavras, há razoável dúvida acerca do vínculo dos administradores das empresas Athenas, Foz Global e Apolo Import com a organização criminosa criada e comandada por Neudimar Menegassi, havendo tão somente a indicação de que Emerson, Matheus e Marco Antônio efetivamente tiveram contato

29. TRF3, 11ª Turma, Ap. 0009225-55.2014.4.03.6104, Rel. Nino Toldo, j. 05.06.2018.

30. *Ibid.*

31. TRF5, ACR 5817 2007.83.00.012810-2, Relator Francisco Wildo, 2ª Turma, Data:15.04.2010, pg.383.

32. TRF4, ACR 5017469-49.2015.4.04.7000, 7ª Turma, Relator Márcio Antônio Rocha, juntado aos autos em 17.05.2018.

> com Neudimar Menegassi, nada tendo sido comprovado quanto a eventual auxílio nas atividades ilícitas por aquele desenvolvidas no Brasil"[33].

A situação, *in casu*, é a mesma. *De arguendo*, existindo, ou não, a organização criminosa de que trata a denúncia, as condutas imputadas ao réu, Prefeito, não demonstram, nem de longe, que o acusado, por hipótese a integraria. Guardadas as diferenças entre as imputações, parece-nos acertada a observação do Desembargador Federal Luiz Fernando Wowk Penteado, segundo o qual "não se concebe que uma pessoa seja condenada pelo delito de quadrilha, sem a prova induvidosa de que tinha consciência e vontade de se associar a outras *com a finalidade de cometer crimes*"[34]. Isso porque "o tipo subjetivo do delito de quadrilha exige o dolo específico, consubstanciado na vontade do agente de se associar a outros com a finalidade de cometer crimes"[35].

A experiência estadunidense não é muito diferente. A título ilustrativo, o *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations*, conhecido pelo acrônimo de *RICO* e promulgado em 1970 como o Título IX da Lei do Crime Organizado[36], trata no §1962(c) do § 18 do USC de "conduzir ou participar, direta ou indiretamente, da realização das atividades" de uma organização criminosa[37]. A jurisprudência americana entende, num plano analítico, que o crime de organização criminosa depende de um duplo requisito distinto: (i) a existência da organização criminosa enquanto tal, com todos os seus elementos; (ii) a existência, ainda que sem condenação, dos crimes subjacentes por ela praticados de forma sistemática. Cabe ao órgão acusador descrever ambos os requisitos, um não levando *ipso facto* à existência do outro, o que impõe maior rigor narrativo.

Por exemplo, *US v. Pungitore* realçou que "uma pessoa *pode se integrar a uma associação criminosa subjacente*, concordando em cometer um delito, *sem cometer o crime de organização da lei Rico*"[38]. Ademais, a Suprema Corte entendeu, em *US v Turkette*, que se cuidam de dois planos distintos, por isso que "uma empresa criminosa é uma entidade em separado e à parte do comportamento criminoso a que se dedica"[39], *in verbis*:

33. *Ibid.*

34. TRF4, ACR 2000.71.00.037905-4, 8ª Turma, Relator Luiz Fernando Wowk Penteado, *DJ* 03.05.2006.

35. *Ibid.*

36. Estados Unidos da América. Lei 91-452, § 84 Stat 922 (1970), de 15 de outubro de 1970. Codificada no 18 U.S. Code §1961-1968.

37. Diferentemente de um *numerus clausus,* a lei brasileira optou pela enumeração aberta dos crimes subjacentes como sendo "infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional".

38. US v. Pungitore, 910 F.2d 1084 (3d Cir. 1990).

39. US v. Turkette, 452 US 576 (1981).

> "A empresa é uma entidade, um grupo de pessoas *associadas ao propósito comum de desenvolver a conduta criminosa* [subjacente]. O comportamento criminoso [subjacente] consiste, por outro lado, no *conjunto de atos criminosos definidos em lei*. O *primeiro* é comprovado pela demonstração da organização, formal ou informal, *em que os membros funcionam como unidade permanente*. O segundo é provado pelo conjunto de atos criminosos *realizados pelos integrantes do empreendimento*. Embora a prova desses elementos separados possa ser idêntica em certos casos, *a prova de um não conduz à prova do outro. A empresa criminosa não é o comportamento criminoso [subjacente]; é uma entidade separada e à parte do comportamento criminoso desenvolvido*"[40].

Nesse contexto, não basta à denúncia descrever supostos crimes subjacentes de uma organização criminosa e, *per saltum,* imputar a participação nesta última com base em interações ou *animus* associativo não específica e objetivamente voltado ao cometimento de delitos. De fato, tratando-se de imputação autônoma, exige-se que a denúncia apresente atos objetivos concretos, tendentes a demonstrar que o agente desejou ingressar numa associação hierarquizada, organizada, especificamente estruturada, *in casu*, para o "sistemático cometimento de crimes de violação de sigilo funcional" e não simplesmente contatos ou interações desprovidas dessa natureza, que não pode ser presumida pelo órgão acusador. E o ato que sela o cometimento do crime de organização criminosa contempla *características mínimas e indispensáveis que, na espécie, simplesmente não existem ou, na melhor das hipóteses, não foram nem de longe narradas na denúncia em análise*.

A propósito, tornando à experiência com a Lei RICO, *Reves v. Ernst & Young* configura *leading case* sobre os requisitos aptos a caracterizar *ingresso em organização criminosa*[41]. Segundo este julgado, o ato de tomar parte em organização criminosa não é dado por qualquer interação, mesmo que criminosa – o que sequer existe em relação ao Prefeito da capital. Na verdade, "*para participar, direta ou indiretamente, na condução desse empreendimento, o agente deve ter alguma responsabilidade na direção dos negócios*", sendo, portanto, necessário apontar que o agente "*operou, administrou ou dirigiu os negócios*"[42]. Assim, "*participar reclama tomar parte na direção*", ou seja, "*o agente deve tomar alguma parte na condução dos negócios da organização*"[43]. A integração, portanto, é um ato qualificado. Em outros termos, "a legislação não penaliza o envolvimento tangencial com uma organização; o autor tem que alegar e provar que *o réu tomou certa parte na direção ou na condução da suposta associação, de modo a participar da operação ou administração*

40. *Ibid.*

41. Reves v. Ernst & Young, 507 US 170 (1991).

42. *Ibid.*

43. *Ibid.*

dessa empresa enquanto tal"[44], pelo que "atividades esporádicas"[45], se houvessem, seriam insuficientes para consumar o crime de organização criminosa, sob pena de viabilizar processos com base em subjetividades e fabulações mentais, à semelhança da interação entre o Senhor 06 e "*meu amigo juiz*". Nesse sentido, a nomeação de pessoas para cargos, sequer relacionados à suposta prática delitiva subjacente, e contra os quais nada, absolutamente nada, fora sequer apontado, se revela inclusive *inidônea* a título de participação penalmente relevante em organização criminosa.

Segue-se, também aí, que a denúncia carece, quanto ao Prefeito, de justa causa relacionada a atos de participação em organização criminosa, vez que optou por oferecer, em lugar de fatos capazes de apontar para um vínculo associativo voltado ao cometimento de delitos, um rol de interações fragmentárias, meramente sociais e amorfas, carentes dessa natureza, omitindo-se de trazer – até porque totalmente inexistente no caso do Prefeito – qualquer "*elemento, ainda que circunstancial, que autorize intuir validamente o nexo de causalidade entre a atuação do primeiro acusado [interações políticas e sociais] e o resultado afirmado [integração de organização criminosa]"*[46].

Nesse contexto, de acordo com estudo da Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura, a "justa causa para a ação penal condenatória, no Direito brasileiro, corresponde ao fundamento da acusação"[47], *i.e.*, que "a ocorrência do fato típico esteja evidenciada; que haja, no mínimo, probabilidade (e não mera possibilidade) de que o sujeito incriminado seja seu autor e um mínimo de culpabilidade"[48]. Exigem-se tais elementos mínimos para garantir que a ação penal tenha "*condições de viabilidade"*[49] e, assim, prevenir contra a ocorrência de "procedimentos temerários e infundados"[50], em razão do "caráter infamante do processo penal em si, em que o simples fato de estar sendo processado já significa uma grave 'pena' imposta ao indivíduo"[51]. Desse modo, a doutrina demanda que, "no limiar do processo a ser instaurado se mostre ao Juiz a seriedade do pedido, exibindo-lhe os elementos em que se esteia a acusação"[52].

---

44. Phoebe Morse v. Glen Rudler, 576 F.3d 39 (2009).
45. H.J. Inc. v. NW Bell Tel. Co., 492 U.S. 229 (1989).
46. STF, Inq 3507, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 08.05.2014, Acórdão Eletrônico *DJe* 112 Divulg 10.06.2014, Public 11.06.2014.
47. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa Causa para a ação penal:* doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 222 e 291.
48. *Ibid.* p. 222 e 291.
49. MARQUES, José Frederico. *Estudos de Direito Processual Penal*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2001. p. 145.
50. *Ibid.* p. 145.
51. BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. p. 175.
52. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva. 2001. p. 489. v.1.

Também o TRF da 4ª Região entende que "a existência de justa causa consiste na reunião de elementos mínimos de convicção quanto à autoria e à materialidade, suficientes ao início da ação penal"[53]. Nesse exato sentido, pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

> "Direito Processual Penal e Penal. 2. Inquérito. 3. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional, art. 19 da Lei 7.492/86. Obtenção de financiamento mediante fraude. [...] 7. *Justa Causa: 'ônus da acusação de demonstrar, ainda que superficialmente, porém com fundamento de relativa consistência, nesta fase preliminar do processo, os fatos constitutivos sobre os quais se assenta a pretensão punitiva do Estado'. Precedentes. 8. Inexistência de elemento, ainda que circunstancial, que autorize intuir validamente o nexo de causalidade entre a atuação do primeiro acusado e o resultado afirmado.* [...]"[54].

Portanto, não só de atipicidade se cuida na espécie: vislumbra-se que a peça acusatória não aporta justa causa para instauração da ação penal em face do Prefeito. Limitada a declinar supostos contatos e interações socialmente aceitas, envolvendo uma eminente figura pública como o Prefeito de uma capital – *contra o qual absolutamente nenhum ato criminoso consegue objetivamente apontar* – a inicial acusatória deixa de indicar "*elemento, ainda que circunstancial, que autorize intuir validamente o nexo de causalidade entre a atuação do primeiro acusado e o resultado afirmado*"[55]. Assim, a exemplo dos fatos atribuídos ao "*meu amigo juiz*", referido no Relatório do Inquérito, não existe qualquer ato ou início de ato relacionado a fato criminoso atribuível ao Prefeito, não sendo possível concluir que "a ocorrência do fato típico esteja evidenciada; que haja, no mínimo, probabilidade (e não mera possibilidade) de que o sujeito incriminado seja seu autor e um mínimo de culpabilidade"[56].

É que "[a] imputação penal – que não pode constituir mera expressão da vontade pessoal e arbitrária do órgão acusador – deve apoiar-se em base empírica idônea, que justifique a instauração da '*persecutio criminis*', sob pena de se configurar injusta situação de coação processual, pois não assiste, a quem acusa, o poder de formular, em juízo, acusação criminal desvestida de suporte probatório mínimo"[57]. Em síntese, vale, aqui, o que tem reiterado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

---

53. TRF4, HC 5037242-26.2018.4.04.0000, 7ª Turma, Relator Luiz Carlos Canalli, j. aos autos em 23.11.2018.

54. STF, Inq 3507, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 08.05.2014, Acórdão Eletrônico *Dje* 112 Divulg 10.06.2014, Public 11.06.2014.

55. *Ibid.*

56. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa Causa para a ação penal:* doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 222 e 291.

57. Inq 1978, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 13.09.2006, *Dje* 082 Divulg 16.08.2007.

> "HABEAS CORPUS – [...]. PERSECUÇÃO PENAL - MINISTÉRIO PÚBLICO - APTIDÃO DA DENÚNCIA. O Ministério Público, para validamente formular a denúncia penal, deve ter por suporte uma necessária base empírica, a fim de que o exercício desse grave dever-poder não se transforme em instrumento de injusta persecução estatal. O ajuizamento da ação penal condenatória supõe a existência de justa causa, que se tem por inocorrente quando o comportamento atribuído ao réu 'nem mesmo em tese constitui crime, ou quando, configurando uma infração penal, resulta de pura criação mental da acusação' (RF 150/393, Rel. Min. OROZIMBO NONATO). A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura ao réu o pleno exercício do direito de defesa. Denúncia que não descreve adequadamente o fato criminoso é denúncia inepta. [...]"[58].

In casu, *a denúncia simplesmente não descreve atos que objetivamente indiquem a integração do Prefeito a qualquer associação criminosa que seja. Tudo ficou por conta de fabulação da peça portal*. Quando muito, e de forma rasa, a inicial relata interações esporádicas, claramente tangenciais, socialmente aceitáveis, entre pessoas que, aparentemente, se conheciam, tudo sem aptidão para caracterizar ato consumativo de organização criminosa, pois distante dos rigorosos requisitos *atinentes ao tipo*. Ou seja, todos os episódios "em que o Prefeito [...] figura" carecem de vinculação objetiva com "*sistemático cometimento de crimes de violação de sigilo funcional*", "*com o esquema ilegal*" ou com "*prática de infrações penais*". Consequentemente, revela-se atípica a narrativa apresentada e/ou carente de justa causa a ação penal intentada em face do Prefeito por organização criminosa, de modo que se impõe a respectiva rejeição.

3.2. Organização criminosa. Inépcia. Narrativa que destoa da tipicidade mínima. Déficits narrativos quanto à violação de sigilo predicada à organização criminosa.

Como referido, a denúncia versa sobre organização criminosa nos moldes do art. 2º, *caput*, da Lei 12.850/13, tornando necessária a narrativa da "prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 04 (quatro) anos", no que releva. Assim, incumbia à denúncia descrever os crimes predicados da pretensa organização criminosa, o que intentou fazer mediante alusão aos "delitos do artigo 325, §2º, do Código Penal (violação de sigilo funcional em prejuízo da Administração Pública), e do artigo 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013 (embaraçar investigações de organizações criminosas)", [...]

58. HC 73271, Relator(a): Min. Celso de Mello, Primeira Turma, j. 19.03.1996, *DJ* 04.10.1996 PP-37100 EMENT VOL-01844-01 PP-00060.

A inicial acusatória afirma, sem fatos concretos, que:

> "Senhor 01 e Senhor 02 figuravam como representantes da empresa [...], condição que, paralelamente, empregavam para oferecer a terceiros acesso indevido a informações sigilosas de investigações criminais"; que "Senhor 05 [...], Senhor 06 [...], e Senhor 07 [...], detinham acesso privilegiado a informações referentes a investigações conduzidas naquelas instituições, assim como aos sistemas próprios de inteligência policial, condição na qual obtinham e repassavam dados de interesse da organização criminosa, em violação ao dever de sigilo funcional a que todos estavam submetidos"; e, finalmente, que "o Prefeito [...] e Senhor 02 [...], eram abastecidos de informações derivadas das sistemáticas violações de sigilo e as disseminavam a terceiros, agentes públicos municipais e estaduais, que fossem identificados como alvos de investigações criminais, no intuito de embaraçar a apuração de infrações penais envolvendo organizações criminosas".

Nesse sentido, *especificamente quanto ao art. 325,* caput e §2º, do CP, a doutrina esclarece que sujeito ativo do delito é quem possui relação funcional com o fato ilegalmente divulgado. Guilherme de Souza Nucci esclarece que, se o acusado "*tomou ciência do fato por intermédio de outra fonte que não o seu cargo, não comete o delito previsto neste tipo penal*"[59]: "*Em razão do cargo*: significa que a informação somente chegou ao seu conhecimento *porque exerce uma função pública.* [...] Entretanto, se tomou ciência do fato *por intermédio de outra fonte que não o seu cargo*, não comete o delito previsto neste tipo penal"[60].

Também Wunderlich afirma que o delito "consuma-se no momento em que o sujeito ativo revela a terceiro fato que teve ciência nas circunstâncias definidas no tipo penal, isto é, *em razão do cargo e que deve ser mantido em segredo*"[61], sendo que "o sujeito ativo detém uma qualidade especial *de funcionário público que tenha ciência da informação*"[62]. E mais:

> "c) *Dever funcional específico* [-] Sustentamos a posição de Hungria (1959, p. 397), ao acentuar a necessidade de *um dever funcional de segredo que não seja genérico, mas objetivo e específico. O tipo 'somente se impõe ao funcionário que, ratione officii, não podia deixar de ter ciência do segredo. O pressuposto da conduta típica é o conhecimento do segredo em razão do cargo*'"[63].

59. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1479.

60. *Ibid.* p. 1479.

61. WUNDERLICH, Alexandre. Arts. 312 a 327. In: REALE JR., Miguel (org.). *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 952/953.

62. *Id.*, p. 952.

63. *Ibid.* p. 954.

Ou seja, para fins de uma adequada imputação, não basta ser funcionário público; é necessário que a denúncia, ao menos em tese, esclareça que foi em razão dessa função especificamente desempenhada que se teve acesso à informação posteriormente ilegalmente disseminada. Afinal, é necessário "um dever funcional de segredo que não seja genérico, mas objetivo e específico. O tipo 'somente se impõe ao funcionário que, *ratione officii*, não podia deixar de ter ciência do segredo. O pressuposto da conduta típica é o conhecimento do segredo em razão do cargo'"[64].

Ocorre que a denúncia não descreve qual seria o "dever funcional específico" alegadamente violado na espécie. Como visto, "o Prefeito e o Senhor 02 figuravam como representantes da empresa [...]"; "Senhor 05 [...], Senhor 06 [...], e Senhor 07" trabalhavam em distintos órgãos policiais; e, finalmente, "o Prefeito [...] e o Senhor 02" *eram funcionários públicos municipais*, sob os quais, nem mesmo em tese, pesa qualquer imputação a esse título.

Mutatis mutandis, o eminente Ministro Edson Fachin rejeitou a denúncia formulada em desfavor de acusado no âmbito da Operação Lava-Jato, uma vez que não fora ele o responsável pelo acesso e compartilhamento das referidas informações, haja vista que "*o prévio acesso a informações sigilosas [...] teria decorrido de conduta atribuída, em verdade, a José Zonis, Diretor de Operação e Logística da BR Distribuidora à época dos fatos*"[65]. Confira-se:

> "Circunstâncias fáticas verificadas das contratações da UTC Engenharia S/A pela BR Distribuidora S/A ensejaram a imputação ao denunciado Pedro Paulo Bergamaschi de Leoni Ramos da prática também dos crimes de frustração de procedimento licitatório e de *violação de sigilo funcional qualificado*, descritos no art. 84, § 2º, art. 90 da Lei 8.666/93 *e art. 325, § 2º, do Código Penal*, respectivamente. Da mesma forma, constato que *os elementos indispensáveis ao recebimento da denúncia não são identificados na imputação referente a tais figuras típicas (fraude à licitação e de violação de sigilo funcional) atribuídas a esse acusado. Com efeito, padece o relato acusatório de informações a respeito da maneira pela qual o acusado teria interferido no caráter competitivo das licitações em prol das empreiteiras referidas, ou, de qualquer modo, como teria quebrado o sigilo dos* orçamentos estimados das obras de construção de bases de distribuição de combustível da sociedade de economia mista. Nesse *aspecto, aponta a acusação que o prévio acesso a informações sigilosas, relativas aos "orçamentos estimados das obras de construção de bases de distribuição de combustível da sociedade de economia mista federal [...], no âmbito dos respectivos Procedimentos Licitatórios Simplificados" (fl. 50), por parte da empreiteira*

64. *Ibidem*, p. 954.

65. Inq 4112, Relator(a): Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 22.08.2017, Acórdão Eletrônico *Dje* 256 Divulg 09.11.2017 Public 10.11.2017.

> *UTC Engenharia S/A, teria decorrido de conduta atribuída, em verdade, a José Zonis, Diretor de Operações e Logística da BR Distribuidora à época dos fatos"*[66].

A propósito, no conhecido caso da violação do painel eletrônico do Senado Federal, acusado o falecido Senador Antônio Carlos Magalhães, a insigne Ministra Ellen Gracie, relatora, referiu que "*o delito de violação de sigilo funcional exige que o fato revelado tenha chegado ao conhecimento do agente em razão do cargo, ou seja, em razão da competência funcional decorrente do exercício regular do cargo, sendo mister um nexo de causalidade entre a função ocupada e a ciência do fato sigiloso"*[67]. E, assim, concluiu: "Se, para alcançar o sigilo, for preciso uma anterior conduta anômala e abusiva ao exercício regular do cargo [...], resta evidente que o conhecimento dos dados sigilosos não é decorrência natural do desempenho das funções ocupadas pelo agente revelador"[68].

O voto foi seguido pelo eminente Ministro Cezar Peluso, segundo o qual:

> "[...] o *funcionário indiscreto* – mas não precisa ser 'indiscreto', o adjetivo pode ser outro – que não inclua, entre as suas atribuições, obter conhecimento de certo dado sigiloso, evidentemente não comete o crime quando lhe tem acesso por indiscrição. Pode cometer outra coisa, mas esse crime não comete"[69].

Não por outra razão, o insigne Ministro Nelson Jobim relatou que "a narrativa do Ministério Público é vaga. Não expõe nexo de causa e efeito entre a imputada revelação e os cargos exercidos pelos denunciados"[70]. E, com apoio, no parecer de lavra de Eugenio Raúl Zaffaroni, asseverou:

> "O conhecimento 'em razão do cargo' é o que tem o funcionário que o adquire necessária ou eventualmente em razão de sua própria competência funcional, *mas não o que adquire indevidamente aproveitando as oportunidades que o cargo lhe venha a oferecer para cometer uma irregularidade suscetível de gerar responsabilidade administrativa ou política"*[71].

---

66. Inq 4112, Relator(a): Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 22.08.2017, Acórdão Eletrônico *Dje* 256 Divulg 09.11.2017 Public 10.11.2017.
67. Inq 1879, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 10.09.2003, *Dj* 07.05.2004 Pp-00035 Ement Vol-02150-01 Pp-00028.
68. *Ibid.*
69. *Ibid.*
70. Inq 1879, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 10.09.2003, *Dj* 07.05.2004 Pp-00035 Ement Vol-02150-01 Pp-00028.
71. *Ibid.*

E assim concluiu o eminente Ministro Sepúlveda Pertence: "é elementar de sua vez, não haver violação de sigilo funcional, se o alcance do segredo indevidamente revelado não se contém na esfera de atribuições do cargo dos agentes denunciados"[72].

Nesse contexto, calha trazer à baila trecho do Relatório Final do Inquérito Policial, segundo o qual os servidores responsáveis pelo acesso indevido às informações sigilosas *não* são réus da presente ação penal, mas "*policiais federais que não tinham relação com a operação*", os quais "*teriam acessado indevidamente a informação*", sendo, assim, "*identifica[dos] os eventuais acessos indevidos*" [...].

Ora, o caso sob análise é idêntico ao julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2003. *In casu*, não nos parece que a denúncia tenha adequadamente descrito o delito predicado. Isso porque, como visto, o tipo "somente se impõe ao funcionário que, *ratione officii*, não podia deixar de ter ciência do segredo"[73], ao passo que a denúncia não esclarece (i) qual seria a relação entre os cargos ocupados pelos corréus e os fatos narrados; (ii) de onde adviria o sigilo funcional alegado; nem como (iii) teria sido violado, em razão das informações especificamente referidas.

A bem da verdade, colhe-se da denúncia, justamente, o contrário: a existência de supostos acessos "indevidos"; "indiscretos"; por quem "não tinha relação com a operação". Afinal, a teor do relatório final do inquérito policial, pessoas que "*não tinham relação com a operação teriam acessado indevidamente a informação*", o que não se amolda à figura típica, pois:

> "[...] *o delito de violação de sigilo funcional exige que o fato revelado tenha chegado ao conhecimento do agente em razão do cargo, ou seja, em razão da competência funcional decorrente do exercício regular do cargo, sendo mister um nexo de causalidade entre a função ocupada e a ciência do fato sigiloso*"[74].

Ademais, saliente-se que a figura predicada à organização criminosa não é a mera "violação de sigilo funcional", mas sim aquela qualificada pelo resultado "dano à Administração Pública". Afinal, a denúncia alude à prática do delito previsto no "artigo 325, §2º, do Código Penal (violação de sigilo funcional em prejuízo da Administração Pública)".

Entretanto, também aí não se está diante de uma narrativa consistente. *Isso porque a denúncia não esclarece qual teria sido o dano causado à Administração Pública — necessariamente diverso do suposto embaraço a investigações* — de modo a autorizar a consideração da severa figura prevista no §2º do referido dispositivo. Em outras palavras, segundo a denúncia, o próprio resultado qualificado que seria suficiente à imputação do art. 325, §2º, do CP, é o mesmo substrato fático que calca o alegado embaraço às

72. *Ibid.*

73. WUNDERLICH, Alexandre. Arts. 312 a 327. In: REALE JR., Miguel (org.). *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 954

74. Inq 1879, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 10.09.2003, *Dj* 07.05.2004 Pp-00035 Ement Vol-02150-01 Pp-00028.

investigações. No ponto, basta verificar que a denúncia, nem mesmo *in status assertionis,* autonomiza os crimes predicados, tratando-os indistintamente, como se estivesse diante de um só fato delituoso. Confira-se:

> "[...] os denunciados, agindo em comunhão de vontades e de esforços, constituíram e integraram organização criminosa, consistente na associação de mais de quatro pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão informal de tarefas, com objetivo de obter, direta e indiretamente, vantagens financeiras, pessoais e políticas, *mediante a prática sistemática de infrações penais, em especial os delitos do artigo 325, § 2º, do Código Penal* [...], *e do artigo 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013* [...] O Prefeito, e Senhor 02, funcionário público estadual [...], eram abastecidos de informações derivadas das sistemáticas violações de sigilo e as disseminavam a terceiros, agentes públicos municipais e estaduais, que fossem identificados como alvos de investigações criminais, no intuito de embaraçar a apuração de infrações penais envolvendo organizações criminosas. [...] Senhor 01 foi o principal articulador e exerceu o comando da organização. Servidor público aposentado e com histórico de décadas de militância político-partidária, detinha trânsito fácil em diversos órgãos da Administração Pública, como a Assembleia Legislativa [...] e a Prefeitura Municipal [...], além de múltiplos contatos com servidores do Poder Executivo estadual, inclusive Secretários de Estado, condição que explorou para montar e desenvolver a estrutura, integrada pelos demais denunciados, *dedicada ao sistemático vazamento de operações policiais, sabotando esforços oficiais de combate ao crime organizado*".

Em síntese, conforme a denúncia, a prática da alegada violação de sigilo seria um *crime-meio* para embaraçar investigações criminosas, este o *crime-fim*. Veja-se: aos mesmos alegados fatos — "sistemático vazamento de operações policiais, sabotando esforços oficiais de combate ao crime organizado" — atribuiu o *parquet* dupla capitulação: "os delitos do artigo 325, § 2º, do Código Penal [...], e do artigo 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013", o que, sabidamente, não satisfaz o art. 41 do CPP. Outrossim, o aventado "sistemático vazamento de operações policiais, sabotando esforços oficiais de combate ao crime organizado" não indica qualquer "dano" autônomo para tipificar a qualificada figura do §2º do art. 325 do Código Penal. Trata-se, com o devido acatamento, senão de inépcia, de inaceitável *bis in idem*.

Portanto, não se vislumbra na narrativa acusatória, sequer em tese, autonomia típica quanto ao delito em comento, suficientes a subsidiar a imputação de organização criminosa em desfavor do Prefeito.

3.3. Organização Criminosa. Inépcia. Narrativa que destoa da tipicidade mínima. Déficits narrativos quanto ao embaraço de investigação de organização criminosa predicado à própria organização criminosa.

O segundo delito predicado à organização criminosa é o tipo previsto no art. 2º, §1º, da própria Lei 12.850/13, segundo o qual "nas mesmas penas [cominadas ao delito de

organização criminosa] incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa". Como visto, a denúncia narra que o próprio dano causado à Administração Pública seria o embaraço às investigações [...].

Entretanto, com o devido acatamento, os supostos embaraços não se encontram narrados nos moldes exigidos pelo art. 41 do CPP. Com efeito, a denúncia não aponta objetivamente que investigações teriam sido supostamente embaraçadas.

No ponto, não se descuida que se trata de tipo considerado formal, que independe de um resultado naturalístico para sua configuração[75]. Ocorre que tal tipo não é isento de críticas, afinal, "o tipo penal é demasiadamente aberto, vago e impreciso, e isso poderá gerar dúvidas ao intérprete com relação a que atos ou procedimentos que poderiam implicar em embaraço à investigação criminal"[76]. Tal circunstância, saliente-se, não abre à denúncia a possibilidade de narrar debilmente um fato, mas, a bem da verdade, apenas reforça a necessidade de descrever, ainda que minimamente, como teria ocorrido o pretenso embaraço das investigações e como isso seria diferente do próprio vazamento já capitulado.

Veja-se que a denúncia não esclarece quais investigações de organização criminosa teriam sido embaraçadas pelos réus, nem como isso teria ocorrido; limita-se tão somente a referir que teria ocorrido "*vazamento de operações policiais, sabotando esforços oficiais de combate ao crime organizado*", aludindo à existência de informações sobre [...] operações [...].

Ora, com o devido acatamento, não se extrai da denúncia que tais operações estariam, efetivamente, investigando organizações criminosas, muito menos que o compartilhamento de informações supostamente relacionadas a essas operações seria tentativa de embaraço. A mera existência de suposto "vazamento", tipificado nos moldes do art. 325, do CP, não se confunde com "embaraço à investigação de organização criminosa", "sabotando esforços oficiais de combate ao crime organizado". O contexto narrado pela denúncia, respeitosamente, apenas reforça a manifesta confusão decorrente da dupla predicação em razão do mesmo suporte fático apontado, trazendo, também aqui, causa de inépcia da denúncia.

Mutatis mutandis, o Eg. TRF da 5ª Região trancou ação penal em que se buscava a responsabilização criminal, no âmbito da Operação Turbulência, justamente em face da ausência de maiores descrições a respeito do fato típico predicado à própria organização

75. "Na modalidade de embaraçar, o delito é formal (de consumação antecipada ou de resultado cortado), porquanto restará consumado se, de qualquer modo, o sujeito atrapalhar ou perturbar o andamento normal da investigação ou do processo, ainda que não alcance a sua interrupção propriamente dita" (MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime Organizado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 21).

76. GOMES, Luiz Flávio. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação:* questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 163.

criminosa: naquele caso, tratava-se de suposta lavagem de dinheiro[77]; aqui, de suposto embaraço à investigação criminosa, vez que a "*denúncia que se comporta como se fosse abertura de uma instrução dentro do inquérito*"[78], sendo "*nítida carência de maiores elementos a autorizarem um juízo, ainda que inicial, sobre a autonomia da prática do crime*"[79], *verbis:*

> "[...] Operação Turbulência, deflagrada com vista a apurar, essencialmente, a ocorrência do ilícito de lavagem de dinheiro. *Denúncia que se comporta como se fosse abertura de uma instrução dentro do inquérito*. Conquanto a jurisprudência majoritária se incline pela independência de instâncias entre as investigações dos delitos de lavagem de dinheiro face aos chamados crimes antecedentes, no presente caso, encontra-se evidenciada a precocidade de ação penal calcada, singelamente, na incursão do delito de organização criminosa, permanecendo as demais investigações, ainda, na fase inquisitorial. *Nítida carência de maiores elementos a autorizarem um juízo, ainda que inicial, sobre a autonomia da prática do crime de organização criminosa, calcando-se as acusações descritas na exordial em fatos que, em tese, mereceriam ser descortinados em ação buscando elucidar a eventual prática do crime de lavagem de dinheiro.* Ordem de habeas corpus concedida, para trancar a ação penal"[80].

Ao fim e ao cabo, senão pela hiperbólica assertiva de que os corréus agiam para o "vazamento de operações policiais, sabotando esforços oficiais de combate ao crime organizado", não se extrai como uma só das operações referidas teria sido "sabotada" por tais "vazamentos", sendo "*nítida carência de maiores elementos a autorizarem um juízo, ainda que inicial, sobre a autonomia da prática do crime de organização criminosa*"[81].

3.4. Organização criminosa. Inépcia. Narrativa que destoa da tipicidade mínima. Inexistência de prática de delitos como um modus vivendi

Ao fim e ao cabo, certo é que a denúncia acaba por descrever uma organização criminosa voltada à prática de um só suposto delito, o que, sabidamente, não é suficiente para dar trânsito à ação penal. Afinal, é necessário que a criminalidade seja o móvel do acusado, uma característica de seu *modus vivendi*.

77. TRF5, Processo: 00017240420164050000, HC – Habeas Corpus – 6243, Relator Vladimir Carvalho, Segunda Turma, j. 08.11.2016, Publicação: *Dje* 16.11.2016 – Página:19.

78. *Ibid.*

79. *Ibid.*

80. TRF5, Processo: 00017240420164050000, HC – Habeas Corpus – 6243, Relator Vladimir Carvalho, Segunda Turma, j. 08.11.2016, Publicação: *Dje* 16.11.2016, Página:19.

81. *Ibid.*

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, a tipicidade do crime de quadrilha ou bando restou bem delineada quando do julgamento da Ação Penal 470 pelo STF, ocasião em que venceu, na Suprema Corte, a tese minimalista, *segundo a qual seria necessário que o propósito de cometer crimes indeterminados caracterizasse o desígnio da ação final típica*[82]. Pela tese vencedora, é necessária a prática de crimes, *in casu*, de "infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos", como programa criminoso indeterminado, genérico e autônomo, sem vinculação a um contexto específico. Com efeito, segundo a tese vencedora na Suprema Corte, não há falar em quadrilha ou bando quando os agentes visam propósitos específicos e bem detalhados, como no caso concreto[83].

Como referido, na Ação Penal 470/MG, os vários crimes perpetrados tinham por única finalidade comprar votos no Congresso Nacional, a fim de garantir sustentação política[84]. Aqui, segundo a denúncia, *in status assertionis*, a finalidade dos agentes seria o "vazamento de operações policiais". O núcleo da orientação minimalista consagrada pelo STF pode ser extraído das seguintes passagens dos votos da insigne Ministra Rosa Weber e do saudoso Ministro Teori Zavascki, valendo transcrever esse último, desenvolvido nos Embargos Infringentes AP 470-EI-Décimos/MG:

> "[T]enho como indiscutível [...] que os chamados núcleos político, financeiro e operacional envolvidos nesta ação penal jamais imaginaram formar uma associação para delinquir, uma societas sceleris com o objetivo de sobreviverem, usufruírem – ou se locupletarem – com o produto dos crimes resultantes de sua atuação. Havia um objetivo: a cooptação de apoio político ao governo. Todos os demais fatos típicos que giraram em torno desse objetivo sempre tiveram por finalidade garantir a consumação desse desiderato. *Na minha ótica, na esteira dessa abalizada doutrina, a indeterminação da prática de crimes na ação final é a base para a diferenciação de bando e concurso de agentes puro e simples, à luz do art. 288 do Código Penal. O que houve aqui foi a reunião de pessoas para práticas criminosas, mas essas práticas eram diferenciadas e não tinham como objetivo senão a busca de vantagens indevidas, para suprir interesses específicos dos respectivos réus e não colocarem em risco a incolumidade ou paz social"85.*

Nesse ponto, a Ministra Rosa Weber pôs em relevo o critério consagrado pelo Plenário da Suprema Corte no item C.10 de seu voto:

82. AP 470, Relator(a): Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 17.12.2012, Acórdão Eletrônico *Dje* 074 Divulg 19.04.2013 Public 22.04.2013 Rtj Vol-00225-01 Pp-00011.

83. *Id.*

84. *Ibid.*

85. AP 470 EI-décimos, Relator (a): Luiz Fux, Relator (a) p/ Acórdão: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 27.02.2014, Acórdão Eletrônico *Dje* 161, Divulg 20.08.2014, Public 21.08.2014.

"C.10. QUADRILHA ENTRE OS INTEGRANTES DOS NÚCLEOS POLÍTICO, FINANCEIRO E OPERACIONAL – CAPÍTULO II DA DENÚNCIA. [A] denúncia imputa [...] a prática do delito de formação de quadrilha ou bando, objeto do artigo 288 do Código Penal. Ter-se-iam eles associado para a prática dos diversos crimes que compõem o objeto desta ação penal. [...] Tal como positivado em nosso Código Penal, o tipo "quadrilha" ou "bando" [...] define-se como a "reunião estável ou permanente (que não significa perpétua), para o fim de *perpetração de uma indeterminada série de crimes*". [...] [É] preciso que o acordo de vontades verse sobre uma duradoura atuação em comum, no sentido da prática de crimes não precisamente individuados ou apenas ajustados quanto à espécie, que tanto pode ser uma única (ex: roubos) ou plúrima (ex: roubos, extorsões e homicídios) (...) Quadrilha é, pois, a estrutura da societas sceleris que causa perigo por si mesma para a sociedade, o que nada tem a ver com concurso de agentes, agentes estes que irão responder pelos crimes visados, eventualmente com a pena agravada pela simples convenção plural dos criminosos. [...]. *Só existe quadrilha na acepção legal reitero, quando o acerto de vontades entre os integrantes visa a uma série indeterminada de delitos*. Por isso a diferença com os crimes praticados em concurso de agentes [...]. E nessa linha de entendimento a *doutrina majoritária, a concluir que a finalidade de prática de número indeterminado de crimes é essencial à configuração do tipo do art. 288 CP* [...]. Na minha ótica, na esteira dessa abalizada doutrina, a *indeterminação da prática de crimes na ação final é a base para a diferenciação de bando e concurso de agentes puro e simples*, à luz do art. 288 do Código Penal. [...] Dito de outro modo, as associações ad hoc não são organizações que perseguem a consecução de "algum delito indeterminado" ou de "delitos em geral" [...]. Ora, tenho como indiscutível [...] que os chamados núcleos político, financeiro e operacional envolvidos nesta ação penal jamais imaginaram formar uma associação para delinquir, uma societas sceleris com o objetivo de sobreviverem, usufruírem – ou se locupletarem – com o produto dos crimes resultantes de sua atuação. Havia um objetivo: a cooptação de apoio político ao governo. Todos os demais fatos típicos que giraram em torno desse objetivo sempre tiveram por finalidade garantir a consumação desse desiderato [...]. Delineada, isto sim, [...] hipótese de coautoria, traduzindo, a meu juízo, o fato de os crimes terem sido praticados em série e por tempo considerável, continuidade delitiva, e não a existência de quadrilha ao feitio legal. Em síntese, *à compreensão de que só existe quadrilha ao feitio legal quando o acerto de vontades entre os integrantes do grupo visa a uma série indeterminada de delitos, é dizer, à compreensão de que o tipo penal exige que a associação se faça para a prática de crimes com indeterminação na ação final* e de que o tipo penal diz com sociedades engendradas para o crime com a finalidade de, por formas diversificadas e imprevistas, usufruir dos produtos auferidos com ações criminosas indistintas, caso, exemplificativamente, de grupos formados para assaltar, roubar, falsificar, sequestrar, extorquir [...]"[86].

86. AP 470 EI-décimos, Relator(a): Luiz Fux, Relator(a) p/ Acórdão: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 27.02.2014, Acórdão Eletrônico *Dje* 161, Divulg 20.08.2014, Public 21.08.2014.

Assim, são pré-requisitos para a configuração do delito em análise a existência de "*acerto de vontades entre os integrantes visa[ndo] a uma série indeterminada de delitos*"[87], ou seja, é necessário que a denúncia demonstre, ainda que superficialmente, a existência do desígnio final de associação para a violação da paz social, posição também retomada pelo saudoso Ministro Teori Zavascki nos embargos infringentes na AP 470 EI-Décimos/MG:

> "A *caracterização teórica do crime de quadrilha está traçada, com precisão, no voto da Ministra Rosa Weber*. Ela coincide, em termos gerais, com a que adotei em várias oportunidades. Assim, v.g., ainda como juiz no TRF da 4ª Região, no julgamento da Apelação Criminal 94.04.05616-2 (DJ de 07.12.94) [...]. Esse mesmo entendimento manifestei, em mais de uma oportunidade, perante o Superior Tribunal de Justiça [...]. No caso dos autos, a posição majoritária, adotada pelo acórdão embargado como base da condenação, é a de que a quadrilha foi formada 'visando a prática de delitos, como crimes contra a administração pública e o sistema financeiro nacional, além de lavagem de dinheiro" (voto do Ministro Joaquim Barbosa, fls. 57388). Embora não se negue a ocorrência dessa variedade delituosa*, é difícil sustentar que o móvel de agregação, que o objetivo comum, que a essência dos interesses dos acusados, tenha sido a prática daqueles crimes. Não está efetivamente demonstrada a presença de dolo específico do crime de quadrilha* [...]. É difícil afirmar, por exemplo, que José Dirceu de Oliveira e Silva (ministro Chefe da Casa Civil) ou José Genoíno Neto (dirigente partidário) tivessem se unido a outros agentes com o objetivo ou o interesse comum de praticar crimes contra o sistema financeiro nacional ou de lavagem de dinheiro. [...]. Da mesma forma, não parece verossímil afirmar que Katia Rabello e José Roberto Salgado (dirigentes de instituição financeira) tenham conscientemente se unido àqueles e a outros agentes com o objeto e o interesse comum de cometer crimes de corrupção ativa ou passiva. [...] Assim, o diagnóstico correto do que ficou demonstrado nos autos foi assim sintetizado no voto da Ministra Cármen Lúcia: *O que houve aqui foi a reunião de pessoas para práticas criminosas, mas essas práticas eram diferenciadas e não tinham como objetivo senão a busca de vantagens indevidas, para suprir interesses específicos dos respectivos réus e não colocarem em risco a incolumidade ou paz social*, que é exatamente o objetivo, é o bem tutelado pelo art. 288 do Código Penal"[88].

Rejuvenescido está, pois, acórdão da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, segundo o qual "*a associação que se organize para a comissão de crimes previamente identificados, mais insinua coautoria do que quadrilha*"[89], *verbis*:

> "Mas, *data venia*, isso nada tem a ver com o delito de quadrilha, que pode consumar-se e extinguir-se sem que se tenha cometido um só crime, e que pode constituir-se para a

87. *Ibid*.

88. STF, AP 470 EI-Décimos, Relator(A): Luiz Fux, Relator (a) p/ Acórdão: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 27.02.2014, Acórdão Eletrônico *Dje* 161, Divulg 20.08.2014, Public 21.08.2014.

89. HC 71.168-8, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RT 717:249.

> comissão de um número indeterminado de crimes de determinado tipo, ou dos crimes de qualquer natureza, que se façam necessários para determinada finalidade, como é o caso que pretende a denúncia neste caso. Pelo contrário, *a associação que se organize para a comissão de crimes previamente identificados, mais insinua coautoria do que quadrilha*"[90].

Tal orientação, de resto, vem prevalecendo na jurisprudência do STJ, *v.g.*:

> "PENAL. RECURSO ESPECIAL. QUADRILHA, TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO E LAVAGEM DE DINHEIRO. Art. 288 DO CP. ELEMENTO SUBJETIVO DO INJUSTO. *FIM ESPECÍFICO DE COMETER SÉRIE INDETERMINADA DE CRIMES*. Art. 1°, VII, DA LEI N. 9.613/1998, ANTES DO ADVENTO DA LEI N. 12.850/2013. INEXISTÊNCIA DE CONCEITUAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA NO DIREITO PÁTRIO. OMISSÃO NÃO SUPRIDA PELA CONVENÇÃO DE PALERMO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. EXTENSÃO AOS CORRÉUS CONDENADOS PELO MESMO DELITO. CRIME IMPOSSÍVEL. [...]. 1. Para a configuração do crime de quadrilha é imprescindível a comprovação do elemento subjetivo do injusto, qual seja, *o fim específico de cometer uma série indeterminada de crimes*, que a instância antecedente, soberana na análise dos fatos, concluiu não ter sido comprovada na espécie"[91].

Saliente-se que, sendo essa a orientação aplicada ao art. 288 do CP, a *fortiori* deve ser observada no caso concreto, visto que, em exercício comparativo dos delitos referidos, afirmou o eminente Desembargador Federal Leandro Paulsen que "*mais numerosos são os requisitos* para a caracterização da organização criminosa[92]" e nunca o contrário, como parece pressupor a inicial acusatória em exame.

In casu, não nos parece que a inicial descreva a prática de uma série indeterminada de crimes, muito menos que relate atos que demonstrem, ainda que minimamente, tenha o Prefeito aderido ao cometimento de crimes seriados como *modus vivendi*. Ao contrário, há apenas – e mesmo isso *in status assertionis* – referência de que corréus teriam agido visando "vazamento de operações policiais, sabotando esforços oficiais de combate ao crime organizado" – conduta que, vale salientar, jamais foi estendida ao Prefeito, cujos "episódios" em nada se relacionam com esse suposto desígnio.

90. *Ibid.*

91. REsp 1.252.770/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 24.03.2015, *DJe* 26.03.2015.

92. PAULSEN, Leandro. *Crimes federais*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 253/254.

3.5. Organização criminosa. Inépcia. Narrativa que destoa da tipicidade mínima. Inexistência de estruturação, estabilidade e hierarquia

Tratando-se de denúncia por crime de organização criminosa, caberia ainda à exordial descrever de forma inequívoca e muito claramente os *requisitos de estruturação, estabilidade e hierarquia*[93]. Contudo, no que se refere ao Prefeito [...], a denúncia não relaciona qualquer episódio indicativo de que ele teria se integrado a qualquer organização estruturada, regida por hierarquia ou voz de comando que lhe dissesse respeito, relativamente à prática de delitos. Sequer existe, quanto a ele, o requisito da longevidade, tratando-se de contatos sociais efêmeros, pontuais e socialmente aceitáveis.

Como visto, o suposto encontro eventual e serendípico de interesses não retrata, *quantum satis, relação estruturada, hierárquica, pautada por divisão de tarefas e voz de comando*. Nada disso existe em relação ao Prefeito, absolutamente nada, senão que, *ad argumentandum tantum*, encontro fortuito de afinidades entre pessoas que se conheciam.

Nesse sentido, doutrina e jurisprudência nacionais acentuam tais rigorosas exigências. Baltazar Junior refere que, para uma imputação hígida, necessário é um "maior rigor quanto ao caráter estrutural, em virtude da exigência de divisão de tarefas", sendo que:

> "[...] aqui se trata de uma união de pessoas com um objetivo comum, mas de caráter ilícito, de modo que a utilização do termo associação serve aos fins de deixar claro que o conceito somente é aplicável quando houve algum grau de permanência ou estabilidade, ainda que a lei brasileira, ao contrário da Convenção de Palermo, não exija que a organização seja existente há algum tempo"[94]

Verbis:

> "Nota-se que o conceito da lei brasileira se distingue daquele da Convenção de Palermo nos seguintes pontos: *a) número de agentes; b) maior rigor quanto ao caráter estrutural, em virtude da exigência de divisão de tarefas; c) admissão de qualquer vantagem como fim, não apenas aquelas de conteúdo econômico ou material*. [...] *O critério distintivo essencial entre os tipos de associação criminosa (CP, art. 288) e organização criminosa (LOC, arts. 1º e 2º) não é o número de agentes ou o fato de visar a crimes graves, mas sim o fato de ser a organização estruturalmente ordenada e contar com divisão de tarefas*. Sendo assim, é possível que um grupo que tenha mais de três agentes e tenha por finalidade a prática de crimes com pena superior a quatro anos seja tratado como associação criminosa (CP, art. 288), desde que não seja estruturalmente ordenado e não conte com divisão de tarefas. [...]. Aqui se trata de uma união de pessoas com um objetivo comum, mas de caráter ilícito, de modo que a utilização do termo associação serve aos fins de deixar claro que o conceito somente é aplicável quando houve *algum grau de permanência ou*

93. Boyle v. US, 556 US 938 (2009), at 950.

94. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1244/1245.

> *estabilidade*, ainda que a lei brasileira, ao contrário da Convenção de Palermo, não exija que a organização seja *existente há algum tempo"95*.

Particularmente, colhe-se da jurisprudência:

> "O núcleo essencial da ideia de organização criminosa está vinculado à compreensão de que esse tipo de organização é altamente estruturada, organizada hierarquicamente, com recrutamento de pessoas, divisão funcional de tarefas, dotada de alto poder de intimidação e de ingerência sobre a própria máquina estatal, com repercussões internacionais que não encontram fronteiras, dado o poderio econômico que detém, o que lhe imprime alto planejamento e controle"[96].
>
> "CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. *AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE HIERARQUIA E DIVISÃO DE TAREFAS ENTRE OS ACUSADOS*. [...]. 1. Mesmo com o advento da Lei n. 12.850, de 2013, não houve alteração no conceito legal de organização criminosa, que continua baseado no Decreto n. 5.015, de 12.3.2004, o qual promulgou o Decreto Legislativo n. 231, de 29.5.2003, e ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), cujo artigo 2º, "a", define grupo criminoso organizado como grupo estruturado de quatro ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material. 2. No caso destes autos, *criminosos se reuniram com Policiais de forma aleatória, sem hierarquia ou divisão de tarefas para o cometimento de diversos crimes da mesma natureza - crime de extorsão mediante sequestro. 3. Nesses termos, não há que se reconhecer, a princípio, a configuração de uma organização criminosa ante o não preenchimento dos requisitos legais.* [...]"[97].

Também a 4ª Seção do TRF da 4ª Região, examinando o caso de associação voltada ao "furto de bancos", observou que "sempre dividirá as tarefas na prática do crime, cabendo a cada membro coordenar a respectiva ação"[98], mas se não existe "organização estruturada, com diversos níveis de atribuições e caráter permanente a dar amparo à prática

95. *Ibid*. p. 1244/1245.

96. STJ, REsp 1.365.002/MS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 22.08.2017, *DJe* 11.09.2017.

97. TJPA, Conflito Negativo de Jurisdição 2014.3028471-5 – j. 03.12.2014 – Rel. Ronaldo Marques Valle.

98. TRF4, Conflito de Jurisdição 5034020-84.2017.4.04.0000, 4ª Seção, Relator Leandro Paulsen, juntado aos autos em 06.10.2017.

reiterada de crimes"[99], não haverá falar em organização criminosa[100]. E, com todo o respeito, é evidente, *a mais não poder*, a absoluta inexistência de qualquer relacionamento vertical ou hierárquico, estruturado e estável a envolver o Prefeito [...].

Tornando à experiência estadunidense, *Boyle v. US*, julgado pela Suprema Corte, com olhos postos na redação da Lei RICO, consignou que "*uma organização de fato, à luz da lei RICO, deve ter uma estrutura*"[101]; e, embora o tribunal tenha afastado a necessidade de uma instrução específica aos jurados, o voto condutor vislumbrou "*ao menos três características estruturais: uma finalidade, relações entre os associados com o empreendimento e longevidade suficiente para permitir a busca dessa finalidade por parte dos integrantes*"[102], reiterando que o "*empreendimento é um elemento distinto do padrão de atividade criminosa; a prova de um não necessariamente estabelecerá a outra*"[103]. Diferentemente da lei americana, o direito brasileiro foi até mais rigoroso, ao exigir expressamente uma *"\organização estruturalmente ordenada"* e *"divisão de tarefas";* como visto, tampouco isto a denúncia esclareceu suficientemente, até porque nada tinha a atribuir ao Prefeito. Seria no mínimo curioso dispensar aqui um requisito legal expresso, enquanto alhures, na lacuna da lei, esse requisito tenha sido construído pela jurisprudência, no caso, americana.

A questão é muito bem sintetizada em voto lavrado pelo Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto, que, ao absolver o *ex-Senador Jorge Afonso Argello* pelo crime de pertinência à organização criminosa, afirmou que "*inexistindo uma pretensão de reunião para cometer diversos crimes indeterminados [...] deve ser mantida a absolvição do réu*"[104]. Como se extrai do julgado:

---

99. *Ibid.*

100. Consta do voto, reproduzindo parecer ministerial, o seguinte: "Uma associação que se especializa em furto de bancos, considerando os riscos que envolvem essa atividade e a necessidade de planejamento prévio à execução do delito, sempre dividirá as tarefas durante a prática do crime, cabendo a um membro coordenar a ação, outro dirigir o veículo e outro acessar o cofre. Sem esse mínimo de organização, a chance de sucesso da empreitada criminosa seria zero", de modo que "Existe, sim, associações criminosas de pessoas com dolo de praticar furtos qualificados. Veja-se que a organização criminosa não tem como fim em si mesma a execução de um ou de alguns delitos, mas sim a própria estrutura que arregimenta e possibilita empreitadas criminosas complexas", concluindo que "verifica-se a aparente inexistência de uma organização estruturada, com diversos níveis de atribuições e caráter permanente a dar amparo à prática reiterada de crimes. Com efeito, restou demonstrado na denúncia tratar-se tão-somente de pessoas que se associam para a prática de assaltos a bancos" (*ibid.*).

101. Boyle v. US, 556 US 938 (2009).

102. O Tribunal, no entanto, rejeitou, por maioria, a tese de que o juiz deveria instruir os jurados quanto à exigência de que essa estrutura, hierarquia e profissionalismo fosse claramente determinável, pois isso poderia confundi-los (*Ibid.*).

103. *Ibid.*

104. TRF4, ACR 5022179-78.2016.4.04.7000, Oitava Turma, Relator João Pedro Gebran Neto, juntado aos autos em 14.11.2017.

> "[...] salientam-se a necessidade de a associação ser estruturalmente ordenada e a divisão de tarefas entre os agentes, elementares que são essenciais para a distinção do crime de organização criminosa do simples concurso de agentes ou do delito de associação criminosa previsto no artigo 288 do Código Penal"[105].

E ainda:

> "Assim, para constatação da existência de organização criminosa faz-se necessária a caracterização dos seguintes elementos fornecidos pelo conceito legal: (a) *associação* de quatro ou mais pessoas; (b) *estrutura ordenada*; é dizer, um conjunto de pessoas estabelecido de maneira organizada em alguma forma de hierarquia; (c) *divisão de tarefas*, mesmo que de maneira informal; e (d) *objetivo de obtenção de vantagem de qualquer natureza mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos ou que sejam de caráter transnacional*. De tais itens, *salientam-se a necessidade de a associação ser estruturalmente ordenada e a divisão de tarefas entre os agentes, elementares que são essenciais para a distinção do crime de organização criminosa do simples concurso de agentes ou do delito de associação criminosa previsto no artigo 288 do Código Penal*. [...] *Não se verifica na conduta do acusado o vínculo associativo necessário para a caracterização do delito em questão* [artigo 2º, *caput*, da Lei 12.850/13]. *Não há provas de que ele tenha integrado a organização criminosa no tocante à execução de crimes que lesaram a Petrobras*. [...] Não se pode confundir o crime de pertinência à organização criminosa ou até mesmo o de associação criminosa com a simples coautoria. *No contexto dos crimes relacionados às CPIs da Petrobras o réu Jorge Afonso Argello praticou os crimes de corrupção e lavagem motivado por interesses individuais. Da mesma forma, os empreiteiros agiram segundo seus próprios interesses. Não restou configurado, portanto, o vínculo associativo*. O que se verifica no caso dos autos é um mero concurso de agentes, já que os réus se uniram para cometer delitos específicos enquanto durassem os trabalhos das CPIs, *inexistindo uma pretensão de reunião para cometer diversos crimes indeterminados, o que afasta também a possibilidade de condenação pelo delito do artigo 288 do Código Penal. Sendo assim, não constatado um ânimo associativo entre os acusados, deve ser mantida a absolvição do réu Jorge Afonso Argello quanto a este delito*"[106].

No caso em exame, a denúncia, na melhor das hipóteses, mostra-se inepta, haja vista não demonstrar, nem mesmo de maneira sutil ou vaga, que ligação teria o Prefeito com a suposta prática de crimes, deixando, igualmente, de narrar os requisitos típicos atinente à estabilidade, à estrutura e à hierarquia, ainda que informal, entre a suposta organização criminosa e o Prefeito [...]. Como visto, não basta à tanto a condição de "funcionário público estadual" ou, ainda menos, de "Prefeito Municipal [...]". Necessário seria

105. *Ibid.*

106. TRF4, ACR 5022179-78.2016.4.04.7000, Oitava Turma, Relator João Pedro Gebran Neto, juntado aos autos em 14.11.2017.

a descrição da suposta "ligação entre a conduta do agente e o fato delitivo", porque "[a] mera atribuição de uma qualidade ou condição não é forma adequada para se conferir determinada prática delitiva a quem quer que seja. Caso contrário, abre-se margem para formulação de denúncia genérica e, por via de consequência, para reprovável responsabilidade penal objetiva"[107].

Respeitosamente, fazendo assim, a denúncia limita-se a "repetir os termos da lei [...] permanece[ndo] no campo abstrato do preceito penal incriminador, esquecendo-se que o fato processual penal é um fato concreto, um acontecimento histórico, e não um tipo penal ideal"[108]. É dizer, não fosse a lacônica assertiva de que "[o] Prefeito Municipal [...], e Senhor 02, funcionário público estadual [...], eram abastecidos de informações derivadas das sistemáticas violações de sigilo e as disseminavam a terceiros, agentes públicos municipais e estaduais, que fossem identificados como alvos de investigações criminais, no intuito de embaraçar a apuração de infrações penais envolvendo organizações criminosas", a denúncia é absolutamente silente à existência de uma "organização estruturalmente ordenada", com "divisão de tarefas" — ainda que informal — como demanda o texto legal.

Ela não descreve, nem mesmo em tese, a "pretensão de reunião para cometer diversos crimes indeterminados", estando longe de, com sua narrativa, suprir a "necessidade de a associação ser estruturalmente ordenada [com] divisão de tarefas entre os agentes"[109].

Assim, em conclusão, nenhum dos requisitos típicos figura na narrativa inicial no que tange ao Prefeito. Consequentemente, não fosse bastante a ausência de justa causa, verifica-se também a inépcia da inicial.

4. Resposta aos quesitos

Isso posto, respondemos negativamente aos quesitos que nos foram submetidos. Parece-nos, de um lado, que falta justa causa à ação penal ou, quando menos, que a denúncia narra fato atípico; e, de outro, que a exordial é flagrantemente inepta no que diz respeito ao Prefeito.

É o nosso parecer, *sub censura*.

107. AgRg no REsp 1.546.543/RJ, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, j. 15.09.2016, *DJe* 23.09.2016.

108. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Editora, 2015. p. 194.

109. TRF4, ACR 5022179-78.2016.4.04.7000, 8ª Turma, Relator João Pedro Gebran Neto, juntado aos autos em 14.11.2017.

Referências

BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa* – Lei 12.850/2013. São Paulo: 2014.

Boyle v. US, 556 US 938 (2009).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Lei 91-452, §84 Stat 922 (1970), de 15 de outubro de 1970. Codificada no 18 U.S. Code §1961-1968.

GOMES, Luiz Flávio. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: Juspodivm, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014.

H.J. Inc. v. NW Bell Tel. Co., 492 U.S. 229 (1989).

MARQUES, José Frederico. *Estudos de Direito Processual Penal*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2001.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime Organizado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2018.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa Causa para a Ação Penal:* doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PAULSEN, Leandro. *Crimes federais*. São Paulo: Saraiva, 2017.

PEREIRA, Eliomar da Silva; BARBOSA, Emerson Silva. *Organizações criminosas*: teoria e hermenêutica da Lei 12.850/2013. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2015.

Phoebe Morse v. Glen Rudler, 576 F.3d 39 (2009).

Reves v. Ernst & Young, 507 US 170 (1991).

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva. 2001.v.1.

US v. Pungitore, 910 F.2d 1084 (3d Cir. 1990).

US v. Turkette, 452 US 576 (1981).

WUNDERLICH, Alexandre. Arts. 312 a 327. In: REALE JR., Miguel (org.). *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A (i)legitimidade do delito de enriquecimento ilícito sob as perspectivas de crime de suspeita e crime de estado, de Luis Otávio Sales da Silva Junior e Fábio André Guaragni – *RBCCrim* 145/459-486 (DTR\2018\17987); e
- O crime de peculato-desvio como ofensa à normatividade da moralidade, probidade e eficiência administrativa, de Fábio Agne Fayet e Roberta Eggert Poll – *RT* 972/99-123 (DTR\2016\24228).

"Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença penal no Brasil" – propostas para limitação normativa aos acordos e à atuação judicial no controle de suficiência probatória para homologação

"Negotiated justice and criminal law foundations: premises and material limits for plea bargaining in Brazil"– arrangements for normative limitation to the agreements and for judicial control of factual adequacy

Dados bibliográficos: DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal:* pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença penal no Brasil. 2020. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020.

Vinicius Gomes de Vasconcellos

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, com período de sanduíche na Universidad Complutense de Madrid/ESP (bolsa PDSE/CAPES) e estágio de pós-doutoramento pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor permanente do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP/DF (mestrado/doutorado). Professor efetivo da Universidade Estadual de Goiás. Editor-chefe da *RBDPP.* Assessor de Ministro no Supremo Tribunal Federal. ORCID: [orcid.org/0000-0003-2020-5516].
vinicius.vasconcellos@ueg.br

Resumo: Nesta resenha da tese "Justiça Negociada e Fundamentos do Direito Penal" de Felipe De-Lorenzi, pretende-se descrever as premissas de suas construções e a relevância de suas contribuições, especialmente em relação às propostas de limitações aos acordos sobre a sentença caso inserido no ordenamento brasileiro. Em uma perspectiva crítica construtiva, aponta-se divergência em relação ao papel do juízo no controle do acordo e os problemas de se sustentar um dever de busca da verdade ainda mais em um cenário negocial normalmente realizado em fase investigativa da persecução penal.

Abstract: This review of "Negotiated justice and criminal law foundations" by Felipe De-Lorenzi describes the premises of its ideas and the relevance of its contributions, especially in relation to the suggestions of limitations to plea bargaining if it is inserted in the Brazilian legal system. In a constructive critical perspective, we point a divergence in relation to the role of the judicial control of the agreement and expose some problems in sustaining a duty to search for the truth even more in negotiations normally carried out in the investigative phase of criminal prosecution.

Vasconcellos, Vinicius Gomes de. "Justiça Negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença penal no Brasil" – propostas para limitação normativa aos acordos e à atuação judicial no controle de suficiência probatória para homologação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 175. ano 29. p. 343-360. São Paulo: Ed. RT, janeiro/2021.

Palavras-chave: Acordos penais – Justiça criminal negocial – Controle judicial – Resenha.

Keywords: Plea bargaining – Negotiated criminal justice – Judicial control – Review.

Sumário: Introdução. 1. Premissas da tese e pontos de contribuição ao debate brasileiro sobre justiça criminal negocial. 2. Limites aos acordos no processo penal: propostas para reforço da tese por um sistema limitado de justiça criminal negocial e para redução de danos. Considerações finais. Referências.

Introdução

A[1] tendência internacional de expansão dos mecanismos negociais manifesta-se já há longo período.[2] No Brasil, os debates acadêmicos e legislativos amplificaram-se nos últimos anos. Em 2014, encerrei a minha dissertação de mestrado, em que analisei tal cenário e alguns de seus pontos problemáticos, com a seguinte afirmação: espera-se que a barganha não triunfe no processo penal brasileiro.[3] Mesmo antes, importantes trabalhos apontavam o fenômeno da diversificação e dos procedimentos alternativos no processo penal.[4]

Certamente, pode-se afirmar que até hoje isso ainda não ocorreu. Contudo, percebe-se que estamos paulatinamente percorrendo esse caminho. Desde então a colaboração premiada consolidou-se no panorama nacional, especialmente em processos de criminalidade econômica e organizada. Recentemente, com a Lei 13.964/19 inseriu-se no CPP o acordo de não persecução penal, aplicável a casos de criminalidade média ou até grave, quando a pena mínima abstrata for inferior a quatro anos, desde que o crime se

1. Agradeço a Orlandino Gleizer e Felipe De-Lorenzi pela leitura e pelas pertinentes sugestões a este texto.

2. Sobre tais tendências internacionais: ALKON, Cynthia. Plea bargaining as a legal transplant: a good idea for troubled criminal justice systems? *Transnational Law and Contemporary Problems*, v. 19, p. 355-418, abr. 2010; VASCONCELLOS, Vinicius G. As tendências de expansão da justiça criminal negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas. *Revista de Estudos Criminais*, v. 19, n. 76, p. 153-173, jan.-mar. 2020; TURNER, Jenia I. Plea Barganing Across Borders. New York: Aspen, 2009; LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations. In: THAMAN, Stephen C. (Ed.). *World plea bargaining:* consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010. p. 50-78.

3. VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e justiça criminal negocial:* análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. p. 335.

4. FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005. p. 179-250.

dê sem violência ou grave ameaça. Além disso, diversos projetos legislativos, em debate ou arquivados, tratam de expandir a justiça criminal negocial no Brasil.

Diante desse cenário e nesse debate insere-se a tese de doutorado de Felipe De-Lorenzi, defendida em março de 2020 no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS, sob orientação do prof. Dr. Fabio D'Avila e com estágio de pesquisa na Humboldt-Universität zu Berlin junto ao prof. Dr. Luís Greco. Nesta resenha, pretende-se descrever as premissas de suas construções e a relevância de suas contribuições, especialmente em relação às propostas de limitações aos acordos sobre a sentença se houver a inserção no ordenamento brasileiro. Em uma perspectiva crítica construtiva, aponta-se divergência em relação ao papel do juízo no controle do acordo e os problemas de se sustentar um dever de busca da verdade ainda mais em um cenário negocial normalmente realizado em fase investigativa da persecução penal.

1. Premissas da tese e pontos de contribuição ao debate brasileiro sobre justiça criminal negocial

Pode-se definir justiça criminal negocial como "modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes".[5]

Assim, incluem-se mecanismos como a transação penal, a suspensão condicional do processo, o acordo de não persecução penal e a colaboração premiada. Contudo, entre esses institutos existem distinções relevantes, especialmente em relação à última hipótese

5. VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e justiça criminal negocial*: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 50. Na tese aqui resenhada, De-Lorenzi parte de conceito semelhante: "os conceitos de "justiça penal negociada" ou "consensual" podem ser compreendidos de forma ampla e como sinônimos, para descrever institutos que, como características comuns, permitam (i) um acordo entre órgãos públicos de persecução e investigado/réu durante o processo penal, seja por mera aceitação (adesão) de uma proposta, seja por meio de diálogos e concessões mútuas (propostas e contrapostas); cujo objeto é (ii) um benefício ao investigado/réu em troca da renúncia ao exercício integral de seus direitos processuais; e (iii) com finalidade de conferir efetividade e eficiência ao sistema penal (...)" (DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal:* pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença penal no Brasil. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020. p. 38).

e a eventuais acordos mais amplos, mais próximos ao exemplo da *plea bargaining*.[6] E aqui um ponto importante: embora existam influências do modelo estadunidense para a expansão mundial da barganha penal, não se deve perder de vista as pertinentes distinções que podem existir entre ordenamentos e institutos.[7]

Primeiramente, a colaboração premiada apresenta uma lógica diferente. Salvo na hipótese prevista no § 4º do art. 4º da Lei 12.850/13, não se exclui o processo e a produção probatória, ou seja, tal mecanismo possui uma finalidade probatória, pois, ao menos em teoria, pretende contribuir para uma melhor reconstrução dos fatos passados que embasam a imputação. Ademais, em regra, envolve a incriminação de outros investigados, o que toca diretamente com a ampla defesa e o contraditório não só do réu colaborador, mas dos demais perseguidos penalmente. Assim, embora se enquadre no fenômeno amplo da justiça criminal negocial, a colaboração premiada possui peculiaridades que justificam uma análise mais específica em comparação aos demais institutos.[8]

Por outro lado, existem acordos penais que acarretam maiores ou menores impactos ao sistema criminal. Os mecanismos atualmente previstos no Brasil (transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal) apresentam limitações relevantes: em nenhum deles permite-se a imposição de pena restritiva de liberdade e tampouco autorizam a configuração de uma condenação formal ao imputado. Ou

6. Sobre isso, em livros na doutrina brasileira recente: LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013; OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no processo penal*: uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2015; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada*: negociações de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016; ANDRADE, Flávio S. *Justiça penal consensual*. Salvador: JusPodivm, 2019; CUNHA, Vítor S. *Acordos de admissão de culpa no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2019; GUINALZ, Ricardo. *Consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: LiberArs, 2019; TURESSI, Flávio E. *Justiça penal negociada e criminalidade macroeconômica organizada*. Salvador: JusPodivm, 2019; GLOECKNER, Ricardo J. (Org.). *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

7. Sobre isso: LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations. In: THAMAN, Stephen C. (Ed.). *World plea bargaining*: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010; GRANDE, Elisabetta. Comparative approaches to criminal procedure: transplants, translations, and adversarial-model reforms in European criminal process. In: BROWN; TURNER; WEISSER. *The Oxford Handbook of Criminal Process*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2019. p. 67-88; VIEIRA, Renato Stanziola. O que vem depois dos "legal transplants"? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 767-806, maio-set. 2018.

8. VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 69-75. Sobre isso: BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: MOURA, Maria Thereza A.; BOTTINI, Pierpaolo C. (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: RT, 2017. p. 137.

seja, em caso de descumprimento não podem ser executados forçadamente nem caracterizam maus antecedentes ou os demais efeitos da sentença penal condenatória.[9]

Entretanto, em diversos projetos de lei atualmente em trâmite no Congresso Nacional, almeja-se a expansão dos mecanismos penais negociais no Brasil. No projeto de novo CPP (PL 8.045/2012), aprovado no Senado e em debate na Câmara dos Deputados, é previsto "procedimento sumário", que autorizaria a "aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse oito anos". Contudo, na doutrina houve forte resistência, apontando inconstitucionalidades em tal proposta.[10] Vale citar o projeto de lei que originou a já mencionada Lei 13.964/19. Além do "acordo de não persecução penal" anteriormente descrito, almejava-se a criação de um "acordo penal", o que autorizaria a imposição de sanções penais, inclusive prisão, em qualquer espécie de crime, sem qualquer limitação pela gravidade ou pela pena abstrata cominada. [11]

A tese de Felipe De-Lorenzi, intitulada "Justiça Negociada e Fundamentos do Direito Penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença penal no Brasil", analisa tal cenário, focando-se essencialmente nos mecanismos denominados de "acordos sobre a sentença". Conforme o autor, sua pesquisa "foca em uma espécie de acordos bastante específica: aqueles em que há uma sentença condenatória ou com efeitos equivalentes à condenação e em que é possível até mesmo a aplicação de uma pena privativa de liberdade".[12]

---

9. Em relação à transação penal, o Supremo Tribunal Federal decidiu que "a homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial" (Súmula Vinculante 35). Sobre tais distinções e semelhanças, ver: VASCONCELLOS, Vinicius G. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 166, p. 241-271, abr. 2020.

10. PRADO, Geraldo. Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – a transformação de um conceito. In: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *Decisão judicial*: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 54-56; FREITAS, Jéssica O. F. de. PLS 156/09 e o acordo para aplicação da pena. Avanço ou retrocesso? In: PINTO, Felipe M.; GONÇALVES, Gláucio F. M. (Coord.). *Processo & Efetividade*. elo Horizonte: Initia Via, 2012. p. 22-24; CASARA, Rubens R. R. O Acordo para aplicação da pena: novas considerações acerca da verdade e do consenso no processo penal brasileiro. In: COUTINHO, Jacinto de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *O novo processo penal à luz da Constituição*. Análise crítica do projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 2. p. 155-157.

11. VASCONCELLOS, Vinicius G. Análise da proposta de "acordo penal" (art. 395-A) do Pacote Anticrime: risco de generalização e necessidade de limitação da justiça criminal negocial. *Boletim do IBCCRIM*, v. 27, p. 27-29, 2019.

12. DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal:* pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença penal no Brasil. Tese (Doutorado em Ciências

> A partir de tal delimitação e das premissas expostas anteriormente, percebe-se que ainda inexiste no Brasil mecanismo em tais termos. Ou seja, a tese pretende examinar projeções futuras sobre a expansão da justiça criminal negocial do Brasil, apontar os problemas de tais tendências e, mais do que isso, propor limitações e critérios mínimos para tentar buscar maior conformidade constitucional e às premissas da dogmática penal e processual penal. Assim, almeja-se responder a dois problemas: "1) os acordos sobre a sentença são compatíveis com os princípios da legalidade e da culpabilidade e com as funções das normas penais e as teorias da pena?; 2) que requisitos mínimos deveriam ser necessariamente observados em caso de decisão político-criminal de incorporar os acordos sobre a sentença no Brasil?".[13]

Uma primeira contribuição extremamente relevante da tese é o seu enfoque em premissas de direito penal material. Até então a doutrina brasileira majoritariamente analisava os mecanismos negociais pela perspectiva processual penal, em razão de sua natureza essencialmente processual, ainda que com importantes reflexos materiais pela aplicação de sanção, extinção da punibilidade, redução de pena, etc.[14] Contudo, não se pode estudar o fenômeno criminal de um modo estanque que dissocie direito material e processual. Como bem exposto na tese, "a estreita conexão entre eles é evidente: a efetivação do direito penal depende do processo e o processo é instrumental em relação ao direito penal".[15]

Assim, com base em estudo consistente de temas como os princípios da culpabilidade e da legalidade e as teorias da norma penal e da pena, o autor sustenta que os acordos sobre a sentença tensionam de forma relevante o conteúdo dos fundamentos do direito penal, havendo pontos de absoluta incompatibilidade e pontos em que, apesar de

---

Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020. p. 22. Em delimitação mais precisa dos elementos caracterizadores, o autor define como requisitos: "1) a substituição ou redução substancial da fase de instrução; 2) a concessão de um benefício penal em troca de uma voluntária manifestação do réu que serve como fundamento para a sentença; 3) os efeitos de sentença condenatória ou equiparáveis; 4) a possibilidade de efetiva aplicação até mesmo de pena privativa de liberdade; 5) a possibilidade de aplicação a crimes de média ou alta gravidade." (Ibidem, p. 50).

13. Disponível em: [https://seminariotesesccrim.wordpress.com/2020/08/09/4-encontro]. Acesso em: 13.09.2020.

14. Natureza processual dos mecanismos negociais: VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 22-36, 69-75.

15. DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal:* pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença penal no Brasil.. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020. p. 20. Sobre isso, também do autor: DE-LORENZI, Felipe da Costa. O contributo da proposta de um sistema integral para a relação entre direito penal e processo penal: a transcendência dos critérios de merecimento e necessidade de pena. In: GIACOMOLLI, Nereu José et al. (Coord.). *Processo penal contemporâneo em debate*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

teoricamente compatibilizáveis, na prática forense seria difícil controlar a não subversão desses limites pelos atores processuais. Afirma que "o princípio da legalidade penal é tensionado pela concessão de espaços de oportunidade que possibilitam ao Ministério Público dispor sobre as penas a serem aplicadas no caso concreto; o princípio da culpabilidade é tensionado ao se reduzir o suporte probatório para a condenação e pela possível coação de réus a aceitarem acordos, o que gera riscos de condenações de inocentes; a clareza da mensagem da norma de conduta é tensionada pela possibilidade de negociação sobre fatos, crimes e penas; e as finalidades da pena são tensionadas pela incorporação de uma circunstância de redução da sanção baseada na colaboração do acusado para a célere resolução do processo".[16]

Portanto, em uma perspectiva crítica, o trabalho aqui resenhado contribui com novos fundamentos, especialmente em perspectiva material, para a tese de que a expansão da justiça criminal negocial acarreta problemas determinantes ao sistema penal, de modo que devem ser repudiadas as tendências de previsão de acordos mais amplos, especialmente se acarretarem pena privativa de liberdade e caracterizarem formalmente uma sentença condenatória diretamente executável ainda que descumprido o acordo pelo imputado.

Contudo, além de já assentada na doutrina, tal necessária e consistente crítica tem sido cada vez menos efetiva na meta de evitar a inserção da barganha penal no Brasil. Por isso, as premissas estabelecidas, que demonstram a existência de problemas inerentes à justiça criminal negocial, tendem a ser mais concretas ao estabelecer a necessidade de uma postura de redução de danos.[17] Nesse ponto, a tese de De-Lorenzi avança em muito na proposição de possíveis limitações aos acordos sobre a sentença, se e quando eventualmente inseridos no ordenamento brasileiro.

16. DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal:* pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença penal no Brasil. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020. p. 331.

17. "Diante do exposto, a *postura a ser tomada é de redução de danos,* tentando ressaltar e limitar a tendência de desaparecimento do processo e da defesa diante da generalização dos mecanismos negociais." (VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 54. Conforme Néfi Cordeiro, "a colaboração premiada é relevante meio investigatório e de obtenção de provas, com limites na prática extrapolados, com o procedimento ainda incompleto, com carga acusatória excepcionalmente forte, mas que precisa contenção dos abusos e erros pessoalizados e ter completadas as lacunas de forma e de direitos, bem como necessita fixar muito claramente os limites de favores e os meios de controle dessa negociação" (CORDEIRO, Néfi. *Colaboração premiada: c*aracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 23).

2. Limites aos acordos no processo penal: propostas para reforço da tese por um sistema limitado de justiça criminal negocial e para redução de danos

A análise crítica da justiça criminal negocial é fundamental para afastar eventual ideia de que os problemas verificados em sua aplicação seriam decorrência exclusiva de más práticas de aplicadores. A inserção e a ampliação das possibilidades de acordos na justiça criminal acarretam violações a premissas fundamentais do direito penal e do processo penal, o que finda por abrir brechas para arbitrariedades e violações de direitos fundamentais, além de potencializar o risco de condenação de inocentes ao afastar a necessidade de produção de provas em contraditório para verificação da acusação.

Diante disso, a tese de De-Lorenzi vai além e propõe pautas positivas para tentar traçar limites e reduzir os danos, em caso de opção político-criminal no sentido de prever o cabimento de acordos sobre a sentença, com potencial aplicação de pena privativa de liberdade e caracterização formal de sentença condenatória. Assim, nesta resenha abordarei algumas das propostas para ressaltar aspectos relevantes e dificuldades possíveis.

a) *Necessidade de fixação em lei de requisitos e critérios rígidos para o acordo, bem como do* quantum *de pena a ser reduzido*. Conforme sustentado na tese, "a reserva de lei formal impõe que o regramento dessas matérias seja feito pelo Poder Legislativo, restando proibido, na falta de uma expressa autorização legal, que negociações processuais possam afastar a aplicação das leis penais e processuais".[18] A partir do exemplo alemão, onde por muitos anos os acordos penais foram realizados sem autorização legal,[19] e do "acordo de não persecução penal" brasileiro, inicialmente regulado em uma Resolução do CNMP sem natureza de lei, deve-se efetivamente ressaltar a imprescindibilidade de alteração legislativa a autorizar a ocorrência de acordos mais amplos no processo penal pátrio. No cenário atual, deve-se redobrar a atenção para práticas que podem surgir entre os atores do sistema. Narra-se, por exemplo, a ocorrência de acordos informais em procedimentos de júri, o que se daria sem qualquer autorização e limitação legal.[20]

Nesse sentido, na tese afirma-se que uma eventual regulação dos acordos deve adotar uma postura restritiva e taxativa, para reduzir espaços de discricionariedade, em que

18. DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal:* pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença penal no Brasil. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020. p. 173.

19. Sobre isso: VASCONCELLOS, Vinicius G.; MOELLER, Uriel. Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, v. 49, n. 147, p. 13-33, set.-dez. 2016.

20. NUÑEZ, Izabel Saenger. "Aqui não é casa de vingança, é casa de justiça!": moralidades, hierarquizações e desigualdades na administração de conflitos no tribunal do júri da comarca do Rio de Janeiro. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2018. p. 203-253.

ausente qualquer possível controle. Então, assevera que alguns aspectos necessariamente devem ser previstos: objeto do acordo; hipóteses de admissão; benefícios possíveis; consequências eventuais; e amplitude do controle judicial.[21]

Além disso, são propostos critérios para a definição do *quantum* do redutor possível a determinar o benefício ao réu que consentir com o acordo. Para tanto, assenta as premissas de que o modelo "não deve conceder liberdade irrestrita de negociação às partes, mas antes fixar em lei, de modo restrito, como e quanto deve ser reduzida a pena" e que a "mitigação pelo acordo deveria ser instrumentalizada por meio de uma minorante especial, a ser aplicada na terceira fase da dosimetria da pena".[22] Então, a partir da análise de parâmetros existentes no ordenamento, sugere "dois parâmetros para a redução de pena nos acordos: ela deve ser não superior a 1/3 e, para estimular a realização do acordo, teria de ser superior a 1/6".[23]

b) *Cumpridos os requisitos legais, deve-se reconhecer o direito subjetivo do réu ao benefício*. A partir do momento que a legislação deve prever as hipóteses de cabimento de um modo preciso e limitado, a decisão do acusador público sobre propor, aceitar ou recusar um acordo deve ser orientada por tais critérios legais. Afirma-se que "os requisitos legais, portanto, são vinculantes para os órgãos de persecução e para os tribunais, e sua verificação no caso concreto confere ao réu o direito subjetivo de requerer e receber o benefício".[24]

Efetivamente, não pode haver margem para manifestações pautadas por motivos distintos daqueles previstos na lei. Ainda que se definam os acordos penais como negócios jurídicos processuais e, assim, inseridos em uma lógica contratual que parece indicar depender da vontade das partes, não se pode esquecer que a acusação, em regra, é de iniciativa exclusiva do Ministério Público, órgão oficial submetido à legalidade.[25] Nesse sentido, um projeto de lei que pretenda ampliar os acordos no processo penal brasileiro

21. DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal:* pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença penal no Brasil. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020. p. 182-183.

22. Ibidem, p. 321.

23. Ibidem, p. 326.

24. Ibidem, p. 185.

25. "A lógica da justiça criminal negocial, para reduzir (o quanto e se for possível) as possibilidades de abusos, deve se pautar por critérios objetivos e previstos na lei, o que finda por vincular a decisão do promotor, como membro do Ministério Público." (VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 97). Conforme Geraldo Prado, "a liberdade do Ministério Público estará sempre dirigida pelo princípio da legalidade, protegendo a comunidade das decisões pessoais de cada integrante da referida instituição" (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 113).

deve ser redigido de modo a assegurar mecanismos de controle da decisão do órgão acusador.

c) *Proibição de aumento da pena em razão da não aceitação do acordo pelo réu*. Na tese afirma-se que "na relação entre a justiça penal negociada e a medida da pena, o princípio da culpabilidade veda qualquer aumento da sanção em razão da recusa do acusado em realizar o acordo (*trial penalty*) e também a ameaça de uma pena maior que a merecida pelo ilícito culpável a fim de pressioná-lo, porém não impede a mitigação da punição para aquém da merecida em virtude do acordo (*waiver reward*)."[26] Sem dúvidas, não há como discordar de tal premissa. Contudo, o grande problema é exatamente distinguir o que seria uma punição pelo exercício do direito ao processo e um benefício pelo aceite ao acordo.

O poder coercitivo da proposta de acordo em âmbito penal é manifesto em diversos aspectos. Conforme descrito por Bernd Schünemann: "Como confirmaram as experiências por mim realizadas, as negativas do acusado na audiência não são mais levadas a sério pelo juiz, destrói-se qualquer possibilidade de absolvição, e a pena aplicada acaba sendo influenciada pela chamada tesoura sancionatória (Sanktionsschere), isto é, é imposta uma pena mais grave, para que a anterior ameaça dessa pena não pareça, posteriormente, um frívolo blefe de um jogo de pôquer. Com isso, a pena supostamente atenuada vai paulatinamente transformando-se na pena normal, de modo que o acordo, que supostamente confere um desconto da pena ao acusado, se transforma diante de seus olhos em uma propaganda enganosa."[27]

Assim, deve-se sempre pressupor que "(…) os mecanismos negociais não são aplicados somente àqueles acusados que iriam ser condenados de qualquer modo em eventual julgamento por um júri, ou seja, o 'problema dos inocentes' não é excepcional, mas perene nas relações de poder que envolvem as negociações na justiça criminal".[28] Uma vedação abstrata ao aumento de pena em razão da não aceitação ao acordo é consequência natural, ou até evidente, do direito a não autoincriminação, visto que não se pode obrigar o réu a colaborar com a persecução penal.

Desse modo, mais do que vedar abstratamente a sanção pelo exercício do direito ao processo, deve-se adotar postura proativa para implementação de mecanismos que

---

26. DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal:* pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença penal no Brasil. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020. p. 209.

27. SCHÜNEMANN, Bernd. Do templo ao mercado? Como a justiça penal aparentemente transforma a teoria econômica do direito em prática, governo em governança e soberania em cooperação. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.* São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 308.

28. VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e justiça criminal negocial*: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 170.

evitem concretamente esse resultado.[29] Nesse sentido, pode-se pensar, por exemplo, em critérios objetivos para a atuação da acusação pública (na proposta de acordos e na delimitação das denúncias) e, consequentemente, instrumentos de controle para coibir imputações infladas (*overcharging)* e dosimetrias forçadas para imposição de penas abusivas. Na tese, há sugestões pertinentes, como a realização das negociações somente após o momento de recebimento da denúncia (com controle judicial da imputação e da justa causa) e a vedação à renúncia geral aos recursos.[30] Certamente, trata-se de importante pauta para pesquisas futuras.

Ademais, o autor sugere um sistema de proposta pelo acusador e limites ao julgador, com o objetivo de evitar insegurança e abusos. Afirma-se que "a oferta feita pela acusação incluiria duas propostas: (i) um pedido de pena a ser aplicada em caso de condenação após a instrução e (ii) outro, reduzido da fração prevista em lei, para caso o réu aceite o rito pactuado".[31] Assim, se houver aceite ao acordo, o julgador resta limitado à pena proposta reduzida. Por outro lado, em caso de insucesso no pacto, já se define de antemão o limite para a pena após o processo (salvo hipótese de *mutatio libelli*).

d) *Proibição de condenações com base em assunções da culpa meramente formais e atuação do juiz para verificação dos fatos.* Na tese, sustenta-se que "um pressuposto necessário dos acordos sobre a sentença deve ser uma confissão completa (*qualifiziertes Geständnis*), pela qual o acusado narre pessoal, oral e detalhadamente os fatos ocorridos e sua concreta participação neles, em audiência pública, acompanhado de defensor e diante do juiz".[32]

Em relação à atuação do julgador para controlar o acordo entre as partes, afirma-se que "deve-se permitir uma atuação suplementar, podendo fazer questionamentos e solicitar diligências que considere necessárias ao esclarecimento dos fatos e rejeitar o acordo caso não esteja convencido da culpabilidade do réu".[33] Aqui sobressai ponto de diver-

29. Sobre isso, no sistema estadunidense e em crítica à jurisprudência da Suprema Corte: DERVAN, Lucian E. Bargained justice: Plea-bargaining's innocence problem and the bradys safety-value. *Utah Law Review*, n. 1, p. 51-98, 2012; BIBAS, Stephanos. Judicial fact-finding and sentence enhancements in a World of Guilty Pleas. *The Yale Law Journal,* v. 110, n. 7, p. 1097-1181, 2001.

30. DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal:* pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença penal no Brasil. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020. p. 231-233.

31. Ibidem, p. 322.

32. Ibidem, p. 222.

33. Idem. Na tese também se propõe a possibilidade de o juízo de garantias "poder, considerando equivocadas a capitulação jurídica dos fatos constantes na denúncia – diante da resposta à acusação e dos elementos de informação provenientes da investigação –, alterar a definição jurídica dos fatos já no recebimento da denúncia" (Ibidem, p. 232). Nesse ponto também é necessário analisar com cautela. Uma alteração da capitulação dos fatos de ofício, sem pedido da defesa, pode caracterizar atuação questionável do julgador, especialmente se houver a imputação de crime

gência em que se aponta a principal crítica levantada à tese: uma supervalorização da atuação do juízo para investigar os fatos se houver dúvida sobre o acordo.[34]

Embora inquestionavelmente deva haver um controle judicial sobre a base fática para o aceite ao acordo e, consequentemente, ao proferimento de sentença condenatória,[35] não se pode admitir que o juízo, em seu papel imparcial fundamental ao exercício da jurisdição, substitua a atuação do órgão acusador para produzir provas, quando aquele entendeu ser caso de realização do acordo. Trata-se de pressuposto à estruturação de um processo penal acusatório, em que exista uma efetiva (e não meramente formal) separação entre as funções de acusar e julgar.[36]

A atuação suplementar do juízo para averiguar os fatos quando entender insuficientes as provas para homologação do acordo caracteriza substituição manifesta das

mais grave. Em caso de imputação inadequada realizada pela acusação, parece mais razoável a rejeição da denúncia, com possibilidade de eventual nova formulação.

34. O autor adota premissa semelhante em relação à colaboração premiada e à amplitude do controle judicial na fase de homologação: DE-LORENZI, Felipe C. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 155, maio 2019. p. 328-330. De-Lorenzi sustenta que, por ser função do juiz, a dosimetria da pena não pode ser limitada pelo acordo homologado sem maiores cuidados, de modo que tal momento demanda aprofundamento no mérito dos fatos e da proporcionalidade da pena. Sem dúvidas, a decisão final sobre dosimetria da pena é função do Judiciário, mas não se pode esquecer que tal papel, em respeito ao sistema acusatório, é limitado pela pretensão acusatória veiculada pelo órgão acusador. Portanto, o Ministério Público, como instituição estatal submetida a critérios de impessoalidade, objetividade e submissão à legalidade, pode e deve ser responsabilizado pela definição do limite da pena em acordos de colaboração premiada. Nesse sentido, reafirma-se como indispensável a estruturação de mecanismos internos no MP para controle de tal atuação de modo a evitar abusos e ilegalidades.

35. Sobre isso, em análise comparada: TURNER, Jenia I. *Plea barganing across borders*. New York: Aspen, 2009. p. 41.

36. Sem dúvidas, a temática de sistemas processuais e o conceito de "acusatório" são pontos de enormes debates e incertezas na dogmática processual penal. Não se pretende aqui aprofundar no tema, de modo que na doutrina brasileira se remete a: PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; VASCONCELLOS, Vinicius G. O "sistema acusatório" do processo penal brasileiro: apontamentos acerca do conteúdo da acusatoriedade a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade,* n. 47, p. 181-204, jul.-dez. 2015; PEREIRA, Frederico Valdez. *Iniciativa probatória de ofício e o direito ao juiz imparcial no processo penal*. Porto Alegre: Livraria Advogado, 2014; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: RT, 2003; ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013; COUTINHO, Jacinto Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Miranda (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; MELCHIOR, Antonio Pedro. *O juiz e a prova*: o sinthoma político do processo penal. Curitiba: Juruá, 2013; MARINHO MARQUES, Leonardo Augusto. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz. *Revista de Informação Legislativa,* Brasília, n. 183, p. 141-153, ano 46, jul.-set. 2009.

funções acusatórias e, em um cenário de justiça negocial, isso resta ainda mais temerário tendo em vista a inexistência da fase instrutória do processo. Em regra, os acordos são firmados ainda na fase investigatória ou em momento inicial do processo, etapas em que a iniciativa instrutória judicial, ainda que subsidiária, é vedada.[37]

A discussão sobre a busca da verdade no processo penal certamente gera inúmeras tensões na doutrina, tendo em vista a sua complexidade.[38] Nos limites desta resenha, parte-se do pressuposto de que, havendo uma função de verificação dos fatos imputados a partir da reconstrução de fatos passados,[39] tal análise deve se dar por meio de provas produzidas pelas partes em contraditório. Ou seja, eventual pretensão de busca (investigação) pela verdade deve ser responsabilidade dos órgãos persecutórios (autoridade policial, Ministério Público) e não do Judiciário.

Ao juízo cabe decidir do melhor modo possível, buscando uma resolução justa em conformidade com o devido processo, e, assim, o mais próximo daquilo que ocorreu nos fatos passados.[40] Isso deve ser feito a partir de elementos probatórios produzidos pelas partes, e não investigados ou requeridos pelo próprio julgador. Trata-se de pressuposto fundamental à imparcialidade e à separação das funções de acusar e julgar.[41]

---

37. Nesse sentido vai a reforma empreendida no CPP pela Lei 13.964/19 (atualmente suspensa por decisão cautelar do Min. Luiz Fux do STF), que, ao inserir o art. 3º-A, determinou: "O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação."

38. Sobre isso: TARUFFO, Michele. *Simplesmente la verdad.* Madrid: Marcial Pons, 2010; FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho.* 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005; GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso. *Verdade e prova no processo penal.* Brasília: Gazeta Jurídica, 2016; KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal*: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013; KHALED JR., Salah H. A produção analógica da verdade no processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, v. 1, p. 166-184, 2015; BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária e prova penal.* São Paulo: RT, 2019; RODRIGUES, Paulo Gustavo. A convicção contextualizada e a verdade negociada no processo penal: desmistificando a confissão como elemento de convencimento pleno do julgador penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 103-130, jan.-abr. 2017.

39. VASCONCELLOS, Vinicius G. Fundamento e função do processo penal: a centralidade do juízo oral e sua relação com as demais fases da persecução penal para a limitação do poder punitivo estatal. *Revista Eletrônica de Direito Processual,* v. 19, n. 2, p. 229-260, 2018. p. 245-252; DUCLERC, Elmir. *Prova Penal e Garantismo:* uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 02; LOPES JR., Aury. *Direito processual penal.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 535-536.

40. Sobre a função da prova no processo penal: VASCONCELLOS, Vinicius G. A prova no processo penal: a importância da valoração do lastro probatório e de seu controle por meio recursal. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 13, n. 2, p. 695-721, ago. 2018.

41. Em pesquisas empíricas que demonstram potenciais comprometimentos à imparcialidade em situações de julgadores que tiveram contato com atos investigatórios, ver: GLOECKNER, Ricardo J. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo

Portanto, em um eventual regramento legal dos acordos sobre a sentença, ao receber a proposta o juízo deve sim verificar se existe base probatória para assentar a condenação, a partir de eventual confissão do imputado e de elementos já produzidos (essencialmente na etapa de investigação preliminar). Em caso de inexistirem elementos probatórios suficientes, o julgador não deve atuar em substituição à acusação, que optou pelo acordo ao entender cumpridos os seus requisitos, mas absolver o imputado (se comprovadas hipóteses como aquelas de absolvição sumária do art. 397 do CPP) ou recusar a homologação ao acordo. Certamente, tal atuação judicial poderá ser controlada no âmbito recursal devido.

Se recusada a homologação, o órgão acusador deverá decidir se mantém a acusação e dá continuidade à persecução penal. Nesse caso, a tese vai bem ao sustentar que "o processo teria prosseguimento mediante a instrução probatória e, resultando em condenação, o réu deve ter direito à mitigação da pena, já que a não efetivação do acordo ocorreu por razões alheias à sua vontade".[42] Trata-se de lógica semelhante à adotada no modelo italiano em que a recusa do MP deve ser motivada e, se indevida, deverá o juiz limitar a pena ao proposto pelo acusado unilateralmente.[43]

Considerações finais

Diante do exposto, a tese aqui resenhada apresenta contribuições fundamentais à doutrina brasileira em relação aos acordos sobre a sentença na justiça criminal. Primeiramente, reforça os fundamentos já conhecidos para a crítica à expansão dos espaços de consenso no processo penal, ressaltando a necessidade de redução dos danos em caso de implementação de mecanismos mais amplos, que envolvam negociações sobre condenação e imposição de penas restritivas de liberdades.

Assim, destaca-se a efetiva contribuição da tese ao propor pautas normativas para limitação e racionalização dos acordos no processo penal, especialmente a partir de critérios objetivos regulados em lei e a implementação de mecanismos de controle, internos ao MP e judiciais. Nessa questão, discorda-se da tese nos pontos em que supervaloriza a atuação judicial na "busca da verdade" e na iniciativa probatória de ofício para

penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* n. 117, p. 263-286, 2015; SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. *Revista Liberdades*, n. 11, p. 30-50, 2012.

42. DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal:* pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença penal no Brasil. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020. p. 222.

43. VASCONCELLOS, Vinicius G.; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 15, jan.-jun. 2015. p. 446.

verificação dos fatos. Pensa-se que o controle judicial deve se dar em um sentido de limitar a imposição de penas por acordos e, em caso de ausência de elementos probatórios suficientes para a sua homologação, o juízo não deve assumir funções acusatórias para complementar a produção probatória.

Referências

ANDRADE, Flávio S. *Justiça penal consensual*. Salvador: JusPodivm, 2019.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: MOURA, Maria Thereza A.; BOTTINI, Pierpaolo C. (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: RT, 2017.

BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: RT, 2019.

BIBAS, Stephanos. Judicial fact-finding and sentence enhancements in a World of Guilty Pleas. *The Yale Law Journal*, v. 110, n. 7, p. 1097-1181, 2001. https://doi.org/10.2307/797526

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada*: negociações de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

CASARA, Rubens R. R. O acordo para aplicação da pena: novas considerações acerca da verdade e do consenso no processo penal brasileiro. In: COUTINHO, Jacinto de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *O novo processo penal à luz da Constituição*: análise crítica do projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 2.

COUTINHO, Jacinto Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Miranda (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CORDEIRO, Néfi. *Colaboração premiada:* caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CUNHA, Vítor S. *Acordos de admissão de culpa no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2019.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. O contributo da proposta de um sistema integral para a relação entre direito penal e processo penal: a transcendência dos critérios de merecimento e necessidade de pena. In: GIACOMOLLI, Nereu José et al. (Coord.). *Processo penal contemporâneo em debate*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o Supremo

Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 155, p. 293-337, maio 2019.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal:* pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença penal no Brasil. 2020. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020.

DERVAN, Lucian E. Bargained justice: Plea-bargaining's innocence problem and the bradys safety-value. *Utah Law Review*, n. 1, p. 51-98, 2012.

DUCLERC, Elmir. *Prova penal e garantismo:* uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

FREITAS, Jéssica O. F. de. PLS 156/09 e o acordo para aplicação da pena. Avanço ou retrocesso? In: PINTO, Felipe M.; GONÇALVES, Gláucio F. M. (Coord.). *Processo & Efetividade*. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

GLOECKNER, Ricardo J. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* n. 117, p. 263-286, 2015.

GLOECKNER, Ricardo J. (org.). *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

GUINALZ, Ricardo. *Consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: LiberArs, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso. *Verdade e prova no processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GRANDE, Elisabetta. Comparative approaches to criminal procedure: transplants, translations, and adversarial-model reforms in European criminal process. In: BROWN; TURNER; WEISSER. *The oxford handbook of criminal process*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2019.

KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal:* para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

KHALED JR., Salah H. A produção analógica da verdade no processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, v. 1, p. 166-184, 2015. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.9

LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations. In: THAMAN, Stephen C. (Ed.). *World plea bargaining*: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010.

LANGER, Maximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms, and the global administratization of criminal convictions.

Annual Review of Criminology, 2019. https://doi.org/10.1146/annurev-criminol-032317-092255

LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINHO MARQUES, Leonardo Augusto. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz. *Revista de Informação Legislativa,* Brasília, n. 183, p. 141-153, ano 46, jul.-set. 2009.

MELCHIOR, Antonio Pedro. *O juiz e a prova*: o sinthoma político do processo penal. Curitiba: Juruá, 2013.

NUÑEZ, Izabel Saenger. "Aqui não é casa de vingança, é casa de justiça!": moralidades, hierarquizações e desigualdades na administração de conflitos no tribunal do júri da comarca do Rio de Janeiro. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no processo penal*: uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2015.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Iniciativa probatória de ofício e o direito ao juiz imparcial no processo penal*. Porto Alegre: Livraria Advogado, 2014.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RODRIGUES, Paulo Gustavo. A convicção contextualizada e a verdade negociada no processo penal: desmistificando a confissão como elemento de convencimento pleno do julgador penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 103-130, jan.-abr. 2017. https:/doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.32

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. *Revista Liberdades*, n. 11, p. 30-50, 2012.

TARUFFO, Michele. *Simplesmente la verdad*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

TURESSI, Flávio E. *Justiça penal negociada e criminalidade macroeconômica organizada*. Salvador: JusPodivm, 2019.

TURNER, Jenia I. *Plea barganing across borders*. New York: Aspen, 2009.

VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e justiça criminal negocial:* análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

VASCONCELLOS, Vinicius G. O "sistema acusatório" do processo penal brasileiro: apontamentos acerca do conteúdo da acusatoriedade a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade,* n. 47, p. 181-204, jul.-dez. 2015. http://dx.doi.org/10.17808/des.47.604

VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e Justiça Criminal Negocial:* análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius G. A prova no processo penal: a importância da valoração do lastro probatório e de seu controle por meio recursal. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 13, n. 2, p. 695-721, ago. 2018. http://dx.doi.org/10.5902/1981369430012

VASCONCELLOS, Vinicius G. Fundamento e função do processo penal: a centralidade do juízo oral e sua relação com as demais fases da persecução penal para a limitação do poder punitivo estatal. *Revista Eletrônica de Direito Processual,* v. 19, n. 2, p. 229-260, 2018. https://doi.org/10.12957/redp.2018.31959

VASCONCELLOS, Vinicius G. Análise da proposta de "acordo penal" (art. 395-A) do Pacote Anticrime: risco de generalização e necessidade de limitação da justiça criminal negocial. *Boletim do IBCCRIM,* v. 27, p. 27-29, 2019.

VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal.* 3. ed. São Paulo: RT, 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius G. As tendências de expansão da Justiça Criminal Negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas. *Revista de Estudos Criminais,* v. 19, n. 76, p. 153-173, jan.-mar. 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius G. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 166, p. 241-271, abr. 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius G.; MOELLER, Uriel. Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, v. 49, n. 147, p. 13-33, set.-dez. 2016. https://doi.org/10.22201/iij.24484873e.2016.147.10638

VIEIRA, Renato Stanziola. O que vem depois dos "legal transplants"? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 767-806, maio-set. 2018. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.133

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal.* São Paulo: RT, 2003.