Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 28 • vol. 167 • maio/2020

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 28 • vol. 167 • maio/2020

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)– Roberto Bergalli (Universidad de Barcelona – Espanha)– 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)
Américo Bedê Freire Júnior (FDV - Vitória/ES) – André Nicolitt (UFF – Rio de Janeiro/RJ) – Chiavelli Facenda Falavigno (Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis/SC) – Christiano Falk Fragoso (UERJ – Rio de Janeiro/SP) – Cristhovão Fonseca Gonçalves (Universidade Estadual de Pernambuco - Recife/UPE) – David da Silva Pereira (UTFP - Cornélio Procópio/PR – Denise Hammerschmidt (UENP - Jacarezinho/PR) – Douglas Carvalho Ribeiro (Universität Hamburg - Alemanha) – Eduardo Augusto Paglione (Academia de Polícia Civil de São Paulo – São Paulo/SP) – Francis R. Beck (UNISINOS – São Leopoldo/RS) – Francisco Monteiro Rocha Jr. (Universidade Positivo - Curitiba/PR) – Gabriel Antinolfi Divan (Universidade de Passo Fundo - Passo Fundo/RS) – Gustavo Barbosa Mesquita Batista (UFPB – João Pessoa/PB) – Homero Chiaraba (UFBA – Salvador/BA) – Janaina Thais Daniel Varalli (FMU – São Paulo/SP) – Jorge Coutinho Paschoal (Universidade Cruzeiro do Sul - São Paulo/SP) – Jorge Henrique Tatim da Cruz (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Juliano de Oliveira Leonel (Faculdade Santo Agostinho – Teresina/PI) – Lucas Minorelli (PUCRS - Porto Alegre/RS) – Marcos Eugênio Vieira Melo (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Marina Pinhão Coelho Araújo (INSPER – São Paulo/SP) – Paulo Henrique Burg Conti (Universidade do Vale do Itajaí/SC e Faculdade de Santa Catarina/SC) – Pedro Jorge Costa (PR – Recife/PE) – Rodrigo Duque Estrada Roig Soares (DPGERJ – Rio de Janeiro/RJ – Thiago Baldani Gomes De Filippo (USP - São Paulo/SP) – Tiago Joffily (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ).

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)
Alana Stefanello Gonçalves (Rede de Ensino Luiz Flavio Gomes (LFG) – São Paulo/SP) – Alexandre Morais da Rosa (UNIVALI – SC e UFSC – Florianópolis/SC) – André Rocha Sampaio (Universitário Tiradentes – Maceió/AL) – Beatriz Corrêa Camargo (Universidade Federal de Uberlândia – Uberlândia/MG) – Bruno Tadeu Buonicore (STF – Brasília/DF) – Catharina Lopes Scodro (Universidade Federal de Uberlândia – Uberlândia/MG) – Daniel Kessler de Oliveira (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Eduardo Saad-Diniz (USP - Ribeirão Preto/SP) – Fernando Hoffmam (FDV – Vitória/ES) – Gilmar Mendes (STF – Brasília/DF) – Guilherme Perez Cabral (PUC- Campinas/SP) – Juliana Queiroz Ribeiro (STF – Brasília/DF) – Márcio Iório Aranha (UnB – Brasília/DF) – Marcos Eugênio Vieira Melo (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Pedro Victor dos Santos Witschoreck (Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Santiago/RS) – Salvador Scarpelli Neto (PUC- Campinas/SP) – Sebástian Borges de Albuquerque Mello (UFBA – Salvador/BA) – Tarsila Ribeiro Marques Fernandes (STF – Brasília/DF) – Tomás Grings Machado (Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS - Vale do Rio dos Sinos/RS) – Vânia Lúcia Ribeiro Vieira (UnB – Brasília/DF).

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 28 • vol. 167 • maio/2020

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 28 • vol. 167 • maio/2020

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-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

© edição e distribuição da
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 reprodução
total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

Central de Relacionamento Thomson Reuters Selo Revista 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 e revista@ibccrim.org.br

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

Acesse o nosso *eComm*
www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil: [05-2020]
Profissional
Fechamento desta edição: [19.03.2020]



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
JORNAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
Maria Carolina Amorim
JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA
Dina Alves
MESAS DE ESTUDOS E DEBATES
Renato Watanabe
MONOGRAFIAS
Eduardo Saad Diniz
NÚCLEO DE PESQUISAS
Riccardo Cappi
POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS
Luciana Boiteux
RELAÇÕES INTERNACIONAIS
Silvio Luiz de Almeida
REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
Leandro Ayres França
REVISTA LIBERDADES
Paula Mamede
SISTEMA PRISIONAL
Patrick Lemos Cacicedo
23º CONCURSO DE MONOGRAFIAS DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – 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
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 Biblioteca e Publicações

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 28 • vol. 167 • maio/2020

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: Linotec

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

O crime de redução a condição análoga à de escravo como melhor exemplo do Direito Penal do Trabalho de última geração? Uma introdução crítica ao Direito Penal do Trabalho no Brasil

Reduction to slavery-like conditions crime as best example of modern criminal labour law? A critical introduction to criminal labour law in Brazil

Beatriz Corrêa Camargo e Catharina Lopes Scodro 19

Justiça de Transição Corporativa: a nova geração de estudos transicionais

Politics turns, corporations remain: the undone Corporate Transitional Justice in Brazil

Eduardo Saad-Diniz 71

Reflexões sobre a criminalização do não recolhimento de ICMS declarado

Reflections on the criminalization of the non-payment of regularly reported "ICMS"

Bruno Tadeu Buonicore, Gilmar Mendes, Juliana Queiroz Ribeiro e Tarsila Ribeiro Marques Fernandes 129

Compliance anticorrupção e modelagem regulatória: regulação prescritiva e risco de implantação de programas de fachada

Anti-corruption compliance and regulatory modeling: prescriptive regulation and the risk of implementing sham programs

Vânia Lúcia Ribeiro Vieira e Márcio Iório Aranha 149

Deve o crime de lavagem de dinheiro proteger bens jurídico-penais?

Should the money laundering crime protect criminal legal goods?

Tomás Grings Machado 189

Processo Penal

Novas tecnologias probatórias e o papel do julgador no processo penal

New means of proof technologies and the judges roll in criminal law process

Alexandre Morais da Rosa e Daniel Kessler de Oliveira 239

Evitando o trilema judicial: a necessidade das regras de inutilização para um contraditório dinâmico na produção da prova testemunhal

Avoiding the judicial trilem: the need of rules of inutilizzabilità for a dynamic contraditory in the production of testimonal evidence

André Rocha Sampaio e Marcos Eugênio Vieira Melo..... 263

Suficiência probatória no direito criminal brasileiro: descaracterização do *standard* probatório *beyond a reasonable doubt*

Probatory sufficiency in Brazilian criminal law: decaracterization of the beyond a reasonable doubt standard of proof

Sebástian Borges de Albuquerque Mello e Alana Stefanello Gonçalves ... 303

Crime e Sociedade

O encarceramento em massa na era do punitivismo: a criminalização da pobreza à luz do conceito de banalidade do mal de Hannah Arendt

The mass incarceration in the age of punitivsm: the poverty criminalization enlightened by the Hannah Arendt concept of banality of the evil

Fernando Hoffmam e Pedro Victor dos Santos Witschoreck 331

Exploração da mercadoria-força de trabalho da pessoa condenada

Exploitation of the convicted criminal's labor power-commodity

Guilherme Perez Cabral e Salvador Scarpelli Neto 367

Índice Alfabético-remissivo

Autores 397

Temas 399

Normas de Publicação – Revista Brasileira de Ciências Criminais 403

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 415

Condições para Submissão (*Check List*) 421

Dossiê "Direito Penal Comparado: Parte Geral" – RBCCRIM nº 175 (jan/2021) 423

O crime de redução a condição análoga à de escravo como melhor exemplo do Direito Penal do Trabalho de última geração? Uma introdução crítica ao Direito Penal do Trabalho no Brasil

Reduction to slavery-like conditions crime as best example of modern criminal labour law? A critical introduction to criminal labour law in Brazil

Beatriz Corrêa Camargo

Professora de Direito Penal da Universidade Federal de Uberlândia. Professora Visitante na Universidade de Halle. Pós-Doutora e Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Mestre pela Universidade de Bonn.
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8080-0662
beatrizcamargo@ufu.br

Catharina Lopes Scodro

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Advogada. Realizou iniciação científica nas áreas de Direito Penal do Trabalho, com bolsa pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG), e de Direito do Trabalho.
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-7257-7632
catharina.scodro@gmail.com

Autoras convidadas

Áreas do Direito: Penal; Trabalho; Direitos humanos

Resumo: Este artigo objetiva uma análise crítica sobre o desenho normativo do Direito Penal do Trabalho no Brasil, percorrendo a história legislativa mais recente, a fim de refletir sobre o seu alcance na atualidade, assim como sobre as possibilidades de seu aperfeiçoamento futuro. Nesse intuito, problematiza-se o trabalho enquanto objeto de tutela jurídica, situando a sua proteção

Abstract: This article aims at a critical analysis of the Criminal Labor Law in Brazil, going through the most recent legislative history, in order to reflect on its current scope, as well as on the possibilities of its future improvement. To this end, labor is problematized as an object of legal protection. Labor protection through Criminal Law is then placed in the various stages of what has

Camargo, Beatriz Corrêa; Scodro, Catharina Lopes. O crime de redução a condição análoga à de escravo como melhor exemplo do Direito Penal do Trabalho de última geração? Uma introdução crítica ao Direito Penal do Trabalho no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 167. ano 28. p. 19-69. São Paulo: Ed. RT, maio 2020.

nas diversas fases do que se convencionou designar Direito Penal do Trabalho. Em nosso País, a reforma do crime de redução a condição análoga à de escravo (art. 149 do CP) constitui a modificação legislativa de maior significância das últimas décadas nessa matéria. Conforme se conclui, porém, a redação desse dispositivo padece de dificuldades para alcançar o seu fim de proteção, fazendo-se necessário, ademais, o estabelecimento de tipos penais complementares para alinhar o Brasil com um Direito Penal do Trabalho "democrático", de última geração.

Palavras-chave: Direito penal do trabalho – Crimes contra a organização do trabalho – Redução a condição análoga à de escravo – Trabalho decente – Autonomia.

been called the Criminal Labor Law. In Brazil, the reform of the crime of reducing a person to work in slave-like conditions (art. 149 of Brazilian Criminal Code) constitutes the most significant legislative modification of the last decades in this matter. However, as this study demonstrates, the wording of the law makes it difficult to reach its end of protection. In addition, it is necessary to establish complementary criminal laws in order to align Brazil with a "democratic" Criminal Labor Law of last generation.

Keywords: Criminal labor law – Crimes against labor organization – Reduction to slavery-like conditions – Decent work – Autonomy.

Sumário: 1. Introdução. 2. O trabalho como objeto de proteção jurídica. 2.1. Significações do trabalho. 2.2. Instrumentos de proteção normativa do trabalho no Brasil. 2.3. O direito ao trabalho digno e autonomia do trabalhador sob a ótica do Direito do Trabalho. 2.4. Origem e escopo do Direito Penal do Trabalho. 2.4.1. Evolução do Direito Penal do Trabalho: gerações. 2.4.2. Bem jurídico protegido. 3. O sistema de proteção penal do trabalho no Brasil. 3.1. A concepção totalitarista sobre Estado, Trabalho e Capital na gênese dos crimes contra a "organização do trabalho". 3.2. A tutela do trabalho pelo Código Penal: anacronismo e lacunosidade do Direito Penal do Trabalho no Brasil. 4. O crime de redução a condição análoga à de escravo (art. 149 do CP) como paradigma de proteção penal do trabalho no Brasil. 4.1. Origem e reforma do art. 149 do CP: da escravização negra à superexploração do trabalho contemporâneo. 4.2. Condutas abarcadas pelo art. 149 do CP. 4.3. Limitações do art. 149 do CP como meio de tutela penal do direito ao trabalho digno. 4.3.1. Uso de conceitos normativos pela lei e bem jurídico protegido. 4.3.2. Autonomia e consentimento nas relações de trabalho. Conclusão. Referências.

1. Introdução

Amparado pelos Direitos Fundamentais e demais garantias previstas na Constituição Federal, bem como nos tratados, acordos e convenções internacionais, o Direito do Trabalho define as regras que estabelecem as condições mínimas para o exercício do trabalho enquanto expressão da dignidade humana. A tutela das relações de trabalho proporciona, dessa forma, a proteção de uma série de liberdades e garantias no escopo de assegurar o direito ao trabalho digno, tais como a liberdade de escolha da profissão, as liberdades sindicais, o direito de greve, as negociações coletivas, as normas de segurança no trabalho, os limites de jornada, a seguridade social etc.

Camargo, Beatriz Corrêa; Scodro, Catharina Lopes. O crime de redução a condição análoga à de escravo como melhor exemplo do Direito Penal do Trabalho de última geração? Uma introdução crítica ao Direito Penal do Trabalho no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 167. ano 28. p. 19-69. São Paulo: Ed. RT, maio 2020.

Nesse sentido, o ramo do Direito Penal conhecido como "Direito Penal do Trabalho" visa tutelar na atualidade os pressupostos para a manutenção desse sistema de proteção do trabalho e do trabalhador. Para tanto, congrega a criminalização de condutas que atingem de maneira mais grave as liberdades e os direitos dos trabalhadores, além de outros pilares da organização do trabalho.

No Brasil, o Direito Penal do Trabalho ainda se apresenta em expressão bastante rudimentar, atrasado na mentalidade política e social do início do século passado. É eivado, ademais, de lacunas punitivas que se apresentam diante dos valores constitucionais agora vigentes. Em diversos países, a produção legislativa das últimas décadas aponta diversos caminhos para a tutela penal do trabalho. No caso brasileiro, apenas mais recentemente se concentram esforços no que se refere à proteção da autonomia contratual do trabalhador individualmente considerado, mais especificamente pela criminalização do trabalho escravo contemporâneo.

O presente artigo se propõe a oferecer uma análise crítica do Direito Penal do Trabalho no Brasil. A fim de cumprir esse propósito, vamos, primeiramente, delinear o trabalho como objeto da tutela penal, indicando a relação de subsidiariedade que se estabelece entre o Direito Penal e a proteção internacional, constitucional e trabalhista do direito ao trabalho digno. Em seguida, faremos um estudo sobre o conjunto de normas penais que constituem o sistema penal de proteção do trabalho, buscando avaliar o contexto de sua origem histórica e situação atual, bem como oferecer uma reflexão sobre o escopo e a função do Direito Penal do Trabalho. Por fim, apresentaremos uma análise crítica sobre o desenho normativo do Direito Penal do Trabalho no Brasil, buscando indicar alguns problemas que, a nosso ver, são essenciais para se considerar no sentido de aperfeiçoamento da atual legislação. Como resultado dessa análise, temos que o crime de redução a condição análoga à de escravo (art. 149 do CP) constitui a reforma legislativa de maior significância no Direito Penal do Trabalho brasileiro. A despeito do progresso que se obteve com a reforma empreendida no intuito de lidar com a questão dos trabalhos forçados, a atual redação do art. 149 do Código Penal padece de dificuldades não apenas para cumprir com a sua finalidade, como também é, sozinho, insuficiente para alinhar o Brasil com um Direito Penal do Trabalho "democrático", de última geração.

2. O trabalho como objeto de proteção jurídica

2.1. Significações do trabalho

No português, a palavra "trabalho" tem por origem etimológica o termo *tripalium*, instrumento europeu utilizado para a tortura. Nesse sentido, o trabalho

é associado a uma percepção de esforço, penalidade e, até mesmo, castigo[1]. No Brasil, essa acepção encontra seu auge na escravização institucionalizada, que garantia o direito de propriedade dos senhores através da violência exercida contra os negros escravizados.

Paralelamente a um significado social de penosidade, a noção de trabalho passa a congregar, ainda, sentimentos de conquista, a partir de uma relação pactuada. Nesse sentido, o sujeito vende sua força de trabalho aos proprietários dos meios de produção, através de um contrato subordinativo, e recebe um salário para a garantia de sua subsistência e autodeterminação. Essa negociação do trabalho confere nuances de exploração das habilidades pessoais e o senso de conquista individual para os resultados obtidos pelo salário. O trabalho exsurge, então, como atividade essencial para a pessoa humana.

Assim, nas sociedades contemporâneas, o trabalho constitui aspecto central da existência de seus integrantes, já que lhes proporciona subsídios para a construção de sua identidade individual e coletiva. Individualmente, o trabalho exercido em condições dignas pode adquirir dimensão libertadora[2], pois permite a constituição de ideais e a consolidação do exercício da autodeterminação, para âmbitos que ultrapassam a atividade profissional realizada. Perante a comunidade, o trabalho garante a subsistência do indivíduo e proporciona o estabelecimento de vínculos entre semelhantes, gerando uma identificação social comum[3].

Ambas as acepções do trabalho coexistem. Em que pese o potencial dignificador do trabalho, é forçoso reconhecer que o seu potencial de degradação não se restringe a situações extremas de submissão através da violência, como ocorria nas antigas formas de escravização[4]. Nas composições sociais atuais, o trabalho

1. NASCIMENTO, Amauri Mascaro; FERRARI, Irany; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011. p. 169. Basta lembrar que uma das penas instituídas pelo Código Criminal de 1830 era justamente o trabalho forçado, realizado na prisão (art. 46 do CCrim) ou em colaboração aos serviços públicos (pena de galés, art. 44 do CCrim).
2. NASCIMENTO, Amauri Mascaro; FERRARI, Irany; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011. p. 179.
3. DUTRA, Renata Queiroz. Direitos fundamentais sociais à afirmação da identidade e à proteção da subjetividade no trabalho. *Revista do TST*, v. 78, n. 4. out.-dez. 2012. p. 260.
4. Nesse sentido, Guaragni chama atenção para a sutileza do controle do corpo no trabalho na sociedade contemporânea – cf. GUARAGNI, Fábio André. Do direito penal do trabalho ao poder penal no trabalho. In: BARACAT, Eduardo Milléo (Org.). *Controle do empregado pelo empregador* – Procedimentos lícitos e ilícitos. Curitiba: Juruá, 2008. p. 348-358.

se caracteriza muitas vezes pela atividade pesada ou maçante, desenvolvida por tempo demasiadamente longo, em ambiente (pessoal) desgastante, por baixa remuneração, ocasionando, portanto, o adoecimento físico e psíquico dos trabalhadores.

No contexto das atuais formas de sociabilidade, o trabalho se encontra muito distante de sua função emancipadora para o indivíduo[5], sendo que as condições para proporcionar referida emancipação constituem uma questão política, a qual o Direito não pode ser indiferente. Devido à centralidade do trabalho para o desenvolvimento da dignidade humana e para a necessária manutenção das organizações sociais, incumbe, pois, ao Direito promover e institucionalizar a proteção da atividade laboral, assegurando o tênue equilíbrio entre a autorrealização individual e a exploração penosa para o indivíduo de sua força de trabalho.

2.2. Instrumentos de proteção normativa do trabalho no Brasil

No Brasil, a institucionalização da proteção do trabalho se expressa através de diversos instrumentos normativos, nacionais e internacionais, sendo os de maior significância, no âmbito interno, a Constituição da República Federativa do Brasil (1988), a Consolidação das Leis do Trabalho (1943) e o Código Penal (1940).

Desde a redemocratização do País nos anos 1980, assistimos a uma lenta e gradativa efetivação do direito a exercer o trabalho em condições dignas, cujo marco fundamental de reconhecimento foi a mudança de perspectiva oferecida pela Constituição Federal de 1988. Nesse momento, buscou-se oferecer uma oposição veemente à forma como a ditadura militar havia amparado a supressão de direitos trabalhistas e o exercício de liberdades necessárias para a garantia do trabalho digno, em especial, as liberdades sindicais e o direito de greve.

Dessa forma, na Constituição de 1988, os valores do trabalho passaram a constituir o fundamento da instituição da República (art. 1º, IV) e o seu livre exercício, um direito fundamental (art. 5º, XIII). O direito ao trabalho – urbano e rural – foi estabelecido como um direito social (arts. 6º e 7º), o que expressa a existência de um núcleo essencial, isto é, de um patamar indisponível de direitos para cada ser humano, como meio de realização de sua dignidade[6]. Além disso, a

5. ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2009. p. 171-176.

6. BATISTA, Flavio Roberto. *Crítica da tecnologia dos direitos sociais*. São Paulo: Dobra, 2013. p. 203.

Constituição estabelece o trabalho como pilar fundamental da ordem econômica e social, na busca pela existência digna, bem-estar e justiça social (arts. 170 e 193), assegurando o direito de greve para a sua promoção (art. 9º).

Sob essa ótica, o Direito do Trabalho apresenta como principal função a busca por melhorias das condições de negociação da força de trabalho, no contexto econômico-social[7]. Assim, a Consolidação das Leis do Trabalho normatiza essas condições nas relações de trabalho, dispondo sobre a duração do trabalho, o salário mínimo, a segurança e medicina do trabalho, entre outros[8].

Essa dinâmica gera reflexos sobre a incidência do Direito Penal, chamado a atuar como instrumento de auxílio na manutenção da regulação jurídica das relações de trabalho, a partir de sua sistemática rígida e repressiva[9]. Nesse sentido, a legislação penal brasileira reforça elementos estruturantes da organização do trabalho no País[10], no intuito de sustentar as condições mínimas para assegurar o exercício do trabalho de maneira compatível com a dignidade humana, conforme detalharemos melhor adiante.

Para os propósitos do presente estudo, cumpre apenas ressaltar que, em relação a todas as esferas anteriormente mencionadas, a rede de proteção do direito ao trabalho digno é complementada e reforçada no Brasil com a ratificação de declarações, tratados e convenções internacionais. No âmbito internacional, a proteção ao trabalho fundamenta-se na acepção de direito humano, garantido pela coexistência e complementariedade de sistemas de proteção no contexto global, "global especial" e regional[11].

---

7. DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego:* entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. São Paulo: LTr, 2008. p. 121.
8. Em certos setores, a regulação do trabalho é feita por leis especiais, como a Lei do Trabalho Rural (Lei 5.889/1973) para o caso do trabalho em propriedade rural, que prevê normas sobre a duração da jornada, o trabalho noturno, a composição do salário etc.
9. CAMERIERE, Julián R. Lescano; TULA, Diego J. *Derecho penal del trabajo:* lineamientos básicos para su comprensión. Buenos Aires: Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires, [s. n.]. p. 161-176. Disponível em: [www.cmfbsas.org.ar/archivos/11_RP4-16-Der%20Penal%20Trabajo.pdf]. Acesso em: 24.12.2019. p. 161.
10. Nesse sentido, SAAD-DINIZ, Eduardo. Tutela penal das liberdades pessoais: o tipo penal de redução à condição análoga à de escravo no Brasil. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal na pós-modernidade*: escritos em homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 163.
11. MARTINS, Juliane Caravieri. *Trabalho digno e direitos humanos em tempos de globalização:* perspectivas para a América Latina. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 57.

No sistema global da Organização das Nações Unidas (ONU), o rol de direitos humanos presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) confere proteção ao trabalho no artigo 23, que institui, entre outros, o direito à livre escolha do trabalho e à remuneração equitativa e satisfatória. Em 1966, com a aprovação do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos[12], os direitos contidos na Declaração Universal foram "juridicializados"[13], tornando-se normas de natureza cogente para os Estados signatários.

O sistema "global especial" instituído pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) garante a proteção específica dos direitos trabalhistas por convenções, declarações, recomendações aos Estados-membros. Nas convenções, há regulamentação dos direitos humanos dos trabalhadores, como as Convenções 29 sobre "Trabalho Forçado ou Obrigatório" (1930) e 105 sobre "Abolição do Trabalho Forçado" (1957), ratificadas pelo Brasil respectivamente em 1957 e 1965.

Por fim, no âmbito dos sistemas regionais de proteção de direitos humanos, incide sobre o Brasil o sistema interamericano, instituído formalmente com a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem[14]. Esse diploma já previa a proteção ao trabalho a partir da garantia de condições dignas, da liberdade para seguir a vocação profissional, da percepção da remuneração adequada pelo trabalhador, da liberdade para associação sindical e do dever de trabalhar para garantir a subsistência e/ou em benefício da coletividade (artigos 14º, 22 e 37). Com a aprovação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) em 1969[15], passaram a ser responsáveis pela efetivação dos compromissos firmados internacionalmente a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), cuja jurisdição o Brasil reconheceu somente em 1998[16]. Mais detalhada, a Convenção Americana

12. Apesar de terem sido aprovados em 1966, esses Pactos apenas entraram em vigor no ano de 1976.
13. MARTINS, Juliane Caravieri. *Trabalho digno e direitos humanos em tempos de globalização:* perspectivas para a América Latina. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2017, p. 64.
14. A Declaração Americana foi aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, na Colômbia, em abril de 1948.
15. A Convenção Americana entrou em vigor no plano internacional em 1978 e foi ratificada pelo Brasil em 1992, com o Decreto 678.
16. Nos termos do Decreto Legislativo 89, de 21 de outubro de 1998, a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos passa a ser reconhecida para a interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos relativamente aos fatos ocorridos a partir da data do seu reconhecimento.

assegura, entre outros, o direito à vida, a integridade pessoal, a liberdade pessoal, as garantias judiciais, assim como requer a proibição da escravidão e servidão, do tráfico de pessoas e do constrangimento à execução de trabalho forçado ou obrigatório por parte dos Estados signatários (artigos 4º, 5º, 6º, 6.1, 6.2, 7º e 8º).

O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos possui grande importância na implementação do direito ao trabalho digno, o que se deve, sobretudo, à força jurisdicional conferida à Corte Interamericana. Em razão disso, os referidos mecanismos da Organização dos Estados Americanos têm atuado como verdadeiros protagonistas no processo de aperfeiçoamento da rede de proteção normativa no Brasil, impulsionando programas de ação do governo e a reforma do sistema penal repressivo.

2.3. O direito ao trabalho digno e autonomia do trabalhador sob a ótica do Direito do Trabalho

Compreendido como direito fundamental da pessoa humana, o direito ao trabalho digno se desdobra em diversas liberdades e pretensões, cujo respeito e possibilidade de exercício são imprescindíveis para a garantia de uma profissão que se traduza na dimensão libertadora do trabalho, assegurando a autodeterminação individual.

O Direito do Trabalho é o ramo do Direito que se ocupa primariamente da promoção do direito ao trabalho digno, cuja obtenção passa pela regulação do conflito laboral entre as partes do contrato de trabalho. Sua atuação abrange quatro facetas distintas. São elas: (i) a dimensão *tuitiva* ou de *defesa*, no sentido de garantir a proteção dos bens jurídicos correlatos à vida do trabalhador; (ii) a dimensão *compensatória*, de atuação perante a desigualdade inerente à relação entre empregado e empregador; (iii) a dimensão *construtiva*, a partir do contrapeso oferecido pelas entidades sindicais às relações particulares; (iv) e, por fim, uma dimensão *produtiva*, que versa sobre a organização da atividade laboral, a fim de promovê-la conjuntamente com o desenvolvimento econômico[17].

O primeiro aspecto, de *defesa*, pode ser compreendido sob as perspectivas individual e social. Individualmente, as garantias do Direito do Trabalho referem-se à proteção da integridade física e psíquica do indivíduo, relacionando-se à sua saúde e à sua segurança, no intuito de assegurar condições adequadas

17. NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 39. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 70.

de realização de trabalho. Sob a ótica social, o resguardo à seguridade da saúde e da subsistência do trabalhador garante a sua permanência no sistema produtivo, o que, perante a sociedade, revela a sua valorização enquanto força de trabalho, proporcionando o seu reconhecimento e a sua identificação na classe de trabalhadores do mesmo segmento profissional.

Quanto à dimensão *compensatória*, o Direito do Trabalho infere a latência da desigualdade negocial presente na relação entre o empregador, pelo seu poder, e o empregado, pela sua sujeição. Nesse sentido, a regulamentação de direitos e do estabelecimento de uma matriz principiológica de proteção ao trabalhador tem como pressuposto referida desigualdade, a fim de neutralizá-la ou, ao menos, reduzi-la[18]. Assim, o Direito do Trabalho opera como instrumento para minimizar a desigualdade econômico-jurídica entre empregados e empregadores, o que permite sua acepção enquanto meio de concretização da justiça social[19].

A dimensão *construtiva*, a par da desigualdade supracitada, concerne ao equilíbrio de forças para negociação do empregado, a partir da atuação da entidade sindical. Modo de organização entre os diversos grupos profissionais, os sindicatos são essenciais para a garantia do trabalho e o aperfeiçoamento das relações trabalhistas. Desta sorte, a liberdade necessária para o desenvolvimento de tais entidades se consubstancia em diversos aspectos, entre os quais: a liberdade de associação de trabalhadores e empregadores na forma de um sindicato; as liberdades de organização e de autogestão do sindicato por seus membros, de forma democrática e alheia a interferências externas; a liberdade de exercício das funções para as quais o sindicato foi constituído; e, por fim, a liberdade de filiação sindical[20]. Outro exemplo de mecanismo voltado à equiparação de forças nas relações de trabalho, como expressão do pluralismo trabalhista[21], refere-se ao instituto da negociação coletiva, que busca dirimir as divergências entre as partes em certas hipóteses, em detrimento da negociação individual das condições contratuais da prestação de serviços.

18. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000. p. 267.
19. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000. p. 88.
20. SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da; LIMA, Firmino Alves. Repressão penal dos atos antissindicais. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 37, p. 67-84, jul.-dez. 2010. p. 68.
21. MARTINS, Sergio Pinto. *Pluralismo do direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 131.

Por último, a manifestação da face *produtiva* do Direito do Trabalho refere-se à sua importância no contexto socioeconômico, sobretudo relacionado à produtividade da força de trabalho e à sua regulamentação. Sob essa ótica, percebe-se a relação conflituosa entre o trabalho e o capital, personificado nos trabalhadores e no setor empresarial, ao tentar estabelecer um equilíbrio entre os anseios produtivistas para o desenvolvimento econômico e o estabelecimento de condições dignas de trabalhos, como na monetização dos riscos diante da prestação de serviços em ambientes insalubres, penosos e perigosos através da percepção de adicionais à remuneração.

Em síntese, o conceito de trabalho digno que cabe ao Estado tutelar inclui, entre outros, a preservação da liberdade de escolha do indivíduo sobre trabalhar ou não, a igualdade de oportunidades de trabalho, o exercício do trabalho em condições que preservem a saúde do trabalhador, uma justa remuneração pelo serviço prestado, condições adequadas de trabalho, como a limitação de horas de serviço e o direito ao repouso, a proibição do trabalho infantil, as liberdades sindicais e, por fim, a proteção contra o desemprego e outras hipóteses de incapacitação para o trabalho[22]. Desta forma, o direito ao trabalho diz respeito à liberdade do indivíduo aplicar-se a determinada atividade, com atenção às aptidões e vocações pessoais[23].

Por essas razões é que a concepção de autonomia do indivíduo no Direito do Trabalho diverge da concepção de autonomia presente em outros âmbitos contratuais privados, ou daqueles existentes em outros contextos de atribuição de liberdade, como o consentimento e a aferição de culpabilidade no próprio Direito Penal. Pois a matriz principiológica que constitui o Direito do Trabalho tem em vista a assimetria de poder entre as partes e a prévia proteção das condições de dignidade do exercício laboral. Portanto, a lógica de proteção do Direito do Trabalho se caracteriza por regras específicas, tais como a aplicação da norma mais favorável e a da condição mais benéfica ao trabalhador, além de princípios como a irrenunciabilidade dos direitos, a continuidade da relação de emprego, a primazia da realidade, a razoabilidade, a boa-fé e, por fim, a não discriminação[24].

22. BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Trabalho decente:* análise jurídica da exploração do trabalho – Trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno. São Paulo: LTr, 2016. p. 51-56.

23. FONSECA, Maria Hemília. *Direito ao trabalho*: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: LTr, 2009. p. 107-108.

24. RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 19-20.

Nesse contexto, o Direito do Trabalho apresenta-se como meio de proteção dos direitos e garantias dos trabalhadores, com o fito de estabelecer condições adequadas de trabalho, cuja inobservância gera consequências prejudiciais às esferas corporal, psíquica e social do indivíduo. Assim, os mecanismos do Direito do Trabalho buscam gerir o conflito de interesses entre trabalho e capital[25], visando o equilíbrio de demais assimetrias e a promoção da dignidade, a fim de humanizar as relações produtivas[26].

2.4. Origem e escopo do Direito Penal do Trabalho

2.4.1. Evolução do Direito Penal do Trabalho: gerações

Conforme elucida Klaus Tiedemann, o Direito Penal do Trabalho representa hoje um ramo especial do Direito Penal que concerne aos indivíduos ativos no mercado de trabalho. Sobretudo na Europa, parte substancial do Direito Penal do Trabalho tem por objeto regular os limites penais da atuação dos empregadores, constituindo, dessa forma, uma parte do Direito Penal Econômico ou de Empresa[27].

Uma definição precisa do conceito de Direito Penal do Trabalho não é tarefa simples, contudo. Essa dificuldade se deve à controversa origem do que se convencionou chamar de Direito Penal do Trabalho, cujo objeto e função se transformaram profundamente ao longo do último século. Segundo demonstra o estudo de Baylos Grau e Terradillos Basoco, é possível vislumbrar fases e escopos distintos da regulação penal sobre as relações de trabalho[28].

Assim, uma primeira fase seria caracterizada pela existência de uma legislação fragmentária e heterogênea, constituída por regras esparsas, a serviço dos mais variados interesses. Isso, em uma época na qual não havia um Direito do Trabalho propriamente dito[29]. Na história brasileira, semelhante legislação pode

25. FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de direito do trabalho:* teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 131.
26. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000. p. 289.
27. TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht* – Besonderer Teil mit wichtigen Rechtstexten. München: Vahlen, 2011. p. 318.
28. BAYLOS GRAU, Antonio; TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria. *Derecho penal del trabajo*. Madrid: Trotta, 1997. p. 19.
29. BAYLOS GRAU, Antonio; TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria. *Derecho penal del trabajo*. Madrid: Trotta, 1997. p. 20.

ser encontrada no Código Criminal do Império de 1830. Os artigos 111 e 112 do CCrim 1830 instituíam, por exemplo, os crimes de sedição, em que se proibia atrapalhar a tomada de posse na função pelo empregado público ou o exercício de suas atividades. Em contrapartida, uma série de dispositivos criminalizava situações de excesso no exercício de emprego, assim como o abuso de autoridade e o tráfico de influência proveniente do cargo público (arts. 137-152). Além disso, configurava crime autônomo a insurreição de escravos que buscassem se libertar e o auxílio prestado por terceiros para esse fim (arts. 113-115). Igualmente punível era a conduta de reduzir à escravidão pessoa livre de pleno direito (art. 179). Por fim, seriam presos aqueles que não tivessem uma "ocupação honesta" ou que exercessem a mendicância (arts. 295-296).

Uma segunda fase do Direito Penal do Trabalho se instaura a partir da implementação das primeiras leis trabalhistas. No caso brasileiro, o Código Penal de 1890 estabeleceu, logo após a abolição da escravatura, o título "dos crimes contra a liberdade de trabalho" (artigos 204, 205 e 206), inserido na lógica liberal econômica daquele período. Havia, contudo, uma grande desigualdade no que se refere aos interesses protegidos. Sobretudo, porque tais dispositivos tutelavam quase que exclusivamente a liberdade de trabalho dos donos de negócios[30]. A proteção dos trabalhadores verificava-se tão somente no que se refere à proibição do *lockout*, praticado pelo empregador com o fim de impor a diminuição de salários aos operários, ao passo que a greve era punível em qualquer hipótese, nos termos do art. 206 do CP de 1890.

A terceira geração do Direito Penal do Trabalho se caracteriza por um giro de perspectiva, fortemente influenciada pelo sistema corporativista italiano, surgido no âmago do fascismo de Mussolini ao longo dos anos 20 e 30 do século passado[31]. Como veremos no próximo tópico, a legislação da época refletia os interesses de proteção próprios da lógica totalitária que regia politicamente as relações entre o Estado, o capital e o trabalho, na qual cabia ao Estado impulsionar e controlar a produção nacional. No Brasil, o Código Penal de 1940 reproduziu a concepção de que os crimes contra a organização do trabalho afetavam não aos indivíduos envolvidos, mas sim toda a nação, cujo desenvolvimento econômico e social dependeria das diretrizes definidas pelo governo.

30. Nesse sentido, GUARAGNI, Fábio André. Do direito penal do trabalho ao poder penal no trabalho. In: BARACAT, Eduardo Milléo (Org.). *Controle do empregado pelo empregador* – Procedimentos lícitos e ilícitos. Curitiba: Juruá, 2008. p. 360.

31. BAYLOS GRAU, Antonio; TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria. *Derecho penal del trabajo*. Madrid: Trotta, 1997. p. 21.

Semelhante ideia é abandonada a partir daquilo que se poderia considerar uma quarta fase, ou a última geração, do Direito Penal do Trabalho, inaugurada após a Segunda Guerra Mundial. Nesse momento, o Estado de Bem-Estar Social instaurado na Europa impulsionou a constitucionalização dos direitos dos trabalhadores, favorecendo a ampliação da legislação trabalhista e a intensificação do Direito Penal na proteção desses direitos e liberdades, com a finalidade de preservá-los em sua máxima expressão[32]. Assim, no chamado "Direito Penal do Trabalho democrático", os países europeus se veem hoje diante da necessidade de incorporar os *standards* da União Europeia, de modo garantir a formação profissional e o livre exercício da profissão, a assegurar os padrões mínimos de respeito, igualdade de gênero e origem étnico-cultural, higiene, saúde e segurança no trabalho, com limitações da jornada laboral e a garantida do sistema de seguridade social[33].

Na concepção que se desenvolveu a partir desse movimento, o Direito Penal do Trabalho passou a ser compreendido como meio de garantir, em *ultima ratio*, os direitos mínimos essenciais ao sujeito na condição de trabalhador e os demais pressupostos para o livre exercício do trabalho. Essa proteção se apresenta como um sistema de proibições penais que visa reforçar a eficácia das normas trabalhistas, caracterizadas pelo teor de indisponibilidade perante a dependência econômica do trabalhador e a situação de desigualdade negocial em que se encontra[34]. Nesse contexto, a responsabilização penal da pessoa jurídica por riscos internos à sua organização se coloca como alternativa importante para lidar de maneira eficaz com a cultura corporativa nociva aos direitos dos trabalhadores[35].

2.4.2. Bem jurídico protegido

A definição do escopo da proteção oferecida pelo Direito Penal do Trabalho constitui questão da maior importância. Ela permeia o problema de legitimação

32. MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. Derecho penal del trabajo. *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal*, España, n. 19, 2008. p. 15-17.

33. BAYLOS GRAU, Antonio; TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria. *Derecho penal del trabajo*. Madrid: Trotta, 1997. p. 26-28.

34. CAMERIERE, Julián R. Lescano; TULA, Diego J. *Derecho penal del trabajo:* lineamientos básicos para su comprensión. Buenos Aires: Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires, [s. n.]. p. 161-176. Disponível em: [www.cmfbsas.org.ar/archivos/11_RP4-16-Der%20Penal%20Trabajo.pdf]. Acesso em: 24.12.2019. p. 167.

35. A respeito, SCHÜNEMANN, Bernd. Prevención de riesgos laborales. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GOMEZ MARTÍN, Víctor. *La política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier, 2004. p. 258 e s., 265 e s.

desse ramo do Direito Penal e fornece as bases de interpretação da lei a partir do bem jurídico protegido. Nesse tocante, cabe analisar o conjunto de normas penais trabalhistas no Brasil à luz de três atores principais, candidatos a beneficiários dessas normas. São eles o Estado, como regulador das relações produtivas e laborais, o empresário, detentor dos meios de produção, e o trabalhador, que oferece a força física e intelectual para a realização das atividades econômicas e sociais. Para Fábio Guaragni, apenas a coletividade dos trabalhadores merece figurar como destinatária de proteção pelo Direito Penal do Trabalho, uma vez que a tutela dos interesses empresariais já estaria assegurada pelo Direito Penal clássico, particularmente no que se refere à proteção da propriedade privada[36]. Além disso, segundo o autor, semelhante visão se justificaria na medida em que a proteção do trabalhador em face de sua hipossuficiência histórica constitui mandamento constitucional, definido na regulação dos direitos sociais e da ordem econômica[37].

Embora haja certo ceticismo sobre a possibilidade de unificar o Direito Penal do Trabalho em torno de um bem jurídico comum[38], pode-se dizer que, de acordo com uma acepção mais recente, o Direito Penal do Trabalho serve ao propósito de assegurar as condições fundamentais do trabalho digno[39]. Dessa forma, seria um equívoco considerar que tais delitos protegem o trabalhador necessitado de ajuda. Em verdade, segundo pontuam os autores Baylos Grau e Terradillos Basoco, tais delitos seriam mais bem compreendidos como normas que visam tutelar a "força de trabalho", genericamente figurando como titular de direitos coletivos inseridos no programa da ordem econômica e social posta[40].

---

36. GUARAGNI, Fábio André. Organização do trabalho: contornos atuais do bem jurídico-penal. In: BARACAT, Eduardo Milléo (Org.). *Direito penal do trabalho* – Reflexões atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 141-142.

37. Mais especificamente no que se refere aos arts. 6º, 7º e 170, III, VII e VIII. Cf. GUARAGNI, Fábio André. Organização do trabalho: contornos atuais do bem jurídico-penal. In: BARACAT, Eduardo Milléo (Org.). *Direito penal do trabalho* – Reflexões atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 151.

38. Veja-se, nesse sentido, LÁZARO, Fernando Guanarteme Sánchez. El concepto de trabajador em el derecho penal Español. *UNED – Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n. 13, 2004. p. 13-23.

39. Nesse sentido, IGNOR, Alexander; MOSBACHER, Andreas. Was ist und was will Arbeitsstrafrecht? In: IGNOR, Alexander; MOSBACHER, Andreas. *Handbuch Arbeitsstrafrecht* – Personalverantwortung als Strafbarkeitsrisiko. 3. Aufl. Stuttgart: Boorberg, 2016. p. 19.

40. BAYLOS GRAU, Antonio; TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria. *Derecho penal del trabajo*. Madrid: Trotta, 1997. p. 50.

Em semelhante intuito, o Direito Penal se ocupa de basicamente dois âmbitos na tutela das relações laborais. Em primeiro lugar, pode o Direito Penal do Trabalho tutelar bens jurídicos pessoais dos trabalhadores[41]. Assim, o direito ao trabalho decente, a liberdade de locomoção e a integridade física e psíquica do trabalhador são protegidos por crimes que vedam a exploração da força de trabalho e exigem o cumprimento de *standards* estabelecidos para o âmbito da segurança e das demais condições de trabalho[42]. Aqui, geralmente, a inobservância das normas de proteção, das normas de segurança, dos requisitos de salubridade e das limitações da jornada de trabalho é classificada à conta de ilícitos administrativos, sendo, contudo, alçados a ilícitos de natureza penal quando lesionam ou colocam os trabalhadores em maior risco na situação concreta[43]. São exemplos nesse sentido os crimes contra a segurança do trabalhador[44], a proibição de exploração do trabalhador em condições de degradação humana[45], além da vedação de qualquer forma de discriminação ou assédio no trabalho[46].

Ademais, pode a proteção se verificar de modo difuso através da tutela das instituições trabalhistas fundamentais e dos pilares do sistema de seguridade social. Nesse segundo viés, a lei penal visa assegurar as condições prévias para a garantia das liberdades laborais. É o caso dos delitos que atentam contra a independência dos órgãos sindicais, a exemplo da corrupção do representante sindical em negociações coletivas[47], assim como das fraudes no recolhimento das contribuições

41. Crítico sobre a necessidade e eficácia de tipos penais dessa natureza, SCHÜNEMANN, Bernd. Prevención de riesgos laborales. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GOMEZ MARTÍN, Víctor. *La Política Criminal en Europa*. Barcelona: Atelier, 2004. p. 253 e ss.
42. TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht* – Besonderer Teil mit wichtigen Rechtstexten. München: Vahlen, 2011. p. 319.
43. TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht* – Besonderer Teil mit wichtigen Rechtstexten. München: Vahlen, 2011. p. 325.
44. A exemplo do crime contra a segurança nas construções, previsto no § 319 do Código Penal alemão, e o delito do art. 316 do Código Penal espanhol.
45. Como previsto nos artigos 311 e 315 do Código Penal espanhol e no art. 149 do Código Penal brasileiro.
46. Como os crimes previstos no art. 314 do Código Penal espanhol, no § 233 do Código Penal alemão e no art. 222-33-2 do Código Penal Francês.
47. A exemplo do que estabelece o § 119 da lei para a constituição do conselho de trabalhadores da empresa na Alemanha (*Betriebsverfassungsgesetz*).

sociais[48], da contratação com pagamento abaixo do salário mínimo[49], ou, ainda, das hipóteses de utilização de mão de obra clandestina[50].

3. O sistema de proteção penal do trabalho no Brasil

3.1. A concepção totalitarista sobre Estado, Trabalho e Capital na gênese dos crimes contra a "organização do trabalho"

Considerando a história legislativa de nosso País, pode-se dizer que o Brasil acompanhou apenas de maneira muito tímida os desenvolvimentos mais recentes do Direito Penal do Trabalho. É somente a partir do final dos anos 1990 que a lei penal brasileira começa a se alinhar com a racionalidade de proteção dos direitos do trabalhador, o que ocorre principalmente com a reforma do crime de trabalho análogo ao de escravo e a nova tipificação do tráfico de pessoas. Entretanto, essa aposta legislativa tem uma série de limitações, como detalharemos melhor adiante.

Com efeito, o Direito Penal do Trabalho no Brasil manteve a influência original do fascismo italiano que inspirou o Código Penal de 1940, ainda em vigor. Segundo a ideologia totalitária estabelecida nesse período da história mundial, cabia ao Estado o controle da produção econômica nacional, o que significava

48. Por exemplo, o § 266a do Código Penal alemão e os arts. 168-A e 337-A do Código Penal brasileiro.

49. Na Alemanha, semelhante hipótese pode ser considerada crime em situações mais graves de exploração da necessidade econômico-financeira do trabalhador, nos termos do § 291 do Código Penal alemão, constituindo também contravenção penal nos termos do § 21 da lei do salário mínimo (*Mindestlohngesetz*, promulgada em 2014).

50. Esse é um tema particularmente importante no contexto da União Europeia, que levou os Estados Membro a harmonizarem a legislação contra o trabalho clandestino, particularmente aquele que se serve de estrangeiros irregulares na União Europeia. Na Espanha, por exemplo, o art. 312 pune com pena de até três anos "quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual". Na Alemanha, a exploração da mão de obra estrangeira sem respeito às condições para o trabalho imigrante constitui crime nos termos dos §§ 10, 10a e 11 da chamada lei para a luta contra o trabalho clandestino (*Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz*), de 2004. Nesse país, a lei estabelece os ilícitos penais como formas mais gravosas dos ilícitos administrativos sancionados com multa. A respeito, HUSEMANN, Tim. Illegale Beschäftigung von Ausländern, § 404 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 SGB III. In: BROSS, Nikolaus. *Handbuch Arbeitsstrafrecht*. Köln: Heymanns, 2017. p. 111.

a determinação estatal sobre aquilo que deveria ser produzido e de que maneira. Conforme explicam Baylos Grau e Terradillos Basoco, a concepção totalitária das relações entre Estado, empresa e trabalhador tem inspiração no sistema corporativo italiano, que orientava a regulamentação penal sobre o trabalho com base nos princípios do interesse geral da produção e da subordinação dos interesses individuais em favor dos interesses gerais da economia e da nação. Referida concepção implica, de um lado, uma relação necessária entre Estado e empresa, cabendo a esta última o dever de manter as condições mínimas para o desenvolvimento do trabalho. De outro lado, o trabalhador seria protegido pelo Estado, mas tinha, sobretudo, a obrigação de apresentar um rendimento mínimo de produção, segundo as regras fixadas pelo governo[51].

Por isso, cumpria ao Estado proteger-se de supostos atentados contra o domínio que exercia não apenas sobre a força de trabalho como também sobre os meios de produção. Dessa maneira, a legislação penal que antecede a Segunda Guerra Mundial se caracteriza pela repressão de qualquer insubordinação em relação à ordem econômica e trabalhista vigente, traduzindo-se na criminalização de práticas realizadas tanto pelos trabalhadores quanto pelos próprios detentores dos meios de produção[52]. Proibiam-se a insurgência de associações patronais ao mesmo tempo que se criminalizavam os movimentos grevistas e as organizações operárias sem origem estatal. Perturbações do processo produtivo por ambos os lados eram tidas à conta não de uma lesão dos indivíduos envolvidos, mas de uma lesão da coletividade.

Semelhante espírito moldou a legislação penal de 1940. Nosso atual Código Penal foi elaborado em uma conjuntura na qual os direitos sindicais praticamente inexistiam e os direitos trabalhistas ainda começavam a se delinear no Brasil. Naquele momento, as liberdades gerais de associação e de organização estavam tolhidas pela política ditatorial varguista. Além disso, os sindicatos sofriam o controle estatal em sua gestão e no desenvolvimento de suas funções,

51. BAYLOS GRAU, Antonio; TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria. *Derecho penal del trabajo*. Madrid: Trotta, 1997. p. 21.

52. Semelhante orientação teve a Espanha franquista, segundo esclarecem BAYLOS GRAU, Antonio; TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria. *Derecho penal del trabajo*. Madrid: Trotta, 1997. p. 22 e 23. Conforme esclarece Velasco, a criação de direitos trabalhistas e de organizações de classe pelo Estado precisou do Direito Penal para se estabilizar. Essas instituições passaram a ser toleradas posteriormente devido à grande pressão da classe trabalhadora, sendo, enfim, reconhecidas junto aos direitos dos trabalhadores. Cf. VELASCO, Rafael Santoyo. Aspectos penales del derecho del trabajo. *Iter criminis – Revista de ciencias penales*, n. 4, 2002. p. 154.

sendo o direito de greve um direito apenas formal, já que condicionado a autorização judicial prévia[53]. O viés totalitário da era Vargas ficou cristalizado na exposição de motivos da Parte Especial do Código Penal brasileiro[54], sabidamente inspirado pelo fascismo italiano[55] também presente no Código Penal da Itália de 1930 (o chamado "Código Rocco")[56].

Dessa sorte, a ideologia totalitarista de controle não apenas do trabalho como também do capital se encontra expressa primeiramente na afirmação, da exposição de motivos, de que seria "incompatível com a nova ordem política o exercício arbitrário das próprias razões por parte de empregados e empregadores"[57]. Dentro dessa lógica, considerava o legislador que não caberia proteger a "liberdade do trabalho". Em vez disso, entendia legítima apenas a proteção da chamada

53. Cf. FRAGOSO, Christiano. *Repressão penal da greve:* uma experiência democrática. São Paulo: IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2009. p. 179-181, 374.

54. Nesse sentido, veja-se DOTTI, René Ariel. Por um direito penal do trabalho. In: BARACAT, Eduardo Milléo; FELICIANO, Guilherme Guimarães (Org.). *Direito penal do trabalho* – Reflexões atuais. São Paulo: LTr, 2014. p. 17.

55. Nesse sentido, Guaragni relaciona a similitude do fascismo italiano com a ideologia corporativista-fascista do período Vargas no Brasil, que conformou a legislação penal de 1940. A respeito, GUARAGNI, Fábio André. Organização do Trabalho: Contornos atuais do bem jurídico-penal. In: BARACAT, Eduardo Milléo (ORG.). *Direito penal do trabalho* – Reflexões atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 139-141.

56. Conforme indica Musio, ao menos no que se refere à Parte Especial do Código Penal, concordam os historiadores acerca da influência dos ideais políticos fascistas na elaboração do texto legal do Código Rocco de 1930. De acordo com a autora, no que tange aos chamados "crimes contra a economia pública, indústria e comércio", no Título VIII do Livro II, a ideologia fascista se revela na consideração, encampada pela legislação, de que "o trabalho e a atividade produtiva devem visar os interesses da nação, através da eliminação de todo conflito social e cuja composição deveria ocorrer dentro da corporação", o que explicaria, entre outras coisas, a repressão da greve e do *lockout* no Código Rocco (MUSIO, Sarah. La vicenda del codice Rocco nell'Italia repubblicana. *L'altro diritto*, 1999). Traços semelhantes podem ser reconhecidos no pensamento de Nélson Hungria, revisor do Código Penal brasileiro. Nesse sentido, o autor defendia uma sobreposição do interesse coletivo em lugar dos interesses individuais no tocante à regulação do trabalho, além de considerar inexistente qualquer direito de greve. A greve, em sua concepção, se não deveria chegar ao ponto de constituir crime quando realizada em condições pacíficas, seria sem dúvidas um ilícito civil e administrativo, merecedor de punição em tais âmbitos. Veja-se HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal:* decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Arts. 197 a 249. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 8. p. 16-18.

57. Item 66 da Exposição de motivos da Parte Especial do Código Penal (Decreto-Lei 2848 de 07.12.1940).

"organização do trabalho". Segundo a exposição de motivos, a organização do trabalho como objeto de tutela penal seria mais adequada por ser "inspirada não somente na defesa e no ajustamento dos direitos e interesses individuais em jogo, mas também, e principalmente, no sentido superior do bem comum de todos"[58].

Logo, o objeto de proteção do Direito Penal do Trabalho para o legislador de 1940 não seria os direitos dos trabalhadores, em razão da vulnerabilidade decorrente do contrato de trabalho subordinativo entre funcionário e patrão, vale dizer, da superioridade presente no poder de direção do empregador. Antes disso, o objeto de tutela penal, nas palavras do legislador, seria o "bem comum", definido pela intervenção do Estado na economia no que tange a produção de bens e a prestação de serviços. Nessa linha, explica a exposição de motivos que não se desejava criminalizar toda sorte de contenda envolvendo o trabalho, mas somente as mais graves, ou seja, as que implicavam "violência" ou "fraude", como também aquelas que atingissem o "interesse público" ou, ainda, que perturbassem "a ordem econômica"[59].

Desse modo, a questão está em observar quem são os potenciais autores dos crimes contra a organização do trabalho definidos pelo Código Penal de 1940. É curioso notar que, embora tais dispositivos tenham sido formulados de maneira relativamente neutra, de modo a abarcar possíveis coerções e fraudes dos empregadores, para o legislador de 1940 era muito claro que o principal problema social a ser enfrentado criminalmente residia na atuação da organização operária que marcou as primeiras décadas do século passado nos grandes centros industriais do País. Por essa razão, embora a lei não mencione a palavra "greve", a exposição de motivos a ela se refere por diversas vezes, evocando, além da ameaça que representavam os movimentos grevistas, as paralisações, o boicote ao trabalho, a invasão de estabelecimentos etc.[60]

3.2. A tutela do trabalho pelo Código Penal: anacronismo e lacunosidade do Direito Penal do Trabalho no Brasil

Tendo em vista as recentes transformações sofridas pelo Direito Penal do Trabalho no mundo, é forçoso concluir que a tutela penal do trabalho no Brasil se

58. Item 67 da Exposição de motivos da Parte Especial do Código Penal (Decreto-Lei 2848 de 07.12.1940).

59. Item 67 da Exposição de motivos da Parte Especial do Código Penal (Decreto-Lei 2848 de 07.12.1940).

60. Cf. o item 67 da Exposição de motivos da Parte Especial do Código Penal (Decreto-Lei 2848 de 07.12.1940).

encontra ainda muito distante de proteger adequadamente as reais necessidades do trabalhador, exposto à vulnerabilidade intrínseca da relação estabelecida com o empregador[61]. Neste tópico faremos uma breve leitura das regras presentes no Código Penal brasileiro, no intuito de avaliar, por outra vertente, aquilo que Guilherme Feliciano designou como sendo uma legislação lacunosa e anacrônica[62].

Desde 1940, o Código Penal brasileiro se mantém praticamente intacto no que se refere à tutela penal das relações de trabalho. Essa estagnação no tempo representa uma proteção muito desigual dos polos do conflito trabalhista, a qual, além disso, deixa de garantir as bases do funcionamento do próprio sistema de regulação do trabalho nos dias de hoje. A fim de demonstrar esse argumento, tomemos como ponto de partida o título dos crimes contra a organização do trabalho. Nesse título, são tipificadas as seguintes hipóteses:

– "atentado contra a liberdade de trabalho" (art. 197);

– "atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e a boicotagem violenta" (art. 198);

– "atentado contra a liberdade de associação" (art. 199);

– "paralisação de trabalho seguida de violência ou perturbação da ordem" (art. 200);

– a "paralisação de trabalho de interesse coletivo" (art. 201);

– "invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola e a sabotagem" (art. 202);

– "frustração de direito assegurado por lei trabalhista" (art. 203);

– "frustração de lei sobre a nacionalização do trabalho" (art. 204);

– "exercício de atividade com infração de decisão administrativa" (art. 205);

– "aliciamento para o fim de emigração e de trabalhadores de um local para outro do território nacional" (art. 207).

A rápida leitura desses tipos penais revela que, em grande medida, trata-se da criminalização do exercício do direito de greve, uma vez que vários dispositivos não indicam qualquer lesividade da conduta proibida, sobretudo desde a

61. TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Derecho penal del trabajo: un reto para la integración penal supranacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 92, v. 19, 2011. p. 268.

62. FELICIANO, Guilherme Guimarães. Refundando o direito penal do trabalho: primeiras aproximações. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, 2009. p. 352 e ss.

perspectiva da também necessária garantia do direito ao trabalho digno através dos instrumentos de ordem construtiva do Direito do Trabalho. É o caso, particularmente, dos artigos 200 a 202 do Código Penal. Assim, podem ser punidos os empregados que simplesmente tomam parte no abandono coletivo do trabalho, quando se trate de obra pública ou atividade de interesse coletivo (art. 201 do CP) ou quando, durante a greve, haja dano a algum bem (art. 200 do CP). Além disso, configura crime a mera ocupação do estabelecimento com o intuito de atrapalhar o curso normal do trabalho (art. 202 do CP).

Não são crimes que protejam o trabalhador no que se refere ao direito de trabalhar em condições de dignidade. Muito pelo contrário: são criminalizações que ferem a liberdade de exercer ou não uma profissão e vedam os meios de barganha dos quais os empregados dispõem para poder reclamar ou negociar seus direitos[63]. Por essa razão, a constitucionalidade desses delitos é questionada por parte da doutrina[64]. Em contrapartida, os próprios direitos sindicais dos trabalhadores são apenas muito superficialmente protegidos, já que isso se dá exclusivamente na hipótese de coação exercida com o propósito de obrigar alguém a integrar ou desvincular-se de sindicato ou associação profissional (art. 199 do CP). Na vida real, as formas de que o empregador usualmente se serve para forçar as escolhas de seus empregados são muito mais sutis do que a violência ou a ameaça explícita.

Excetuando essa tímida proteção da liberdade de associação sindical, o título que prevê os crimes contra a organização do trabalho acaba concentrando a

63. Acerca do reconhecimento do direito de greve e sua legitimidade enquanto instrumento de autotutela, DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1611 e s., 1615 e ss.

64. Nesse contexto, vale notar que os elementos de violência ou ameaça que são delineados em tais tipificações já poderiam de todo modo ser enquadrados em crimes de outra natureza. Na análise que faz sobre o bem jurídico protegido pelos crimes contra a organização do trabalho, Guaragni conclui, a partir disso, sobre a inconstitucionalidade dos arts. 200 e 201, sugerindo igualmente a exclusão do art. 202 do Código Penal (GUARAGNI, Fábio André. Organização do trabalho: contornos atuais do bem jurídico-penal. In: BARACAT, Eduardo Milléo (Org.). *Direito penal do trabalho* – Reflexões atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 148-149, 152). Especificamente sobre o art. 201 do Código Penal, a inconstitucionalidade do dispositivo é derivada da liberdade constitucional do exercício da profissão, conforme aduzem STOCO, Rui; STOCO, Tatiana. In: SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (Org.). *Código Penal e sua interpretação:* doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 959; e PEREIRA, Flávia Rahal Bresser. Direito penal do trabalho: considerações para uma reflexão sobre o tema. *Revista do Advogado*, n. 82, v. 25, 2005. p. 55.

proteção penal do trabalhador basicamente nas hipóteses de frustração dos direitos trabalhistas e aliciamento de trabalhadores (arts. 203, 206 e 207 do CP). No ano de 1998, esses delitos foram reformados no intuito de fazer frente ao problema dos trabalhos forçados, logo após o Brasil ter sido responsabilizado perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos pela negligência na condução do caso José Pereira[65]. Contudo, a redação final desses dispositivos pouco reflete a realidade da superexploração do trabalho nos dias de hoje. Isso porque os tipos exigem os elementos de fraude, coação ou violência, tanto para o crime de frustração de direito assegurado por lei trabalhista (art. 203 do CP) quanto para o aliciamento de trabalhadores visando sua imigração para o exterior (art. 206 do CP). São requisitos que não representam as formas de abuso dos trabalhadores na contemporaneidade, já que a exploração abusiva do trabalho raramente é desconhecida por suas vítimas, que a ela se submetem ou por não compreenderem a total dimensão dos direitos afetados[66], ou, quando cientes da integralidade de seus direitos, a tais condições retornam pela simples falta de alternativas[67]. As dificuldades desses dispositivos sobre os trabalhos forçados foram amenizadas com a reforma posterior do crime de redução a condição análoga à de escravo (art. 149), que desde 2003 passou a incluir situações de exploração sem violência. Além disso, em 2016 foi criado o delito do tráfico de pessoas (art. 149-A), que aceita a hipótese mais ampla de "abuso" como elemento para configurar o aliciamento criminoso de trabalhadores.

Desde o fim dos anos 1990, outros dois pontos de reforma do Código Penal fortaleceram a proteção do direito a exercer o trabalho em condições de

65. A preocupação do governo de Fernando Henrique Cardoso a respeito do tema, após o juízo emitido pela Comissão Interamericana, é narrada por FINELLI, Lília Carvalho. *Construção e desconstrução da lei*: a arena legislativa e o trabalho escravo. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2016. p. 144.

66. Nesse sentido, SAAD-DINIZ, Eduardo. Tutela penal das liberdades pessoais: o tipo penal de redução a condição análoga à de escravo no Brasil. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal na pós-modernidade*: escritos em homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 164.

67. PLASSAT, Xavier. Abolida a Escravidão? In: COSTA, Celia Maria Leite et al (Org.) *Trabalho escravo no Brasil*: contribuições críticas para sua análise e denúncia. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2008. p. 76-77; BIANCHINI, Alice. *Trabalho escravo no Brasil:* uma análise do art. 149 do Código Penal. In: LEMOS, Bruno Espiñeira; MACHADO CRUZ, Rogerio Schietti; REIS JÚNIOR, Sebastião (Org.). *Crimes federais*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 70.

dignidade. O primeiro deles teve por objeto a proibição de expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente (art. 132). Em relação a esse delito, passou a incidir desde 1998 o aumento de pena na situação de transporte inadequado para o local de trabalho.

O segundo ponto de reforma lida com a tutela do sistema de seguridade social. A esse respeito, foram incluídos no Código Penal, no ano de 2001, os crimes de sonegação e apropriação de contribuição previdenciária (arts. 168-A e 337-A), além da omissão ou inserção fraudulenta de informações falsas sobre a relação de trabalho na folha de registro de empregados de uma empresa ou na carteira de trabalho individual (art. 297, § 4º). Em que pese a similitude dessas condutas com os delitos de natureza tributária, no que tange à arrecadação estatal, o fato é que esses crimes possuem grande importância no que se refere à proteção dos trabalhadores, na medida em que a sua prática obstaculiza o acesso a direitos trabalhistas e previdenciários, afetando, por fim, o próprio sistema de seguridade social[68]. Não obstante, a doutrina e a jurisprudência majoritária não reconhecem essa dimensão dos tipos legais mencionados, que acabam sendo interpretados de forma restritiva, como simples crimes de falsidade ou crimes tributários comuns, deixando-se, assim, prejudicada a proteção penal dos interesses dos trabalhadores afetados[69].

Em contrapartida, alguns dos aspectos mais fundamentais para a garantia do direito ao trabalho digno e da liberdade de exercício da profissão deixaram de ser protegidos criminalmente. Menção especial deve ser feita à proteção deficitária

68. Nesse sentido a leitura de PANANIS, Panos. Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen. In: IGNOR, Alexander; MOSBACHER, Andreas. *Handbuch Arbeitsstrafrecht* – Personalverantwortung als Strafbarkeitsrisiko. 3. Aufl. Stuttgart: Boorberg, 2016. p. 361; GRAF, Walther; SARTORIUS, Matthias. Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt, §266a StGB. In: BROSS, Nikolaus. *Handbuch Arbeitsstrafrecht*. Köln: Heymanns, 2017. p. 87; CHIARADIA, Janaína Elias; GUARAGNI, Fábio André. Apropriação indébita previdenciária e inexigibilidade de conduta conforme o direito por força da precariedade da situação financeira da empresa: estudo de caso. In: BARACAT, Eduardo Milléo; FELICIANO, Guilherme Guimarães (Org.). *Direito penal do trabalho* – Reflexões atuais. São Paulo: LTr, 2014. p. 181.

69. Igualmente a esse respeito, FELICIANO, Guilherme Guimarães. Refundando o direito penal do trabalho: primeiras aproximações. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, 2009. p. 361-366; CHIARADIA, Janaína Elias; GUARAGNI, Fábio André. Apropriação indébita previdenciária e inexigibilidade de conduta conforme o direito por força da precariedade da situação financeira da empresa: estudo de caso. In: BARACAT, Eduardo Milléo; FELICIANO, Guilherme Guimarães (Org.). *Direito penal do trabalho* – Reflexões atuais. São Paulo: LTr, 2014. p. 191 e s.

das liberdades sindicais contra os chamados "atos antissindicais" e as chamadas "práticas desleais". Esses mecanismos de compensação e equilíbrio das partes na negociação do trabalho não são regulamentados pela lei penal a não ser pela única exceção do art. 199 do Código Penal[70]. Principalmente agora que o Brasil flexibiliza as normas trabalhistas[71], conferindo grande espaço aos acordos coletivos em detrimento das diretrizes fixadas por força da lei, adquirem especial gravidade os atos de fraude e ingerência sobre a organização dos trabalhadores, tais como o conluio entre representantes sindicais e empregadores. Nesse sentido, cabe ponderar a observação já feita por Guilherme Feliciano de que quanto maior a redução dos direitos trabalhistas, maior a necessidade de se garantir, pela via penal, as condições mínimas para o exercício da autonomia negocial por parte dos trabalhadores[72].

Em relação à proteção das relações de trabalho, outros países oferecem opções a serem refletidas para o nosso ordenamento jurídico. No que se refere aos direitos sindicais, por exemplo, a Alemanha pune com até um ano de prisão a corrupção dos membros do conselho de trabalhadores da empresa (*Betriebsrat*) em suas decisões, além da conduta de os favorecer ou prejudicar em razão de sua atuação no conselho[73]. A Espanha, por outro lado, criminaliza de forma mais ampla

70. Sobre o conceito de atos sindicais e práticas desleais, *vide* SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da; LIMA, Firmino Alves. Repressão penal dos atos antissindicais. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 37, jul.-dez. 2010. p. 71-75.

71. Na atual conjuntura, a regulamentação das relações de trabalho se encontra em estado de grande incerteza, representando, em grande medida, franco retrocesso devido à chamada "Reforma Trabalhista", instituída pela Lei 13.467/2017 e complementada pela Lei 13.429/2017, no que tange à terceirização de funcionários e serviços. Essa mudança legislativa favoreceu o enfraquecimento de direitos importantes através da aceitação indiscriminada de terceirização das atividades-fim (art. 9º, § 3º, Lei 13.429/2017), do fortalecimento do negociado, mesmo individualmente, em detrimento da regulamentação estatal (art. 611-B da CLT) e da exclusão do tempo de duração do trabalho do rol das garantias de saúde e segurança no trabalho (art. 611-B, parágrafo único, da CLT). Com isso, consagrou-se um conceito meramente formal de autonomia do trabalhador como base para a negociação das condições de trabalho com o empregador.

72. FELICIANO, Guilherme Guimarães. Refundando o direito penal do trabalho: primeiras aproximações. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, 2009. p. 347 e s.

73. Trata-se do § 119 Abs. 1 da lei que regulamenta a constituição do conselho de trabalhadores da empresa (*Betriebsverfassungsgesetz*):

§ 119 Straftaten gegen Betriebsverfassungsorgane und ihre Mitglieder

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

a lesão aos direitos sindicais e direito de greve através do recurso a fraudes, bem como através do abuso de uma situação de necessidade em que se encontra o trabalhador[74]. Em Portugal, por sua vez, constitui crime a dispensa de funcionário por motivo de suas atividades sindicais[75].

1. eine Wahl des Betriebsrats, der Jugend– und Auszubildendenvertretung, der Bordvertretung, des Seebetriebsrats oder der in § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 oder 5 bezeichneten Vertretungen der Arbeitnehmer behindert oder durch Zufügung oder Androhung von Nachteilen oder durch Gewährung oder Versprechen von Vorteilen beeinflusst,

2. die Tätigkeit des Betriebsrats, des Gesamtbetriebsrats, des Konzernbetriebsrats, der Jugend– und Auszubildendenvertretung, der Gesamt-Jugend– und Auszubildendenvertretung, der Konzern-Jugend – und Auszubildendenvertretung, der Bordvertretung, des Seebetriebsrats, der in § 3 Abs. 1 bezeichneten Vertretungen der Arbeitnehmer, der Einigungsstelle, der in § 76 Abs. 8 bezeichneten tariflichen Schlichtungsstelle, der in § 86 bezeichneten betrieblichen Beschwerdestelle oder des Wirtschaftsausschusses behindert oder stört, oder

3. ein Mitglied oder ein Ersatzmitglied des Betriebsrats, des Gesamtbetriebsrats, des Konzernbetriebsrats, der Jugend– und Auszubildendenvertretung, der Gesamt-Jugend– und Auszubildendenvertretung, der Konzern-Jugend – und Auszubildendenvertretung, der Bordvertretung, des Seebetriebsrats, der in § 3 Abs. 1 bezeichneten Vertretungen der Arbeitnehmer, der Einigungsstelle, der in § 76 Abs. 8 bezeichneten Schlichtungsstelle, der in § 86 bezeichneten betrieblichen Beschwerdestelle oder des Wirtschaftsausschusses um seiner Tätigkeit willen oder eine Auskunftsperson nach § 80 Absatz 2 Satz 4 um ihrer Tätigkeit willen benachteiligt oder begünstigt.

74. Assim, o artigo 315 do Código Penal espanhol, estabelece que:

1. Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga.

2. Si las conductas reseñadas en el apartado anterior se llevaren a cabo con coacciones serán castigadas con la pena de prisión de un año y nueve meses hasta tres años o con la pena de multa de dieciocho meses a veinticuatro meses.

3. Quienes actuando en grupo o individualmente, pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga, serán castigados con la pena de prisión de un año y nueve meses hasta tres años o con la pena de multa de dieciocho meses a veinticuatro meses.

75. Trata-se das previsões contidas nos artigos 37º e 38º do Decreto-Lei 215-B, de 1975, em Portugal:

Art. 37.º É proibido e considerado nulo e de nenhum efeito todo o acordo ou acto que vise:

a) Subordinar o emprego do trabalhador a condição de este se filiar ou não se filiar numa associação sindical ou de se retirar daquela em que esteja inscrito;

b) Despedir, transferir ou, por qualquer modo, prejudicar um trabalhador por motivo da sua filiação ou não filiação sindical ou das suas actividades sindicais.

Na França, o direito de exercício da profissão, o direito ao ambiente de trabalho saudável, bem como a saúde física e mental dos empregados, são protegidos através da criminalização do assédio moral no trabalho[76]. Nesse mesmo país, escândalos envolvendo suicídios coletivos em grandes empresas, como a Renault e a France Telecom[77], deram ensejo à discussão sobre a responsabilidade penal dos dirigentes por induzimento indireto de seus subordinados ao suicídio[78], sendo estabelecida, de todo modo, a responsabilidade criminal da própria pessoa jurídica quando a organização da empresa conduz a estados de adoecimento e suicídio laboral[79]. Nessa linha, alguns autores defendem no Brasil a criminalização

---

Art. 38.º – 1. As entidades ou organizações que violarem o disposto no artigo anterior e no artigo 6.º, n.os 1 e 2, serão punidas com multa de 10000$00 a 1000000$00.

2. Os administradores, directores ou gerentes, e os trabalhadores que ocupem lugares de chefia, responsáveis pelos actos referidos no número anterior, serão punidos com pena de prisão de três dias a dois anos.

3. Perdem as regalias que lhes são atribuídas por este diploma os dirigentes sindicais ou delegados sindicais que forem condenados nos termos do número anterior.

76. Trata-se do Art. 222-33-2 do Código Penal Francês:

Le fait de harceler autrui par des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 d'amende.

77. Sobre o tema, GERSCHENFELD, Ana. Entrevista a Christophe de Dejours: Um suicídio no trabalho é uma mensagem brutal. *Público*, 01.02.2010. Disponível em: [www.publico.pt/sociedade/noticia/um-suicidio-no-trabalho-e-uma-mensagem-brutal-1420732]. Acesso em: 07.12.2018; NETTO, Andrei. Novo caso assusta a Renault. *O Estado de São Paulo*, 19.10.2009. Disponível em: [www.estadao.com.br/noticias/geral,novo-caso-assusta-a-renault,452701]. Acesso em: 24.12.2019.

78. O Artigo 223-13 do Código Penal francês estabelece como crime de forma mais ampla a provocação do suicídio:

Le fait de provoquer au suicide d'autrui est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsque la provocation a été suivie du suicide ou d'une tentative de suicide.

Les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende lorsque la victime de l'infraction définie à l'alinéa précédent est un mineur de quinze ans.

Les personnes physiques ou morales coupables du délit prévu à la présente section encourent également la peine complémentaire suivante: interdiction de l'activité de prestataire de formation professionnelle continue au sens de l'article L. 6313-1 du code du travail pour une durée de cinq ans.

79. É o que estabelece o art. 223-15-1 do Código Penal francês:

Les personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, des infractions définies à la présente section encourent, outre l'amende suivant les modalités prévues par l'article 131-38 :

do assédio moral no trabalho como forma de garantir um ambiente laboral física e psiquicamente seguro[80].

Assim, o Código Penal brasileiro oferece um microssistema anacrônico, pois os crimes contra a organização do trabalho se encontram em grande medida em desalinho com os direitos de associação e greve reconhecidos pela Constituição Federal de 1988. Trata-se de um conjunto normativo lacunoso, porque deixa de tutelar aspectos de construção e defesa da regulação do trabalho que são essenciais para a garantia do exercício do trabalho em condições de dignidade.

Com essas considerações não queremos sugerir uma tutela penal que se antecipe a outros aparatos sancionadores, como os trabalhistas e os administrativos, ou mesmo defender uma proteção penal indiscriminada a todos os direitos relativos ao trabalho digno[81]. Contudo, é preciso reconhecer a necessidade de uma reformulação da legislação brasileira a fim de contemplar a vida, a saúde, a segurança e as liberdades de associação, de reunião, de expressão, de negociação e de autodeterminação do indivíduo enquanto parte da classe trabalhadora, tendo-se em vista o caráter coletivo, supraindividual e institucional da proteção conferida pelo Direito do Trabalho, a qual, subsidiariamente, cabe ser garantida pelo Direito Penal[82].

1º (Abrogé) ;

2º Les peines mentionnées aux 2º à 9º de l'article 131-39 ;

3º La peine mentionnée au 1º de l'article 131-39 pour l'infraction prévue au deuxième alinéa de l'article 223-13.

L'interdiction mentionnée au 2º de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise.

80. Veja-se, por exemplo, ALKIMIN, Maria Aparecida. Aspectos penais relevantes do assédio moral no trabalho. In: BARACAT, Eduardo Milléo; FELICIANO, Guilherme Guimarães (Org.). *Direito penal do trabalho* – Reflexões atuais. São Paulo: LTr, 2014. p. 77 s.; MARANHÃO. Ney. Criminalização do assédio moral trabalhista e garantismo penal: reflexões centradas na possibilidade e necessidade de expansão da tutela labor-penal em tempos de minimalismo punitivo. In: BARACAT, Eduardo Milléo; FELICIANO, Guilherme Guimarães (ORG.). *Direito penal do trabalho* – Reflexões atuais. São Paulo: LTr, 2014. p. 91.

81. A inconveniência de uma proteção indiscriminada dos direitos trabalhistas é apontada por VELA, Javier Arévalo. La protección penal del trabajo. *Revista Oficial del Poder Judicial*, año 6 – 7, n. 8 y n. 9, 2012-2013. p. 4.

82. Esse caráter coletivo permite a configuração de delitos nos quais a conduta atinge uma coletividade de trabalhadores enquanto classe, fugindo-se à lógica de proteção dos direitos singulares de cada pessoa afetada individualmente, segundo considera TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Derecho Penal del Trabajo. *Revista Penal Tirant lo Blanch*, n. 1, v. 1. 1998. p. 78.

4. O crime de redução a condição análoga à de escravo (art. 149 do CP) como paradigma de proteção penal do trabalho no Brasil

Diante das conclusões apresentadas, não seria exagero dizer que, nas últimas duas décadas, a principal frente de atuação para proteção penal do trabalho no Brasil se centrou exclusivamente na ideia de trabalho análogo ao de escravo. Com efeito, houve avanços positivos e importantes na legislação penal, que aproximaram o Brasil de um Direito Penal do Trabalho de última geração. Todavia, como estratégia global de reforço à promoção do trabalho digno, essa opção se mostra insuficiente e deficitária, conforme mencionamos na seção anterior e detalharemos a partir de agora.

4.1. Origem e reforma do art. 149 do CP: da escravização negra à superexploração do trabalho contemporâneo

A atual redação do crime de redução a condição análoga à de escravo alinha esse dispositivo à ideia de trabalho forçado. Este é compreendido como forma de exploração da força de trabalho a partir de uma relação de domínio extremado, amparado na racionalidade econômica de maximização de lucros, segundo a lógica do sistema capitalista de produção[83]. Prática disseminada no Brasil, a superexploração do trabalho estrutura parte considerável da concentração de riquezas em latifúndios e grandes empresas, que se servem da condição de vulnerabilidade e pobreza não apenas de trabalhadores aliciados no campo, como também de empregados inseridos na produção de bens e serviços nos centros urbanos.

Não obstante o fundamento mercadológico por trás da expropriação da força de trabalho nos dias de hoje, o tipo penal que descreve essa forma de exploração humana inspirou-se na história da escravatura romana, adaptada à realidade da escravidão negra no Brasil do século 19. Essa referência é feita pelo próprio legislador de 1940 na exposição de motivos da Parte Especial do Código Penal. Quando elaborou o crime de redução à condição análoga à de escravo, o legislador tinha em mente sobretudo a hipótese na qual a vítima era tolhida no seu direito de locomoção, mediante coerção, restando submetida ao "completo e

83. AZEVEDO, Flávio Antônio Gomes; CACCIAMALI, Maria Cristina. *Trabalho Forçado*: exclusão ou opção pela inclusão? São Paulo: [s.n.], 2002. Disponível em: [www.academia.edu/22660776/Trabalho_For%C3%A7ado_Exclus%C3%A3o_ou_Op%C3%A7%C3%A3o_pela_Inclus%C3%A3o]. Acesso em: 21.12.2019.

discricionário poder" de quem a reduziria ao estado de escravo, segundo descreve a exposição de motivos[84].

O delito, que para o legislador de 1940 seria praticado apenas em alguns "pontos remotos" do País[85], seguiu contornos semelhantes ao que estabelecia o Código Criminal do Império de 1830, em seu art. 179, promulgado em pleno regime escravocrata[86]. Na primeira metade do século 19, reduzir alguém a condição de escravo era o mesmo que submetê-lo ao regime de subjugação dos africanos capturados, completamente despidos de sua personalidade. Talvez pela ausência de referencial nos países europeus que inspiraram a legislação do Império, a elaboração em 1830 do delito de redução à condição de escravo foi buscar amparo na ideia de *plagium* desenvolvida no contexto da escravidão romana. No Direito Romano, o *plagium* referia-se tanto ao delito de escravizar de um homem livre quanto ao assenhoramento arbitrário de escravo alheio[87]. Ambas as condutas sendo viabilizadas pelo uso da força.

Posteriormente, o Código Penal da República de 1890, que sucedeu o diploma de 1830, deixou esse crime de fora da codificação penal. Essa opção se deve muito provavelmente ao fato de o Código de 1890 ter sido influenciado pelos Códigos da Itália e da Argentina[88]. A isso se soma o fato de que a própria percepção dos juristas ainda às vésperas da proclamação da República consistia em considerar o art. 179 do Código Criminal do Império um dispositivo meramente decorativo[89]. Essa visão tinha a sua lógica. Afinal, a indiferença social que caracterizou o processo de abolição da escravidão negra no Brasil permitiu a disponibilidade de mão de obra vulnerável o suficiente para que fossem desnecessários o uso da força e a restrição da liberdade de locomoção dos trabalhadores a fim de manter as bases das relações escravocratas[90].

84. Cf. Item 51 da Exposição de motivos da Parte Especial do Código Penal (Decreto-Lei 2848, de 07.12.1940).

85. Item 51 da Exposição de motivos da Parte Especial do Código Penal (Decreto-Lei 2848 de, 07.12.1940).

86. O art. 179 do Código Criminal do Império estabelecia como crime a conduta de "reduzir a escravidão a pessoa livre, que se achar em posse da sua liberdade".

87. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal:* decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Arts. 137 a 154. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 6. p. 189 ss.

88. PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil*: evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 77.

89. Cf. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*: decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Arts. 137 a 154. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 6. p. 191.

90. PLASSAT, Xavier. Abolida a Escravidão? In: COSTA, Celia Maria Leite et al (Org.) *Trabalho escravo no Brasil*: contribuições críticas para sua análise e denúncia. Rio de Janeiro:

Assim, em 1940, a reintrodução do crime de redução a condição análoga à de escravo era vista como medida voltada para cuidar de casos excepcionais, que, segundo a mentalidade da época, ocorreriam apenas nos lugares mais remotos do País[91]. Tamanho era o alheamento do legislador com o problema social em torno do trabalho que, em sua redação original, o art. 149 tipificava o crime de maneira extremamente genérica, como sendo a vaga conduta de "reduzir alguém a condição análoga à de escravo". Tal generalidade denotava certa indiferença quanto ao problema da exploração humana no ambiente laboral, o que reflete, naturalmente, a cultura e os valores dominantes naquele período.

Apenas com a derrocada da ditadura civil-militar é que a questão da escravidão contemporânea foi tematizada publicamente no País. A primeira denúncia de maior repercussão deu-se com a "Carta Pastoral – Uma Igreja da Amazônia em conflito com o latifúndio e a marginalização social"[92]. Nesse documento, o Bispo Dom Pedro Casaldáliga, da Prelazia de São Félix do Araguaia, em Mato Grosso, descreveu, no ano de 1971, a realidade presenciada nas grandes propriedades da região, caracterizando os gestores das fazendas como "exploradores da terra, do homem e da política", que consideravam o sertanejo "um sub homem, sem direitos", submetido à prática de trabalhos forçados.[93]

O assunto apenas ganhou destaque político e jurídico no Brasil a partir dos anos 1990, com o caso José Pereira, movido pelas organizações não governamentais Americas Watch e Centro pela Justiça e o Direito Internacional (Cejil) à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em 1994. Nesse caso, entendeu-se que o trabalhador José Pereira foi reduzido a condições análogas à de escravo em uma fazenda no Pará, onde sofreu maus-tratos até o dia que conseguiu fugir. A despeito de suas denúncias, não recebeu qualquer proteção jurídica

---

Editora UFRJ, 2008. p. 77; SCHWARZ, Rodrigo Garcia; THOMÉ, Candy Florencio. Trabalho escravo contemporâneo, contexto e história: uma introdução ao caso brasileiro. *Revista de Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho*, v. 3, jan.-jun. 2017. p. 6-7.

91. Veja o item 51 da Exposição de motivos da Parte Especial do Código Penal (Decreto-Lei 2848, de 07.12.1940).

92. Sobre a importância da Comissão Pastoral da Terra nesse contexto, veja-se SCHWARZ, Rodrigo Garcia; THOMÉ, Candy Florencio. Trabalho escravo contemporâneo, contexto e história: uma introdução ao caso brasileiro. *Revista de Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho*, v. 3, jan.-jun. 2017. p. 5.

93. CASALDÁLIGA, Pedro. *Uma Igreja da Amazônia em conflito com o latifúndio e a marginalização social*. Carta Pastoral, 1971. Disponível em: [www.prelaziasaofelixdoaraguaia.org.br/dompedro/01CartaPastoralDomPedro.pdf]. Acesso em: 19.12.2019.

em relação ao fato. Perante a Comissão Interamericana, no decorrer do processo, o Estado brasileiro assumiu, em 1995, a existência de trabalho escravo em seu território. Em 2003, o Brasil reconheceu sua responsabilidade pela violação dos direitos humanos desse trabalhador, comprometendo-se perante a Comissão a punir os responsáveis e adotar medidas para o combate aos trabalhos forçados[94].

Nesse contexto, o Poder Executivo lançou, em 2003, o Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo[95]. A repercussão do ocorrido impulsionou igualmente a promulgação da Lei 10.803, de 2003, exclusivamente para reformar o crime de redução a condição análoga à de escravo (art. 149 do CP). O propósito da alteração era detalhar as condutas puníveis, já que a vagueza do dispositivo anterior deixava grande margem de arbitrariedade para o juiz, que não reconhecia como "escravidão" as situações em que não havia pessoas presas ou ameaçadas de morte, caso quisessem sair do local. Os debates legislativos em torno dessa lei expressam o intuito de modernizar o ordenamento brasileiro de modo a contemplar as variações da escravidão contemporânea[96].

4.2. Condutas abarcadas pelo art. 149 do CP

A Lei 10.803/2003 alterou a redação do art. 149 do CP, trazendo maior detalhamento ao tipo penal ao estabelecer quatro modos diversos de execução da conduta delitiva, além das formas equiparadas e das causas de aumento de pena nos novos parágrafos incluídos[97]. Assim, desde 2003, comete o crime de reduzir

94. SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo. Estudo do caso José Pereira: o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Acadêmica Direitos Fundamentais*, ano 4, n. 4, 2010. p. 208.

95. PLASSAT, Xavier. Abolida a Escravidão? In: COSTA, Celia Maria Leite et al (Org.) *Trabalho escravo no Brasil*: contribuições críticas para sua análise e denúncia. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2008. p. 74-75.

96. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, ano 58, n. 197, 20 de novembro de 2003. p. 62807.

97. Nos termos do Art. 149 do CP, constitui crime a conduta de:

"Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I – Cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II – Mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera

alguém a condição análoga à de escravo a pessoa que pratica, alternativamente, alguma das seguintes ações: (i) a submissão ao trabalho forçado; (ii) a submissão à jornada exaustiva; (iii) a sujeição a condições degradantes de trabalho; (iv) e a restrição da liberdade de ir e vir da vítima em razão de dívidas, popularmente conhecida como "servidão por dívidas". Com a reforma da lei, tais hipóteses de comportamento passaram a constituir as espécies do conceito de trabalho análogo ao de escravo[98].

Na primeira hipótese, a submissão ao *trabalho forçado* se caracteriza pela prestação obrigatória e compulsória de serviços pelo trabalhador, a partir da anulação de sua vontade pelo tomador de serviço[99]. Elemento integrante dessa modalidade delitiva é a coerção que fere a liberdade de escolha do empregado no sentido de interromper ou cessar o exercício dos serviços prestados[100].

No trabalho realizado em *jornada exaustiva*, a pessoa é submetida ao seu esgotamento físico e psíquico, trabalhando por tempo que ultrapassa os limites estabelecidos pela lei trabalhista[101]. A lei penal não determina os parâmetros para configurar o esgotamento individual, não sendo possível definir de maneira idêntica para todas atividades laborais a jornada que ultrapassa o razoável. Nesse sentido, há de se considerar que a exaustão não precisa estar relacionada apenas com o número de horas trabalhadas, mas, de modo mais geral, com o esforço excessivo ou com a sobrecarga do trabalho a que alguém está submetido[102]. Tais

---

de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. § 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I – Contra criança ou adolescente; II – Por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem."

98. Cf. FELICIANO, Guilherme Guimarães. Redução a condição análoga à de escravo, na redação da lei 10.803/03. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, v. 4, n. 25, abr.-maio 2004. p. 23; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Trabalho com redução do homem a condição análoga à de escravo e dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 23, ed. 137, 2004. p. 9.

99. BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Trabalho decente:* análise jurídica da exploração do trabalho – Trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno. São Paulo: LTr, 2016, p. 96-97.

100. HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Aspectos penais do trabalho escravo. *Revista de Informação Legislativa*, ano 50, n. 157. 2013, p. 58.

101. BÁRTOLI, Márcio; PANZERI, André. Comentários ao art. 149. In: SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (Org.). *Código Penal e sua interpretação:* doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 753.

102. FINELLI, Lília Carvalho. *Construção e desconstrução da lei*: a arena legislativa e o trabalho escravo. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2016. p. 68.

limites pertencem às regras de segurança do trabalho, na medida em que causam prejuízos de ordem pessoal e à saúde (mental) do indivíduo, os quais, dependendo do grau, podem até mesmo levar à sua morte[103].

Muito comum no ambiente rural brasileiro é a *servidão por dívidas*, na qual o trabalhador deixa de interromper a relação de trabalho em razão de dívida contraída com o tomador de serviços. Sobre o conceito de "servidão", existe certa divergência sobre se essa hipótese se caracterizaria pela existência de ameaças[104]. Importante observar, contudo, que, nessa modalidade delitiva, a dívida se estabelece de forma abusiva, uma vez que deriva de adiantamentos em espécie ou da aquisição de produtos necessários para a própria subsistência do trabalhador, diante da situação precária em que os trabalhadores se encontram para prestar os serviços contratados. A dívida abusiva pode, ademais, ter por objeto as próprias ferramentas que necessitam para a execução do trabalho prestado ou o meio de transporte até o local de serviço. Geralmente, são produtos cedidos com valores superfaturados e empréstimos negociados com juros excessivos[105]. Assim, há uma "imobilização por dívida", já que os empréstimos concedidos – em dinheiro ou mercadorias – obrigam faticamente à prestação de serviços e ferem o direito de negociar livremente a própria força de trabalho[106].

Maior polêmica encerra, porém, a diferenciação do *trabalho realizado em condições degradantes*, como ilícito penal, já que se encontra no limiar para o trabalho realizado em condições precárias, situação de irregularidade que gera a

103. Cf. BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Trabalho decente:* análise jurídica da exploração do trabalho – Trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno. São Paulo: LTr, 2016. p. 97; DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado*: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 533; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*: estudo integrado com processo e execução penal, apresentações esquemáticas da matéria, jurisprudência atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 748; REGIS PRADO, Luiz. *Curso de direito penal brasileiro*: parte especial (arts. 121 a 249). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 350.

104. BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Trabalho decente:* análise jurídica da exploração do trabalho – Trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno. São Paulo: LTr, 2016. p. 104.

105. A respeito, *vide* REALE JÚNIOR, Miguel. Comentários ao art. 149. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Org.). *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 445.

106. ESTERCI, Neide. *Escravos da desigualdade*: um estudo sobre o uso repressivo da força de trabalho hoje [*on-line*]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008. p. 29.

simples responsabilidade civil e administrativa na esfera trabalhista[107]. Relevante para o crime do art. 149 é a sujeição do indivíduo ao trabalho realizado em péssimas condições de higiene, habitação e alimentação, além da violação de direitos e condições de segurança, sob as quais os trabalhadores são obrigados a realizar as suas atividades[108]. A despeito da falta de consenso acerca dos limites de degradação que configuram o ilícito penal[109], estudo recente no Estado de Minas Gerais aponta, entre os critérios utilizados pelos juízes criminais, "a ausência de água potável e de instalações sanitárias, a precariedade dos alojamentos e o não fornecimento de equipamento de proteção individual"[110].

Por fim, o artigo 149 estabelece no § 1º as formas equiparadas à pena do *caput*, para quem pratica o cerceamento dos meios de transporte até o local de trabalho, a vigilância ostensiva e a retenção de documentos ou pertences do trabalhador, sempre com a finalidade de deter a vítima no local.

---

107. Circunstâncias de periculosidade e insalubridade no ambiente de trabalho são consideradas modalidades de *trabalho degradante*, em virtude do tipo de atividade realizada. Nesse sentido, a "degradação" está relacionada com a própria natureza da atividade em questão, sendo aspecto irredutível da mesma, conforme esclarece RAMOS FILHO, Wilson. Neoescravismo no Brasil Contemporâneo: crime e castigo. *Revista da Faculdade de Direito/UFPR*, n. 48, 2008. p. 97. Exatamente por se tratar de tarefas nas quais não se verifica a exposição duradoura da saúde e da segurança do trabalhador é que a realização destes serviços é permitida. Porém, a permissão apenas se justifica em virtude da percepção de um adicional financeiro, traduzido como anuência permitida do trabalhador ao risco sofrido, conforme os critérios de saúde e segurança estabelecidos pelo Ministério do Trabalho.

108. Veja-se a discriminação de circunstâncias indicativas de trabalho escravo em FELICIANO, Guilherme Guimarães. Redução a condição análoga à de escravo, na redação da lei 10.803/03. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, v. 4, n. 25, abr.-maio 2004. p. 26 e s.

109. A respeito das questões envolvidas e da tendência decisória nos tribunais superiores brasileiros, *vide* SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Dimensão penal do trabalho escravo: proteção integral ou evidência de insegurança jurídica. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães (Org.). *Estudos em homenagem a Ivette Senise Ferreira*. São Paulo: LiberArs, 2015. p. 443-445.

110. O mapeamento foi feito por pesquisa da Clínica de Trabalho Escravo e Tráfico de Pessoas da Universidade Federal de Minas Gerais. O estudo se debruçou sobre a análise de sentenças criminais e relatórios de fiscalização no estado de Minas Gerais, entre os anos de 2004 e 2017, buscando identificar os critérios utilizados por juízes para a constatação das condições degradantes de trabalho. Cf. HADDAD, Carlos H. B.; MIRAGLIA, Lívia M. M. (Coord.). *Trabalho escravo:* entre os achados da fiscalização e as respostas judiciais. Florianópolis: Tribo da Ilha, 2018. p. 156.

Note-se que o detalhamento legislativo de 2003 conferiu uma dupla limitação do tipo penal em questão. Primeiramente, ao concretizar as modalidades de execução, passou a excluir outras formas de comportamento que poderiam vir a ser consideradas como redução de alguém a condição análoga à de escravo. Por outro lado, a nova redação do art. 149 restringiu o crime às relações de trabalho, o que, segundo alguns doutrinadores, impediria a aplicação do tipo delitivo para casos de exploração de natureza sexual[111].

4.3. Limitações do art. 149 do CP como meio de tutela penal do direito ao trabalho digno

4.3.1. Uso de conceitos normativos pela lei e bem jurídico protegido

Conforme vimos, no que se refere à proteção do trabalho digno, o Brasil fez uma opção por concentrar seus esforços de aperfeiçoamento da legislação penal na figura da escravidão contemporânea. Essa escolha é questionável porque foca exclusivamente a liberdade de negociação individual para a celebração do contrato de trabalho, deixando de fora outras dimensões da liberdade do trabalho e das garantias que a ela se referem, a exemplo das liberdades sindicais, segundo indicamos anteriormente.

Ainda assim, tal qual se encontra, a tipificação do crime de redução a condição análoga à de escravo no art. 149 do Código Penal enfrenta hoje uma série de barreiras para sua aplicabilidade. Em grande parte, tais barreiras são devidas a certa resistência da comunidade jurídica e política do País em reconhecer nesse crime uma norma alinhada com o Direito Penal do Trabalho de última geração. Em boa medida, porém, as dificuldades enfrentadas por esse dispositivo penal se explicam por escolhas técnicas tomadas quando da própria confecção da norma em sua redação atual.

Uma primeira ordem de dificuldades diz respeito à abertura normativa dos conceitos presentes no art. 149 do CP, que já existia na redação anterior do dispositivo e que não foi resolvida por completo com a reforma de 2003, apesar do

111. BIANCHINI, Alice. *Trabalho escravo no Brasil*: uma análise do art. 149 do Código Penal. In: LEMOS, Bruno Espiñeira; MACHADO CRUZ, Rogerio Schietti; REIS JÚNIOR, Sebastião (Org.). *Crimes federais*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 59; BÁRTOLI, Márcio; PANZERI, André. Comentários ao art. 149. In: SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (Org.). *Código Penal e sua interpretação:* doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 752.

intuito expressado pelos debates no Congresso[112]. Enquanto técnica legislativa, o uso dos conceitos normativos "degradante", "exaustivo" e "forçado" pelo art. 149 se apresenta como uma faca de dois gumes. Por um lado, tais conceitos servem como ferramentas versáteis já que não engessam a interpretação da lei penal. Isso pode ser utilizado de maneira favorável à vítima, em razão da possibilidade de enquadramento de novos casos e situações ainda não previstas e consideradas. Ao mesmo tempo, contudo, o uso de conceitos normativos permite o esvaziamento da lei mediante uma interpretação mais restritiva nas situações em que exista uma empatia do julgador não para com a vítima, mas, sim, com o réu da ação[113]. Com efeito, a abertura da lei não impede a sua melhor determinação através da interpretação doutrinária e jurisprudencial. Todavia, em um cenário de intensa disputa interpretativa como esse, semelhante técnica não se mostra como a mais indicada[114].

Uma segunda ordem de dificuldades se coloca a partir da escolha do legislador de não ter criado um novo tipo penal no título dos crimes contra a organização do trabalho, mas, sim, de reformar um crime já inserido no título sobre os crimes contra a pessoa, mais especificamente, no capítulo VI, dos crimes contra a liberdade individual. Isso porque semelhante escolha gera dúvidas sobre qual seria o bem jurídico protegido pelo crime do art. 149, consolidando as divergências sobre sua correta interpretação. Nesse sentido, boa parte da opinião jurídica brasileira compreende o art. 149 do CP como um crime que depende da lesão à liberdade de locomoção do trabalhador e do seu direito de recusar o trabalho oferecido pelo empregador[115]. Trata-se de uma interpretação que procura fazer jus à ideia de que o crime de redução a condição análoga à de escravo constitui um

112. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, ano 58, n. 197, 20.11.2003. p. 62807 e s.

113. Em sentido semelhante, FELICIANO, Guilherme Guimarães. Redução a condição análoga à de escravo, na redação da lei 10.803/03. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, v. 4, n. 25, abr.-maio 2004. p. 23, 28.

114. Um apontamento crítico e detalhado sobre os pontos de disputa em torno do crime do art. 149 do CP é feito por SCOTT, Rebecca J.; BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade; HADDAD, Carlos Henrique Borlido. How does the law put a historical analogy to work?: Defining the imposition of 'a condition analogous to that of a slave' in modern Brazil. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, v. 13, n. 1, 2017. p. 3 e ss.

115. SCOTT, Rebecca J.; BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade; HADDAD, Carlos Henrique Borlido. How does the law put a historical analogy to work?: Defining the imposition of 'a condition analogous to that of a slave' in modern Brazil. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, v. 13, n. 1, 2017. p. 3.

crime contra a liberdade individual da pessoa submetida a tais condições. Nessa linha, parte da jurisprudência define o tipo penal do art. 149 a partir dos conceitos de "supressão do estado de liberdade" e do "total estado de sujeição" do indivíduo[116]. Na doutrina, por exemplo, Guilherme de Souza Nucci entende que o tipo do art. 149 só é realizado quando o agente impuser a restrição da liberdade de locomoção ao trabalhador.[117]

Em sentido inverso, compreender o art. 149 como um delito pertencente ao Direito Penal do Trabalho de última geração, como era o intuito do legislador, leva a um entendimento distinto sobre o bem jurídico afetado nessa hipótese. Em vez da liberdade de locomoção, o bem jurídico protegido passa a se referir à dignidade do trabalhador, já que a sua condição humana é afetada pela exploração de suas vulnerabilidades econômicas e sociais, inerentes à posição de dependência laboral. Nesse sentido, a visão doutrinária que reduz o objeto de proteção à mera liberdade de locomoção não se justificaria nem mesmo desde uma perspectiva sistemática, pois existe uma grande discrepância de penas quando se considera a punição atribuída aos demais crimes contra a liberdade individual[118]. Logo, caberia interpretar o artigo 149 como situação na qual a relação estabelecida entre o trabalhador e o empregador ultrapassa os limites do contrato de trabalho subordinativo[119], sendo a autodeterminação individual afetada de maneira mais ampla através da lesão à liberdade de trabalho. Somente no pleno exercício de seus direitos, a partir das condições definidas e asseguradas pelas normas trabalhistas,

116. A respeito, *vide* GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. Niterói: Impetus, 2015. p. 468. Foram vários anos até o STF se pronunciar sobre os requisitos do art. 149 do CP, consignando que não seria necessário, para configurar o tipo, o uso de violência ou o cerceamento da liberdade de locomoção. Sobre a decisão do STF e o estado da questão na jurisprudência, veja-se FINELLI, Lília Carvalho. *Construção e desconstrução da lei*: a arena legislativa e o trabalho escravo. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2016. p. 82 e s.

117. Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*: estudo integrado com processo e execução penal, apresentações esquemáticas da matéria, jurisprudência atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 749.

118. Sobre a questão cf. NASCIMENTO, Arthur Ramos do. Trabalho escravo rural contemporâneo e o crime de redução à condição análoga a de escravo: aspectos jurídicos penais e a dignidade do trabalhador. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, v. 19, n. 30, 2015. p. 412.

119. BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Trabalho decente:* análise jurídica da exploração do trabalho – Trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno. São Paulo: LTr, 2016. p. 94.

é que a pessoa poderá autodeterminar-se, com a possibilidade efetiva de colocar fim a qualquer excesso sofrido na prestação de seus serviços[120].

Com efeito, a ausência de uma descrição dos elementos típicos reforça, no campo jurídico, as divergências em torno da interpretação do crime de redução a condição análoga à de escravo. Contudo, os contornos desse delito são objeto de intensa disputa também no cenário político, já desde o momento em que se propôs a reforma do art. 149 do CP, em 2003[121]. Tanto que, recentemente, o Ministério do Trabalho editou a Portaria 1.129, de 13 de outubro de 2017, com o propósito de definir os conceitos de trabalho forçado, jornada exaustiva e condições análogas à de escravo, para fins de concessão de seguro-desemprego e cadastro de empregadores na chamada "Lista-suja" do trabalho escravo.

Materialmente, a Portaria 1.129 do Ministério do Trabalho atrelava a conduta lesiva à incidência de ameaças e do cerceamento da liberdade de ir e vir. Em outras palavras, o que se propunha era a positivação de uma definição muito mais restrita de redução a condição análoga à de escravo do que aquela materializada na reforma de 2003. Se estivesse em vigor, a referida regulamentação teria reflexos evidentes sobre a interpretação do art. 149 do CP, uma vez que visava a definição de conceitos cuja relevância para o âmbito administrativo-trabalhista advém da esfera criminal. A edição da Portaria foi justificada pelo governo federal com base no argumento de "aprimorar" a legislação existente e oferecer "segurança jurídica" em sua aplicação[122]. Semelhante discurso vem sendo defendido há muitos anos pela bancada ruralista no Congresso Nacional, que questiona a legitimidade do crime de redução a condição análoga à de escravo sob o argumento de sua vagueza e do que consideram um exagero na proposta de lidar criminalmente com a questão do trabalho exercido em condições degradantes[123]. Em diversas

120. HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Aspectos penais do trabalho escravo. *Revista de Informação Legislativa*, ano 50, n. 157. 2013. p. 56.

121. Segundo aponta Lília Finelli, é considerável o número de congressistas que sofreram denúncias por empregar trabalho em condições análogas a de escravo, ou serem financiados por empresas denunciadas de tê-lo feito: só na legislatura de 2014, foram 61. FINELLI, Lília Carvalho. *Construção e desconstrução da lei*: a arena legislativa e o trabalho escravo. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2016. p. 155 e s.

122. MINISTÉRIO DO TRABALHO. *Trabalho escravo:* nota oficial sobre a Portaria 1.129/2017. Disponível em: [http://trabalho.gov.br/noticias/5122-nota-oficial-sobre-portaria-n-1-129-2017]. Acesso em: 24.12.2019.

123. Cf. FINELLI, Lília Carvalho. *Construção e desconstrução da lei*: a arena legislativa e o trabalho escravo. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Minas Gerais,

declarações, o atual Presidente da República também se posicionou em favor de idêntica redução normativa[124].

Importante destacar que uma regulamentação dessa natureza enfraqueceria o tipo penal por não atender à realidade da superexploração do trabalho nos dias de hoje, sendo essa uma das razões pelas quais a Portaria teve seus efeitos suspensos pelo Supremo Tribunal Federal[125]. Se tivesse aplicabilidade, a normativa inviabilizaria a tutela criminal da maioria esmagadora dos crimes praticados nesse contexto, na medida em que o cerceamento da liberdade de locomoção e o uso da violência são elementos que se verificam em apenas uma parcela muito pequena das pessoas resgatadas de condições indignas de trabalho, como vítimas do crime do art. 149 do CP[126].

Por fim, é duvidoso se as inclusões no art. 149 do CP, feitas pelo legislador no ano de 2003, podem ser consideradas satisfatórias como instrumento para lidar com a questão da superexploração do trabalho de uma maneira mais global.

Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2016. p. 146 e s. A esse respeito, ainda, ROCHA, Graziella. Tráfico de pessoas e trabalho escravo contemporâneo na perspectiva dos tratados internacionais e da legislação nacional. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, v. 20, n. 37, ago. 2013. p. 45.

124. Veja-se, por exemplo, LINDNER, Julia; RODRIGUES, Eduardo. Bolsonaro quer rever trabalho escravo. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 30.07.2019. Disponível em: [https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,bolsonaro-diz-que-nao-esta-clara-a-diferenca-entre-trabalho-escravo-e-o-analogo-a-escravidao,70002947978]. Acesso em: 01.12.2019.

125. Diante da edição desta Portaria, foram ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal (STF) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 489 e 491, bem como a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5802. Os efeitos da Portaria foram suspensos em decisão liminar da Ministra Rosa Weber à ADI 489, que alegou a incongruência da medida com os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, bem como da jurisprudência acerca do objeto discutido. Em sua decisão, a Ministra asseverou que "a 'escravidão moderna' é mais sutil e o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos".

126. Segundo demonstra um levantamento feito sobre os anos de 2011 e 2012, é relativamente pequeno o número de trabalhadores em relação aos quais havia efetiva restrição sobre o direito de ir e vir. Durante o período, a quantidade de casos caracterizados pelo uso da violência e da grave ameaça se limitou a 6,76%. Veja-se, a respeito, NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; NELSON, Isabel Cristina Amaral de Sousa Rosso; TEIXEIRA, Walkyria de Oliveira Rocha. Do trabalho em condições análogas à de escravo: considerações gerais e críticas à portaria 1.129/2017. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, v. 18, n. 108, fev.-mar. 2018. p. 70.

A moldura penal relativamente alta (reclusão de dois a oito anos) torna desproporcional a resposta criminal aos casos de lesões de menor gravidade contra a dignidade do trabalhador, os quais ainda assim possam ser considerados como merecedores de sanção penal. Em verdade, a discussão apresentada indica que um melhor detalhamento sobre os conceitos estabelecidos na lei é de fundamental importância para superar os riscos de uma proteção insuficiente dos trabalhadores nesse contexto, tanto quanto aponta para a necessidade de se encontrar técnicas legislativas mais apropriadas para instituir essa proteção pelo Direito Penal. Assim, um terceiro conjunto de problemas relativos à redação do art. 149 do CP diz respeito à adequada definição do conceito de autonomia, a ser observado a fim de que o delito em questão sirva como meio efetivo de proteção do direito ao trabalho digno.

4.3.2. Autonomia e consentimento nas relações de trabalho

Embora seja usual a referência à existência de uma "escravidão contemporânea", semelhante expressão não se mostra plenamente adequada no propósito de estabelecer normas penais que garantam condições de dignidade no exercício da atividade laboral. Isso porque o conceito de "escravidão" evoca a ideia de que o trabalhador se encontra em franca ausência de consentimento, sendo forçado a implementar serviços oriundos de um contrato de trabalho com o qual não compactuou. Conforme já pontuamos, porém, não é apenas essa ordem de abusos que contraria as condições mínimas do trabalho digno.

Como já indicado por Fábio Guaragni, o objeto de proteção no âmbito das relações de trabalho depende dos valores à luz dos quais ele é analisado. Nesse sentido, a autonomia individual pode ser compreendida, e protegida, de maneiras diversas, conforme os fins de proteção visados pela norma. Para o autor, tais fins seriam os direitos fundamentais de segunda geração, em contraposição aos direitos de primeira geração tutelados pelos delitos do Direito Penal clássico[127]. Desde essa perspectiva, existe um conflito valorativo em torno da figura da redução a condição análoga à de escravo que remonta à própria origem histórica do artigo 149 do CP. Embora originalmente inscrito nos crimes contra a liberdade individual, a reforma desse dispositivo em 2003 supôs uma leitura mais complexa da autonomia e da liberdade do indivíduo do que aquela exigida para os demais

127. GUARAGNI, Fábio André. Organização do trabalho: contornos atuais do bem jurídico-penal. In: BARACAT, Eduardo Milléo (Org.). *Direito penal do trabalho* – Reflexões atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 149 e s.

crimes inseridos no capítulo dos delitos contra a liberdade individual, tais como o crime de sequestro e cárcere privado (art. 148), a ameaça (art. 147) ou o constrangimento ilegal (art. 146).

Nessa análise, é fundamental que o jurista não se confunda acerca do que significa, de um lado, a voluntariedade de uma ação, como a ação de exercer determinado trabalho, em distinção à liberdade da vontade expressa em semelhante conduta, de outro lado. A autonomia da pessoa se relaciona particularmente com a última hipótese, isto é, a liberdade da vontade ou do livre-arbítrio, cujo (des) respeito pode ser avaliado sob a perspectiva de inúmeras condicionantes, sendo as mais ostensivas as hipóteses de coerção.

Isso significa, retomando a elucidação feita por Guaragni, que há dois modos distintos de compreender a liberdade de trabalho a ser protegida criminalmente. Cada um deles pressupõe a validade de critérios também distintos para o reconhecimento das escolhas livres, imputáveis à conta exclusiva do indivíduo pelas condições de trabalho a que se submete. Tal divergência de entendimento se deve ao próprio caráter controverso do conceito de autonomia, cuja definição reflete uma postura normativa de quem a postula, e não uma mera observação sobre como uma pessoa pensa e age[128].

Caso seja entendida sob o viés clássico liberal, a liberdade do indivíduo somente seria atingida mediante hipóteses extremas de afetação da autonomia, a exemplo da grave ameaça e do uso da violência no contexto dos trabalhos forçados. Desde essa ótica, soa paradoxal reconhecer como abusiva a exploração humana de trabalhadores que retornam a situações muito semelhantes das quais foram resgatados, sabendo das condições a que serão submetidos[129].

Em contrapartida, uma visão de caráter social sobre a autonomia inclui outros elementos nessa análise, entre os quais se podem considerar, sobretudo, a necessidade econômica e psicológica daquela atividade para o indivíduo, com a consequente relação de dependência que se estabelece perante o empregador. São fatores que condicionam e restringem a liberdade de se opor ao caráter degradante de suas condições de trabalho, limitando igualmente os meios disponíveis

128. CHRISTMAN, John. Autonomy in moral and political philosophy. In: Edward N. Zalta (Org.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2015 Edition). Disponível em: [https://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/autonomy-moral/]. Acesso em: 10.12.2018.

129. CHAHAD, J.P.; CACCIAMALI, M.C. *Mercado de trabalho no Brasil*: novas práticas, negociações coletivas e direitos fundamentais no trabalho. São Paulo: LTr, 2003. p. 3.

para se defender das mais variadas situações de abuso. Partindo dessa perspectiva, fica claro que, apesar da voluntariedade em submeter-se às condições de trabalho existentes, muitos casos podem ser considerados hipóteses de consentimento viciado, já que as pessoas em questão não possuem alternativas viáveis na situação em que se encontram, não sendo respeitados os seus direitos trabalhistas mais básicos, independentemente da remuneração percebida[130].

Nesse sentido, Joachim Renzikowski sugere que o espectro de restrições da liberdade do trabalhador seja compreendido não de modo absoluto, e sim de forma a considerar uma escala que compreende diversos graus de lesão à autonomia do indivíduo. Para isso, utiliza-se o autor da metáfora de uma pirâmide que expressa a relação entre a gravidade da afetação da liberdade da vontade e a frequência com que ocorre[131]. Assim, a base dessa pirâmide concentraria as formas de exploração de trabalho que, embora desenvolvido em condições adversas, é aceito pelos trabalhadores a partir da negociação contratual. Tais casos não seriam capazes de justificar ainda a punição na esfera criminal. No corpo da pirâmide, contudo, verifica-se a transição para as modalidades de trabalho que se afastam dos parâmetros estabelecidos como decentes e dignos e se associam ao abuso das mais variadas condições de necessidade em que o trabalhador se encontra, tais como, por exemplo, a situação irregular no país de um imigrante, ou a sujeição a salários de miséria, apenas para sobreviver à fome, ainda que dentro do mínimo estabelecido em lei. Por fim, há no topo a convergência de casos de abuso do trabalhador cuja gravidade configura a supressão completa de sua vontade através do emprego de violência, fraude e ameaças mais graves.

O que a abordagem do autor propõe, portanto, é que a relevância penal das distorções nas relações de trabalho seja caracterizada a partir do grau da exploração humana envolvida, que tanto pode ser o abuso de uma situação de necessidade como o aspecto fraudulento da conduta de quem se aproveita da ignorância

130. Para essa leitura do art. 149 do Código Penal, *vide* REALE JÚNIOR, Miguel. Comentários ao art. 149. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Org.). *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 444; BIANCHINI, Alice. *Trabalho escravo no Brasil:* uma análise do art. 149 do Código Penal. In: LEMOS, Bruno Espiñeira; MACHADO CRUZ, Rogerio Schietti; REIS JÚNIOR, Sebastião (Org.). *Crimes federais*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 69 ss.

131. RENZIKOWSKI, Joachim. Contemporary problems of labour exploitation. In: HILGENDORF, Eric; MARSCHELKE, Jan-Christoph; SEKORA, Karin (Coord.). *Slavery as a global and regional phenomenon*. Deutschland: Universitätsverlag Winter, 2015. p. 117-118.

do trabalhador sobre seus direitos básicos. A concepção restritiva partilhada por setores da jurisprudência, da doutrina e da comunidade política brasileira, expressa na extinta Portaria 1.129 do Ministério do Trabalho, deseja limitar a intervenção penal para os casos que se encontram no topo da pirâmide, isto é, no sentido exclusivo de impedimento da liberdade de locomoção ou da ausência de vontade por meio da coação, o que parece uma opção equivocada quando se pretende de tutelar o direito ao trabalho digno.

Dessa forma, é fundamental que a lei forneça melhor definição acerca da preponderância do poder que é exercido sobre o trabalhador, bem como a respeito da magnitude do abuso que atinge o indivíduo, para que possa ser considerado como penalmente relevante. Para fins do art. 149 do CP, certa abusividade na submissão imposta ao sujeito se evidencia pela leitura dos adjetivos "forçados", "degradantes" e "exaustiva" presentes no dispositivo. Todavia, diante da ausência de referência explícita à gravidade do abuso e das circunstâncias que invalidam o consentimento, esses conceitos têm dado margens a interpretações distorcidas sobre a questão, conforme salientamos na seção anterior.

Um bom começo para a adequada apreciação jurídica do problema seria desvincular a norma da ideia de escravidão ou de trabalho forçado, o que merece atenção para reformas futuras da lei. Para a leitura do dispositivo atualmente existente, Rebeca Scott, Leonardo Barbosa e Carlos Haddad sugerem analisar as hipóteses delitivas a partir da verificação sobre a existência de uma "situação de sujeição", implícita nos verbos "reduzir", "submeter", "sujeitar" e "restringir", utilizados pelo art. 149 do CP. Segundo os autores, a noção de constrangimento sugerida por esses verbos poderia ser compreendida à luz de fatores como humilhação, medo ou ameaça[132]. Assim, conforme elucidam,

> "Ao identificar essa forma de exploração [do trabalho], é preciso olhar tanto para o trabalho em si quanto para o contexto em que foi tomado dos trabalhadores. É a totalidade das circunstâncias desse trabalho (que pode incluir debilitação física e riscos à vida e à saúde), juntamente com alguns fatores externos ao próprio local de trabalho (como a distância entre o local de recrutamento potencialmente enganoso e o local de trabalho), que moldará o diagnóstico da presença de 'sujeição'. Na prática, além disso, a exaustão física

132. SCOTT, Rebecca J.; BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade; HADDAD, Carlos Henrique Borlido. How does the law put a historical analogy to work?: Defining the imposition of 'a condition analogous to that of a slave' in modern Brazil. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, v. 13, n. 1, 2017. p. 14.

> e o risco [à saúde] são muitas vezes agravados pela humilhação moral de se ter se colocado em uma situação tormentosa, a qual, apesar de tudo, não oferece ganhos significativos."[133]

Não é esse o espaço para aprofundar a discussão sobre a melhor interpretação do art. 149 do Código Penal. Em todo caso, a superação de uma compreensão liberal individualista acerca da liberdade atingida é essencial para que se situe o problema da superexploração do trabalho de maneira adequada[134]. Pois, ainda que o Direito Penal do Trabalho no Brasil se limite atualmente a tutelar os pressupostos da autonomia negocial no âmbito trabalhista, é preciso não perder de vista que a proteção se volta aos interesses do trabalhador enquanto membro da classe à qual pertence, pois o que se objetiva, ao fim, é garantir a dignidade profissional dos trabalhadores como um todo[135]. Nesse sentido, os efeitos da superexploração do trabalho ultrapassam a pessoa da vítima como indivíduo, atingindo, de forma indireta, os propósitos constitucionais de organização do trabalho pelo Estado[136]. Se o art. 149 do CP integra o conjunto do Direito Penal do Trabalho de última geração, não deve esse dispositivo ser lido como instrumento de tutela exclusiva da liberdade do sujeito singular, e sim, de forma mais abrangente, como meio de assegurar aos trabalhadores as condições mínimas de exercício do trabalho decente.

---

133. SCOTT, Rebecca J.; BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade; HADDAD, Carlos Henrique Borlido. How does the law put a historical analogy to work?: Defining the imposition of 'a condition analogous to that of a slave' in modern Brazil. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, v. 13, n. 1, 2017. p. 15.

134. Sobre o problema da autonomia do trabalhador e a sua relevância para a construção do Direito Penal do Trabalho, DOTTI, René Ariel. Por um direito penal do trabalho. In: BARACAT, Eduardo Milléo; FELICIANO, Guilherme Guimarães (Org.). *Direito penal do trabalho* – Reflexões atuais. São Paulo: LTr, 2014. p. 18.

135. A respeito da proteção dos trabalhadores enquanto coletividade, *vide*, ainda, GUARAGNI, Fábio André. Organização do trabalho: contornos atuais do bem jurídico-penal. In: BARACAT, Eduardo Milléo (Org.). *Direito penal do trabalho* – Reflexões atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 147.

136. Assim, a exploração abusiva do trabalhador não deve ser compreendida a partir de predisposições individuais dos sujeitos envolvidos simplesmente, mas, sim, à luz de fatores estruturais como a divisão do trabalho, a dinâmica das relações hierárquicas que se estabelecem no ambiente laboral e até mesmo o sistema normativo interno de uma empresa, por exemplo. Nesse sentido, CAMERIERE, Julián R. Lescano; TULA, Diego J. *Derecho penal del trabajo:* lineamientos básicos para su comprensión. Buenos Aires: Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires, [s. n.]. p. 161-176. Disponível em: [www.cmfbsas.org.ar/archivos/11_RP4-16-Der%20Penal%20Trabajo.pdf]. Acesso em: 24.12.2019.

Conclusão

O Direito Penal do Trabalho consolida a trajetória histórica dos direitos trabalhistas nas sociedades contemporâneas. No Brasil, entretanto, a proteção penal das relações de trabalho, sobretudo dos crimes contra a "organização do trabalho", ficou praticamente estagnada no contexto histórico da elaboração do Código Penal de 1940, politicamente alinhado a uma concepção inspirada no fascismo italiano acerca da relação de controle estabelecida entre Estado, trabalho e capital. Conforme se buscou demonstrar, o Direito Penal do Trabalho no Brasil não acompanhou as transformações mais recentes de um Direito Penal do trabalho considerado "democrático" por parte da literatura internacional.

Nesse sentido, vimos que, diante de pressões nacionais e internacionais, o Brasil concentrou esforços no aperfeiçoamento da legislação penal fundamentalmente no tocante à escravidão contemporânea, contemplando sobremaneira a proteção da liberdade do indivíduo na negociação laboral. No entanto, mesmo a opção legislativa de se limitar à proibição da redução a condição análoga à de escravo apresenta inadequações no que tange à tutela penal do direito ao trabalho digno, já que o desenho normativo escolhido dificulta a punição de diversas hipóteses de exploração abusiva do trabalhador, abrindo margens para uma aplicação insuficiente e discricionária do art. 149 do Código Penal.

Desse modo, é imperiosa em nosso País uma reflexão mais ampla sobre a necessidade e as alternativas disponíveis para que o Direito Penal venha a garantir relações de trabalho minimamente equilibradas, não se restringindo ao paradigma do trabalho escravo contemporâneo para proteger o exercício da atividade laboral em condições dignas, no propósito de emancipação do indivíduo. Apenas com essa eficácia garantida pode-se vislumbrar a superação da relativização dos direitos dos trabalhadores diante do domínio sobre eles exercido, fomentado por um modelo capitalista predatório e pelas tendências atuais de flexibilização e desregulamentação de direitos trabalhistas. Nesse sentido, o Direito Penal deve ser uma garantia eficiente para reafirmar a liberdade de trabalho e a dignidade do indivíduo enquanto trabalhador.

Referências

ALKIMIN, Maria Aparecida. Aspectos penais relevantes do assédio moral no trabalho. In: BARACAT, Eduardo Milléo; FELICIANO, Guilherme Guimarães (Org.). *Direito penal do trabalho* – Reflexões atuais. São Paulo: LTr, 2014.

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2009.

AZEVEDO, Flávio Antônio Gomes; CACCIAMALI, Maria Cristina. *Trabalho forçado*: exclusão ou opção pela inclusão? São Paulo: [s.n.], 2002. Disponível em: [www.academia.edu/22660776/Trabalho_For%C3%A7ado_Exclus%C3%A3o_ou_Op%C3%A7%C3%A3o_pela_Inclus%C3%A3o]. Acesso em: 21.12.2019.

BÁRTOLI, Márcio; PANZERI, André. Comentários ao art. 149. In: SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (Org.). *Código Penal e sua interpretação:* doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BATISTA, Flavio Roberto. *Crítica da tecnologia dos direitos sociais*. São Paulo: Dobra, 2013.

BAYLOS GRAU, Antonio; TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria. *Derecho penal del trabajo*. Madrid: Trotta, 1997.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Trabalho com redução do homem a condição análoga à de escravo e dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 23, ed. 137, p. 673-682, 2004.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Trabalho decente:* análise jurídica da exploração do trabalho – Trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno. São Paulo: LTr, 2016.

CAMERIERE, Julián R. Lescano; TULA, Diego J. *Derecho penal del trabajo:* lineamientos básicos para su comprensión. Buenos Aires: Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires, [s. n.]. Disponível em: [www.cmfbsas.org.ar/archivos/11_RP4-16-Der%20Penal%20Trabajo.pdf]. Acesso em: 24.12.2019.

CASALDÁLIGA, Pedro. *Uma igreja da Amazônia em conflito com o latifúndio e a marginalização social*. Carta Pastoral, 1971. Disponível em: [www.prelaziasaofelixdoaraguaia.org.br/dompedro/01CartaPastoralDomPedro.pdf]. Acesso em: 19.12.2019.

CHAHAD, J. P.; CACCIAMALI, M. C. *Mercado de trabalho no Brasil*: novas práticas, negociações coletivas e direitos fundamentais no trabalho. São Paulo: LTr, 2003.

CHIARADIA, Janaína Elias; GUARAGNI, Fábio André. Apropriação indébita previdenciária e inexigibilidade de conduta conforme o direito por força da precariedade da situação financeira da empresa: estudo de caso. In: BARACAT, Eduardo Milléo; FELICIANO, Guilherme Guimarães (Org.). *Direito penal do trabalho* – Reflexões atuais. São Paulo: LTr, 2014.

CHRISTMAN, John. Autonomy in moral and political philosophy. In: Edward N. Zalta (Org.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2015 Edition). Disponível em: [https://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/autonomy-moral/]. Acesso em: 10.12.2018.

COSTA, Celia Maria Leite et al (Org.) *Trabalho escravo no Brasil*: contribuições críticas para sua análise e denúncia. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego:* entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. São Paulo: LTr: 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. São Paulo: Saraiva, 2010.

DOTTI, René Ariel. Por um direito penal do trabalho. In: BARACAT, Eduardo Milléo; FELICIANO, Guilherme Guimarães (Org.). *Direito penal do trabalho* – Reflexões atuais. São Paulo: LTr, 2014.

DUTRA, Renata Queiroz. Direitos fundamentais sociais à afirmação da identidade e à proteção da subjetividade no trabalho. *Revista do TST*, v. 78, n. 4. out.-dez. 2012.

ESTERCI, Neide. *Escravos da desigualdade*: um estudo sobre o uso repressivo da força de trabalho hoje [*on-line*]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Redução a condição análoga à de escravo, na redação da lei 10.803/03. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, v. 4, n. 25, abr.-maio 2004.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Refundando o direito penal do trabalho: primeiras aproximações. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, 2009.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de direito do trabalho:* teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013.

FINELLI, Lília Carvalho. *Construção e desconstrução da lei*: a arena legislativa e o trabalho escravo. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2016.

FONSECA, Maria Hemília. *Direito ao Trabalho*: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: LTr, 2009.

FRAGOSO, Christiano. *Repressão penal da greve:* uma experiência democrática. São Paulo: IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2009.

GERSCHENFELD, Ana. Entrevista a Christophe de Dejours: Um suicídio no trabalho é uma mensagem brutal. *Público*, 01.02.2010. Disponível em: [www.publico.pt/sociedade/noticia/um-suicidio-no-trabalho-e-uma-mensagem-brutal-1420732]. Acesso em: 24.12.2019.

GRAF, Walther; SARTORIUS, Matthias. Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt, §266a StGB. In: BROSS, Nikolaus. *Handbuch Arbeitsstrafrecht*. Köln: Heymanns, 2017.

GUARAGNI, Fábio André. Do direito penal do trabalho ao poder penal no trabalho. In: BARACAT, Eduardo Milléo (Org.). *Controle do empregado pelo empregador* – Procedimentos lícitos e ilícitos. Curitiba: Juruá, 2008.

GUARAGNI, Fábio André. Organização do trabalho: contornos atuais do bem jurídico-penal. In: BARACAT, Eduardo Milléo (Org.). *Direito penal do trabalho* – Reflexões atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Aspectos penais do trabalho escravo. *Revista de Informação Legislativa*, ano 50, n. 157, 2013.

HADDAD, Carlos H. B.; MIRAGLIA, Lívia M. M. (Coord.). *Trabalho escravo:* entre os achados da fiscalização e as respostas judiciais. Florianópolis: Tribo da Ilha, 2018.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal:* decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Arts. 137 a 154. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 6.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal:* decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Arts. 197 a 249. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 8.

HUSEMANN, Tim. Illegale Beschäftigung von Ausländern, § 404 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 SGB III. In: BROSS, Nikolaus. *Handbuch Arbeitsstrafrecht*. Köln: Heymanns, 2017.

IGNOR, Alexander; MOSBACHER, Andreas. Was ist und was will Arbeitsstrafrecht? In: IGNOR, Alexander; MOSBACHER, Andreas. *Handbuch Arbeitsstrafrecht* – Personalverantwortung als Strafbarkeitsrisiko. 3. Aufl. Stuttgart: Boorberg, 2016.

LÁZARO, Fernando Guanarteme Sánchez. El concepto de trabajador em el Derecho Penal Español. *UNED – Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n. 13, 2004.

LEMOS, Bruno Espiñeira; MACHADO CRUZ, Rogerio Schietti; REIS JÚNIOR, Sebastião (Org.). *Crimes federais*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

LINDNER, Julia; RODRIGUES, Eduardo. Bolsonaro quer rever trabalho escravo. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 30.07.2019. Disponível em: [https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,bolsonaro-diz-que-nao-esta-clara-a--diferenca-entre-trabalho-escravo-e-o-analogo-a-escravidao,70002947978]. Acesso em: 01.12.2019.

MARANHÃO. Ney. Criminalização do assédio moral trabalhista e garantismo penal: reflexões centradas na possibilidade e necessidade de expansão da tutela labor-penal em tempos de minimalismo punitivo. In: BARACAT, Eduardo Milléo; FELICIANO, Guilherme Guimarães (Org.). *Direito penal do trabalho* – Reflexões atuais. São Paulo: LTr, 2014.

MARTINS, Juliane Caravieri. *Trabalho digno e direitos humanos em tempos de globalização:* perspectivas para a América Latina. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. *Pluralismo do direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. Derecho penal del trabajo. *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal*, n. 19. 2008.

MUSIO, Sarah. La vicenda del codice Rocco nell'Italia repubblicana. *L'altro diritto*, 1999.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; FERRARI, Irany; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 39. ed. São Paulo: LTr, 2014.

NASCIMENTO, Arthur Ramos do. Trabalho escravo rural contemporâneo e o crime de redução à condição análoga a de escravo: aspectos jurídicos penais e a dignidade do trabalhador. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, v. 19, n. 30, 2015.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; NELSON, Isabel Cristina Amaral de Sousa Rosso; TEIXEIRA, Walkyria de Oliveira Rocha. Do trabalho em condições análogas à de escravo: considerações gerais e críticas à portaria 1.129/2017. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, v. 18, n. 108, fev.-mar. 2018.

NETTO, Andrei. Novo caso assusta a Renault. *O Estado de São Paulo*, 19.10.2009. Disponível em: [www.estadao.com.br/noticias/geral,novo-caso-assusta-a-renault,452701]. Acesso em: 07.12.2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*: estudo integrado com processo e execução penal, apresentações esquemáticas da matéria, jurisprudência atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção 105. Genebra, 1957.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana dos Direitos Humanos. San José da Costa Rica, 1969.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Bogotá, 1948.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção 29. Genebra, 1930.

PANANIS, Panos. Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen. In: IGNOR, Alexander; MOSBACHER, Andreas. *Handbuch Arbeitsstrafrecht* – Personalverantwortung als Strafbarkeitsrisiko. 3. Aufl. Stuttgart: Boorberg, 2016.

PEREIRA, Flávia Rahal Bresser. Direito penal do trabalho: considerações para uma reflexão sobre o tema. *Revista do Advogado*, n. 82, v. 25, 2005.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil*: evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RAMOS FILHO, Wilson. Neoescravismo no Brasil Contemporâneo: crime e castigo. *Revista da Faculdade de Direito/UFPR*, n. 48, 2008.

REALE JÚNIOR, Miguel (Org.). *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017.

REGIS PRADO, Luiz. *Curso de direito penal brasileiro*: parte especial (arts. 121 a 249). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RENZIKOWSKI, Joachim. Contemporary problems of labour exploitation. In: HILGENDORF, Eric; MARSCHELKE, Jan-Christoph; SEKORA, Karin (Coord.). *Slavery as a global and regional phenomenon*. Deutschland: Universitätsverlag Winter, 2015.

ROCHA, Graziella. Tráfico de pessoas e trabalho escravo contemporâneo na perspectiva dos tratados internacionais e da legislação nacional. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, v. 20, n. 37, ago. 2013.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Tutela penal das liberdades pessoais: o tipo penal de redução a condição análoga à de escravo no Brasil. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal na pós-modernidade*: escritos em homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo. Estudo do caso José Pereira: o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Acadêmica Direitos Fundamentais*, ano 4, n. 4, 2010.

SCHÜNEMANN, Bernd. Prevención de riesgos laborales. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GOMEZ MARTÍN, Víctor. *La política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier, 2004.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia; THOMÉ, Candy Florencio. Trabalho escravo contemporâneo, contexto e história: uma introdução ao caso brasileiro. *Revista de Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho*, v. 3, jan.-jun. 2017.

SCOTT, Rebecca J.; BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade; HADDAD, Carlos Henrique Borlido. How does the law put a historical analogy to work?: Defining the imposition of 'a condition analogous to that of a slave' in modern Brazil. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, v. 13, n. 1, 2017.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da; LIMA, Firmino Alves. Repressão penal dos atos antissindicais. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 37, p. 67-84, jul.-dez. 2010.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Dimensão penal do trabalho escravo: proteção integral ou evidência de insegurança jurídica. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães (Org.). *Estudos em homenagem a Ivette Senise Ferreira*. São Paulo: LiberArs, 2015.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Derecho penal del trabajo. *Revista Penal Tirant lo Blanch*, n. 1, v. 1. 1998.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Derecho penal del trabajo: un reto para la integración penal supranacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 92, v. 19. 2011.

TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht* – Besonderer Teil mit wichtigen Rechtstexten. München: Vahlen, 2011.

VELA, Javier Arévalo. La protección penal del trabajo. *Revista Oficial del Poder Judicial*, año 6-7, n. 8 y n. 9. 2012-2013.

VELASCO, Rafael Santoyo. Aspectos penales del derecho del trabajo. *Iter criminis – Revista de ciencias penales*, n. 4, 2002.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- O desafio de coibir o trabalho em condições análogas ao de escravo no brasil, de Paulo de Tarso Pereira – *RDT* 204/191-207 (DTR\2019\37541);
- Trabalho análogo à condição de escravo: caracterização e punição, de Gustavo Filipe Barbosa Garcia – *RT* 929/497-543 (DTR\2013\577); e
- Trabalho decente na organização internacional do trabalho e direitos fundamentais sociais no Estado Democrático de Direito, de Gustavo Filipe Barbosa Garcia – *RDCI* 99/175-188 (DTR\2017\75).

Justiça de Transição Corporativa: a nova geração de estudos transicionais

Politics turns, corporations remain: the undone Corporate Transitional Justice in Brazil

Eduardo Saad-Diniz

Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto e Programa de Integração da América Latina da USP (FDRP/PROLAM/USP). Bolsista Produtividade CNPQLattes: lattes.cnpq.br/8826346387648821
ORCID: 0000-0002-1214-8753
eduardo.saaddiniz@usp.br

Autor convidado

Áreas do Direito: Penal; Comercial/Empresarial

Resumo: Impressiona[1] a afinidade entre os recentes escândalos corporativos e a rede empresarial que serviu de suporte para o regime autoritário no Brasil. Muitas das corporações envolvidas nas recentes operações de *enforcement* ocuparam posições centrais no financiamento do autoritarismo no Brasil e seguem à frente de estruturas estratégicas do mercado nacional. Por conseguinte, convive-se com um vazio moral em relação à ascensão de dinâmicas autoritárias, difundindo-se no mercado a retórica do compromisso pela integridade à indiferença do compromisso democrático. A ideia deste ensaio é explorar o referencial teórico explicativo sobre o que poderia ser a Justiça de Transição Corporativa – JTC – como nova categoria analítica

Abstract: It is impressive the affinity between recent corporate scandals and the business network that served as a support for the authoritarian regime in Brazil. Many of the corporations involved in the recent enforcement operations have occupied central positions in financing authoritarianism in Brazil and remain at the forefront of strategic structures in the national market. Consequently, we live with a moral vacuum in relation to the rise of authoritarian dynamics, spreading the rhetoric of integrity regardless the democratic commitment. The essay aims to explore the explanatory framework on what could be Corporate Transition Justice – CTJ – as a new analytical category in the

1. Este ensaio corresponde a um dos resultados parciais do Auxílio Regular FAPESP – "Politics turns, corporations remain: the undone Corporate Transitional Justice in Brazil" – (Proc. AR 2018/03863-3).

nas ciências criminais, a partir da qual se discutam as possibilidades de atribuição de responsabilidade moral e jurídica pela cumplicidade corporativa, aperfeiçoando-se sobre as modalidades sancionatórias e alternativas de restauração e reconstrução social pós-conflito. O texto se divide em nove tópicos: 1) as gerações dos estudos transicionais; 2) autoritarismo e redes empresariais; 3) perspectivas histórica e comparada; 4) *corporate accountability* e sua influência na concepção da cumplicidade e da responsabilidade jurídica; 5) contribuição, causalidade, ações neutras; 6) modalidades sancionatórias; 7) obrigação moral do setor privado; 8) práticas restaurativas de configuração transicional e 9) novas possibilidades para a vitimologia corporativa. Combinam-se a perspectiva histórica e comparada e convergências entre estudos criminológicos, transicionais e de justiça restaurativa.

Palavras-chave: Justiça de Transição Corporativa – Cumplicidade corporativa – Ações neutras – Obrigação moral da empresa – Práticas restaurativas – Responsabilidade penal da pessoa jurídica.

criminal sciences, from which the possibilities of attributing moral and legal responsibility for corporate complicity are discussed, improving on the sanctioning modalities and alternatives for post-conflict restoration and social reconstruction. The text is divided into nine topics: 1) generations of transitional studies; 2) authoritarianism and business networks; 3) historical and comparative perspectives; 4) corporate accountability and its influence on the concept of complicity and corporate liability; 5) contribution, causality, neutral actions; 6) sanctions system; 7) moral obligation of the private sector; 8) restorative practices in transitional settings; and 9) new possibilities for corporate victimology. We combine historical and comparative analyzes with convergences between criminological, transitional and restorative justice studies.

Keywords: Corporate Transitional Justice – Corporate complicity – Neutral actions – Moral obligation of firms – Restorative practices – Corporate criminal liability.

Sumário: 1. Introdução. 2. Gerações de Justiça de Transição. 3. Autoritarismo e redes empresariais. 4. Aprendizagens desde a perspectiva histórica e comparada. 5. ***Corporate accountability***, cumplicidade e responsabilidade jurídica. 6. Contribuição, causalidade e ações neutras. 7. Modalidades sancionatórias. 8. Obrigação moral do setor privado diante de tendências autoritárias: o encontro entre JTC e RPC. 9. Práticas restaurativas em uma configuração transicional. 10. Novas possibilidades para a vitimologia corporativa. 11. Conclusão: a JTC como nova geração de estudos transicionais. Referências.

1. Introdução

O exercício científico da criminologia consiste na capacidade de extração de consequências teóricas a partir de experiências concretas. Bem diferente da disputa entre ideações ou "escolas do pensamento", interessa muito mais encontrar recomendações estratégicas de ação com impacto construtivo na vida em sociedade. Do contrário, dificilmente seria possível estabelecer os vínculos entre criminologia e sistema de justiça criminal e deixar que sua aplicação prática esteja orientada pela gestão democrática de problemas sociais. A bem da verdade, nem seria necessária mais sofisticação do que isso.

Ao longo da história, o pensamento criminológico foi marcado pela análise dos múltiplos fatores e pelas tentativas de generalização de um referencial teórico para a explicação das causas do crime e das consequências da criminalidade. Nesse processo, John Braithwaite identifica a permanência histórica de grandes linhas de pensamento e emprego do método científico – as *big pictures* – e, com toda razão, acentua que os criminólogos têm se dedicado majoritariamente ao problema do método científico e à questão da seletividade, mais notadamente orientada pelos retrocessos democráticos da injustiça racial e teorias explicativas do crime e da criminalidade.[2] Na busca de uma *big picture* mais propriamente brasileira, em princípio, parece não haver tantas divergências. O emprego do método científico vem a reboque do discurso científico internacional, assim como reproduzimos os problemas das condições carcerárias e da seletividade racial.

Mas essa *big picture* ficaria incompleta se deixarmos de refletir sobre certo protagonismo da criminalidade corporativa, mais notadamente na última década no Brasil. É bem verdade que a criminalidade corporativa também vem a reboque de alinhamento à política criminal internacional,[3] mas, ao se ampliar o espaço de observação para as últimas seis décadas, ela traz algumas especificidades de alta indagação científica. Muitas das corporações, dos grupos econômicos, dos setores da indústria e do empresariado que estiveram envolvidos no suporte financeiro e institucional da Ditadura Militar no Brasil (1964-1985) ainda são protagonistas na esfera pública. Inclusive em relação aos episódios de *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff (2016),[4] inclusive em relação à liderança de renovação da ética nos negócios e à implementação de programas de integridade, impondo uma moralidade abstrata anticorrupção, contra um inimigo comum. Apesar de todas as mudanças no plano político e constitucional, a rede empresarial que suporta a economia nacional persiste com considerável protagonismo.[5] A observação mais detalhada das últimas seis décadas no Brasil permite afirmar

2. BRAITHWAITE, John. In search of Donald Campbell. *Criminology and Public Policy*, [S.l.], v. 15, p. 417-437, 2016.
3. HAGAN, John. *Who are the criminals? The politics of crime policy from the Age of Roosevelt to the Age of Reagan*. Princeton: Princeton Press, 2010. p. 14 e ss.; em recensão a Hagan, LAUFER, William. Commentary on 'Who are the Criminals?'. *Contemporary Sociology: a Journal of Reviews*, [S.l.], v. 42, p. 679-683, 2013.
4. FIESP declara apoio formal a *impeachment* de Dilma. *O Estado de S. Paulo*, 14.12.2015.
5. Veja-se também SAFATLE, Vladimir. Uma junta financeira governa o País. *Folha de S. Paulo*, 14.10.2016.

que a ausência de transição no plano das corporações é, definitivamente, uma *big picture*[6] a ser investigada cientificamente no Brasil.[7]

Realmente surpreende essa afinidade entre os recentes escândalos corporativos e a rede empresarial que serviu de suporte para o regime autoritário no Brasil. Muitas das corporações envolvidas nas recentes operações de *enforcement* ocuparam posições centrais no financiamento do autoritarismo no Brasil. Ainda mais delicado do que isso, impressiona essa coincidência entre atores que apoiaram o

6. Braithwaite observa que a ascensão dos estudos sobre construção da paz e justransicionais é uma estratégia promissora para dar maior visibilidade e reconhecimento científico às pesquisas produzidas no *global South*: "[...] For criminology to learn from the global South, it might become less criminological, more interested in learning lessons from peacebuilding mistakes in the South, more interested in putting into the balance the domination caused by criminals with the domination caused by those who punish them, more interested in domination prevention than crime prevention" (BRAITHWAITE, John. Criminology, peacebuilding and transitional justice: lessons from the Global South. In: CARRINGTON, Kerry et al. (Org.). *The Palgrave Handbook of Criminology and the Global South*. Basingskote: Palgrave, 2018. p. 971-990). Apesar da expansão dos mercados e das recentes transformações no exercício global do controle social da atividade empresarial, é incrível como nessa *big picture* a criminologia corporativa segue sendo um capítulo negligenciado. Neste ensaio, a delimitação não diz respeito aos crimes cometidos pelo Estado em cooperação com corporações (*State-corporate crime*, cfr. KRAMER, Raymond et al. The origins and development of the concept and theory of State-Corporate Crime. *Crime and Delinquency*, [S.l.], v. 48, p. 263-282, 2002), mas, sim, às possíveis formas de atribuição de responsabilidade, jurídica ou moral, ao comportamento corporativo socialmente danoso que se realiza em cumplicidade com dinâmicas autoritárias.

7. Ao nos dedicarmos sobre a questão transicional pela primeira vez, a judicialização foi vista com muitas ressalvas. Em tom de oposição, alinhamos a observação do caso brasileiro à tese de que não se trata de superação do passado, mas, sim, das estruturas burocráticas administrativas do presente, SAAD-DINIZ, Eduardo. El enclave de los juicios de transición: observación del caso brasileño. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, [S.l.], v. 12, p. 2076-2104, 2011; sobre as estruturas burocráticas administrativas, BERCOVICI, Gilberto. O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece: a persistência da estrutura administrativa em 1967. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). *O que resta da Ditadura:* a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 77-90. Posteriormente, submetemos essa posição à revisão e apontamos que não se trata apenas de disputa pela organização administrativa do Estado, de tal forma que uma mais profunda compreensão da Justiça de Transição no Brasil passa por desafios bem mais complexos de enfrentamento da cumplicidade das corporações, SAAD-DINIZ, Eduardo; SPONCHIADO, Jessica. La financiación corporativa de la dictadura militar en Brasil. In: VÉLEZ-RODRÍGUEZ, Luis et al. (Org.). *Sociedad y fuerza pública ante los retos de la paz*. Bogotá: Ibañez, 2016. p. 435-463.

financiamento de regimes autoritários e aqueles que seguem à frente de estruturas estratégicas do mercado nacional. Por conseguinte, convive-se com um vazio moral em relação à ascensão de dinâmicas autoritárias, difundindo no mercado a retórica do compromisso pela integridade à indiferença do compromisso democrático.

Em função desses pressupostos, a construção do objeto científico da Justiça de Transição Corporativa (JTC) parte de um pressuposto bem básico: como seria se as corporações assumissem o compromisso de reconhecer sua cumplicidade com tendências autoritárias? Qual seria a configuração jurídica dessa cumplicidade e como ela poderia inspirar iniciativas inovadoras no âmbito corporativo, a partir de uma percepção alargada de cumplicidade moral com regimes autoritários? Ela valeria apenas em relação ao passado, ou reconheceria a continuidade de certos vínculos com dinâmicas autoritárias?

Não se trata apenas de ausência de transição em relação ao regime passado. O que caracteriza a JTC é a *relação de continuidade* e sua capacidade de seguir conduzindo a moralidade corporativa. Mais importante do que demonstrar a cumplicidade de redes empresariais é demonstrar a evolução de seu capital social após o regime autoritário; esse é o elemento empírico que permitiria delimitar o *continuum* histórico.[8] Uma série de estratégias de pesquisa poderia ser utilizada para gerar as necessárias evidências científicas, tais como a verificação empírica das transferências patrimoniais a grupos específicos, pela análise de convergência entre os ciclos de desvalorização financeira, desregulamentação ou concessão de crédito público e o rendimento das empresas, avaliação da atuação dos bancos centrais. A finalidade dessas pesquisas deve se concentrar em compreender como as empresas atualizam historicamente as formas de captura regulatória ou mesmo exploram ambientes regulatórios frágeis, com base em doações políticas, esquemas de corrupção ou cartelização, preservando um inventário extraordinário de abuso da confiança e de emprego de recursos públicos.

A alta indagação deve buscar desvendar por que, durante tanto tempo, silenciou-se a respeito. A pesquisa sobre prestação de contas no âmbito corporativo (*corporate accountability*) é ainda extremamente deficitária a respeito do papel do setor privado na reconstrução social da democracia. Esses problemas centrais acabam induzindo a outra sorte de questionamentos: por que a dimensão econômica esteve por tanto tempo alijada dos estudos transicionais? Desperta a atenção como os estudos transicionais vão se desenvolvendo paralelamente à

8. KAUZLARICH, David. A complicity continuum of state crime. *Contemporary Justice Review: issues in Criminal, Social, and Restorative Justice*, [S.l.], v. 6, p. 241-254, 2003.

formação de um expediente político. A conveniência desse atraso histórico consiste no fato de que essa questão tão delicada da cumplicidade corporativa poderia haver representado obstáculo ou imobilizado qualquer outra estratégia de Justiça de Transição, gerando uma sobrecarga de interesses a serem acomodados.[9] E é claro que, desde a perspectiva da configuração da agenda político-criminal, a conivência com a *problematic accountability* também impacta no silêncio com relação às justificações morais da criminalidade corporativa e à desregulação da atividade empresarial.

A ideia deste ensaio é justamente explorar o referencial teórico explicativo sobre o que poderia ser a JTC enquanto nova categoria analítica nas ciências criminais. Com base nessa convergência entre estudos transicionais e criminologia corporativa, pretende-se desenvolver uma chave teórica que abra o campo para novas recomendações estratégicas de ação prática. Espera-se organizar o referencial para possível agenda de pesquisa que permita compreender como se operaram as redes empresariais. A partir dessa nova categoria analítica a respeito das possibilidades de atribuição de responsabilidade moral e jurídica pela cumplicidade corporativa, espera-se viabilizar verificações empíricas mais consistentes sobre os vínculos entre cumplicidade corporativa e dinâmicas autoritárias, aperfeiçoando-se sobre as modalidades sancionatórias e alternativas de restauração e reconstrução social pós-conflito.

Por agora, a propositura da JTC atenderá ao desenvolvimento de nove tópicos, divididos em três partes principais. Em um primeiro momento, pretende-se apresentar 1) as gerações dos estudos transicionais, as relações possíveis entre 2) autoritarismo e redes empresariais e, de forma não exaustiva e voltada à discussão de processos de aprendizagem, 3) perspectivas histórica e comparada (Alemanha, Argentina e Brasil). Em um segundo momento, pretende-se discutir a extensão da 4) *corporate accountability* e sua influência na concepção da cumplicidade e da responsabilidade jurídica, juntamente com as noções de 5) contribuição, causalidade, ações neutras e 6) modalidades sancionatórias. Por fim, pretende-se abrir o diálogo para a compreensão da 7) obrigação moral do setor privado, 8) práticas restaurativas de configuração transicional e 9) novas possibilidades para a vitimologia corporativa.

9. ROHT-ARRIAZA, Naomi. Why was the economic dimension missing for so long in transitional justice? An exploratory essay. In: BOHOSLAVSKY, Juan Pablo; VERBITSKY, Horacio (Org.). *The economic accomplices to the Argentine Dictatorship:* outstanding debts. Cambridge: Cambridge Press, 2014. p. 19-28. Em sentido semelhante, WALDORF, L. Anticipating the past: transitional justice and socio-economic wrongs. *Socio and Legal Studies*, [S.l.], v. 21, p. 171-186, 2012.

2. Gerações de Justiça de Transição

A participação do setor privado nos regimes autoritários é um capítulo negligenciado pelos estudos transicionais. Nem mesmo entre os mais recentes estudos sobre a matéria encontra-se algo semelhante.[10] Não há, ao menos até o momento, a consolidação desses elementos sequer para permitir a categorização mais consistente de uma nova geração justransicional. Menos ainda se pode apontar em relação a possíveis indicadores de efetividade da transição, refletindo as reformas, mobilização das teses criminológicas, métodos empíricos aplicados, publicidade de base de dados e acervo, formulação de políticas públicas, iniciativas corporativas e satisfação das vítimas. Apenas recentemente se observam estudos sobre a responsabilidade das corporações,[11] ou em relação específica aos desafios de se fazer negócios em ambientes hostis ou em situação de transição, iniciando a sistematização dos elementos e referencial descritivo desse novo campo.[12] Porém, apesar dos esforços preliminares em preencher essa lacuna

10. SIKKINK, Kathryn. *Justice cascade:* how human rights prosecutions are changing world politics. New York: W.W. Norton, 2011. p. 42 e ss.; SZABLEWSKA, Natalia; BACHMANN, Sascha-Dominik (Org.). *Current issues in Transitional Justice:* towards a more holistic approach. Heidelberg: Springer, 2015.

11. SHARP, David. Addressing economic violence in times of transition: toward a positive-peace paradigm for Transitional Justice. *Fordham International Law Journal*, [S.I.], v. 35, p. 781-814, 2012; MICHALOWSKI, Sabine (Org.). *Corporate accountability in the context of Transitional Justice*. Abingdon: Routledge, 2014. 254 p.; VERBITSKY, Horacio; BOHOSLAVSKY, Juan Pablo (Org.). *The economic accomplices to the Argentine Dictatorship:* outstanding debts. Cambridge: Cambridge Press, 2016. 372 p.; PAYNE, Leigh; PEREIRA, Gabriel. Corporate complicity in International Human Rights Violations. *Annual Review of Law and Social Science*, [S.I.], v. 12, p. 63-84, 2016.

12. Laura García reorganiza o campo do conhecimento com ênfase nos direitos econômicos e sociais, buscando, a seu modo, interações com a criminologia, a justiça transformativa e os processos de reconstrução social pós-conflito: "While this approach implies addressing all human rights, including violations of socio-economic rights, they have been questioned for their lack of clear conceptualisation and for producing a very limited impact in practice. It has been argued that moving towards the integration of socio-economic aspects in transitional justice would be desirable. However, research and practice should examine which transitional justice mechanisms would be able to integrate socio-economic violations and how do they need to be adapted to do so, depending on the needs and priorities of each context" (GARCÍA MARTÍN, Laura. *Transitional Justice, corporate accountability and socio-economic rights:* lessons from Argentina. London: Routledge, 2020. p. 38). Veja-se, também, CERNIC, Jernej Letnar. *Corporate accountability under socio-economic rights*. London: Routledge, 2019. p. 277 e ss.

sobre a *accountability* das corporações, estudos recentes não chegaram a desenvolver o que poderia representar a JTC na condição de nova categoria analítica.

Originalmente, os estudos transicionais se concentraram mais na organização do discurso e na compreensão de suas dimensões políticas, delimitando a estruturação, funcionamento e as primeiras mobilizações em busca da verdade sobre as vítimas e os processos de vitimização das atrocidades perpetradas em regimes autoritários.[13] De um lado, a pesquisa criminológica tomou por pressuposta a indiferença histórica em relação aos crimes contra a humanidade, negligenciando o genocídio, o desaparecimento forçado de pessoas, a tortura, a censura e a sistemática violação de direitos humanos.[14] Muito menos tem se mobilizado com maior intensidade a respeito da cumplicidade das multinacionais no financiamento das atrocidades.[15] De outro, os estudos sobre a matéria ainda estão concentrados em análises dogmáticas sobre a legislação aplicável e os principais entraves interpretativos,[16] dedicando pouca ou nenhuma atenção à vítima e aos processos de restauração. Ainda que alguns autores tenham se dedicado a explorar a cumplicidade corporativa (v. *infra*), esse movimento inicial ainda não foi suficiente para uma mais ampla mobilização em torno da JTC, orientada à realização do mais elevado nível de *corporate accountability* possível.

---

13. KRITZ, Neil. *Transitional Justice: h*ow emerging democracies reckon with former regimes. Washington (?): US Institute for Peace, 1995. p. 9 e ss.; ELSTER, Jon. *Closing the books:* Transitional Justice in Historical Perspective. Cambridge: Cambridge Press, 2004. p. 77 e ss.; BUCKLEY-ZISTEL, Susanne et al. (Org.). *Transitional Justice theories*. London: Routledge, 2014. 221 p.; BRANTS, Chrisje et al. (Org.) *Transitional Justice and the Public Sphere:* engagement, legitimacy and contestation. Oxford: Hart, 2017; MURPHY, Colleen. *The conceptual foundations of Transitional Justice*. Cambridge: Cambridge Press, 2017. p. 83 e ss.

14. MAIER-KATKIN, Daniel et al. Towards a criminology of crimes against humanity. *Theoretical criminology*, [S.l.], v. 13, p. 227-255, 2009. Destacam-se alguns estudos teóricos e investigações empíricas que desafiam a pertinência dos estudos transicionais. Ampliar o conceito de justiça, de tal forma que otimize a satisfação de quem é submetido à vitimização, é mais importante do que o sobrecultivo teórico: "[...] Not a full measure of justice, but a spoonful of justice that has meaning for them", NICKSON, Ray; BRAITHWAITE, John. Deeper, broader, longer transitional justice. *European Journal of Criminology*, [S.l.], v. 11, p. 445-463, 2013. Para resultados empíricos, NICKSON, Ray William. *Great expectations*: managing realities of transitional justice. Sydney: ANU, 2013. 460 p.

15. HALDEMANN, Frank. Transitional justice... op. cit., p. 498-517.

16. Em boa síntese, SWENSSON JR, Lauro Joppert. Punição para os crimes da ditadura militar: contornos do debate. In: DIMOULIS, Dimitri (Org.). *Justiça de transição no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 53 e ss.

Por muito tempo, justificou-se essa ausência das corporações em razão da necessidade estratégica de viabilizar outros "momentos da Justiça de Transição". De forma semelhante, Ruti Teitel classifica três gerações da "genealogia" da Justiça de Transição: 1) fase pós-Guerra Mundial; 2) fase pós-Guerra Fria; 3) virada do século XX, associada à intensificação da globalização.[17] À classificação de Teitel, David Sharp adiciona reflexões sobre uma possível quarta geração, na qual seria incorporada a necessidade de se prestar contas e maior mobilização em torno de uma mais consistente realização da justiça econômica.[18] De fato, tomando por base o expediente político, é bastante convincente a divisão histórica em "momentos", "fases" ou "gerações". Fazer frente à cumplicidade das corporações desde o início do processo de transição poderia haver imobilizado qualquer outra iniciativa transicional.[19]

Internacionalmente, as justificações sobre a "invisibilidade"[20] do mundo corporativo se inserem ou na dinâmica da Guerra Fria, em que precisamente se esperava das corporações a liderança na contenção do bloco soviético, ou porque se demandava das próprias empresas que exercessem protagonismo na reconstrução das economias em transição.[21] A atribuição de responsabilidade às empresas

17. TEITEL, Ruth. Transitional justice genealogy. *Harvard Human Rights Journal*, [S.l.], v. 16, p. 69-94, 2003.

18. SHARP, David. Interrogating the peripheries: the preoccupations of fourth generation transitional justice. *Harvard Human Rights Journal*, [S.l.], v. 26, p. 149-78, 2013; SCHMID, Evelyne et al. Do no harm? Exploring the scope of economic and social rights in Transitional Justice. *The International Journal of Transitional Justice*, [S.l.], v. 8, p. 362-382, 2014; SZOKE-BURKE, Sam. Not only context: why Transitional Justice Programs can no longer ignore violations of economic and social rights. *Texas International Law Journal*, [S.l.], v. 50, p. 465-494, 2015.

19. ROTH-ARRIATZA, Naomi. Why was the economic dimension... op. cit., p. 19-28. "[...] Given that initial transitions were conceived as short-term projects, socio-economic concerns were seen as new tasks for sucessor regimes in the transition period", GARCÍA MARTÍN, Laura. Transitional Justice... op. cit., p. 52; HALDEMANN, Frank et al. Transitional justice without economic, social and cultural rights? In: RIEDEL, Eibe et al. (Org.) *Economic, social, and cultural rights? Contemporary issues and challenges*. Oxford: Oxford Press, 2014. p. 498-517.

20. MILLER, Zinalda. Effects of invisibility: in search of the 'economic' in transitional justice. *International Journal of Transitional Justice*, [S.l.], v. 2, p. 266-291, 2008.

21. Laura García analisa a predominância da "construção liberal da paz" (*liberal peacebuilding*), veiculando a ideia de que as democracias de mercado seriam mais sustentáveis e menos propensas ao conflito, de tal forma a justificar a leniência com abuso de direitos socioeconômicos (GARCÍA MARTÍN, Laura. Transitional Justice... op. cit., p. 51-52;

é questão sensível, que envolve a compreensão do funcionamento do mercado, dominação estratégica de mercados em nível internacional, compreensão dos efeitos colaterais da responsabilização na empresa e na sociedade, além da própria forma como as empresas interagem com as comunidades locais, gerando contextos de dependência comunitária.

Desde uma perspectiva doméstica, essa gradação faz ainda mais sentido: primeiro, as vítimas são reconhecidas; depois, trabalhadores e sindicatos; depois, a revisão das questões identitárias e proteção da diversidade. Ao menos é assim que se interpretam as distintas gerações de Justiça de Transição, inclusive remontando à experiência da transição no pós-Guerra. As principais justificativas sobre a "invisibilidade" do empresariado e das corporações no processo de transição consistem na demanda pela recuperação da economia alemã e na premência de contenção do avanço do bloco soviético.[22] Se é verdade que essa evolução gradual viabilizou ganhos estratégicos na reconciliação, a oportunidade histórica para a JTC não poderia ser mais apropriada, tanto pelo grau de dependência dos recursos corporativos da sociedade mundial quanto pela necessidade de *accountability* para motivar a resistência moral diante da ascensão de dinâmicas autoritárias.

Por sua vez, a ausência de dados sobre a cumplicidade corporativa é intolerável. Sem elementos que possam demonstrar os vínculos dessa cumplicidade,[23] a própria dimensão do que é justo ou do que seria uma atividade empresarial legítima se perde em valorações ou ideações. Essa escassez de demonstração empírica, além de prejudicar a determinação dos vínculos passados, embota a compreensão das formas latentes e atuais de cumplicidade no presente. Para que a JTC tenha algum sentido prático, seus efeitos devem alcançar para além de regimes em transição ou zonas de conflito, a se levar em consideração dois argumentos básicos: pelo fato de que os ordenamentos domésticos, na maioria dos casos, sequer dispõem de mecanismos jurídicos para lidar com a atribuição de responsabilidade

FORT, Timothy. *The role of business in fostering peaceful societies*. Cambridge: Cambridge Press, 2004. p. 109 e ss.; FORD, Jolyon. *Regulating business for peace*. Cambridge: Cambridge Press, 2015. p. 37 e ss.).

22. BILSKY, Leora. *The Holocaust, corporations, and the Law:* unfinished business. Michigan: Michigan Press, 2017. p. 15 e ss.

23. Com base em cruzamento de dados entre a *accountability* das instituições financeiras e gastos militares (*military expenditures*) na Argentina, BOHOSLAVSKY, Juan Pablo; OPGENHAFFEN, Veerle. The past and present of corporate complicity: financing the Argentinean dictatorship. *Harvard Human Rights Review*, [S.l.], v. 23, p. 157-203, 2010.

em razão da cumplicidade; e pelo fato de que as redes empresariais cúmplices de dinâmicas autoritárias mantêm conexões com empresas multinacionais que operam globalmente. A ausência de investigações mais consistentes sobre a matéria compromete não apenas novas concepções teóricas ou verificações empíricas sobre violação sistemática de direitos humanos no âmbito corporativo, mas é prejudicial, sobretudo, à legitimação dos processos de responsabilização às empresas, à formulação de políticas públicas e a iniciativas privadas de reconhecimento, reparação e restauração.

É preciso maior intensidade na mobilização de pesquisa científica em torno da JTC, explorar novas práticas sociais. A formação de referencial científico sobre a JTC pode renovar a mobilização em torno do reconhecimento, reparação e restauração das atrocidades, na exata medida em que se desafia o setor privado a assumir o seu papel de cúmplice com dinâmicas autoritárias. Essa nova geração de estudos de transição seria essencial para criar novas capacidades e veicular, com muito mais propriedade, o acerto de contas com as redes empresariais que seguem suportando a ascensão de tendências autoritárias em todo o mundo.

3. Autoritarismo e redes empresariais

Regimes não democráticos caracterizam-se essencialmente pela supressão de liberdades fundamentais. Conceitualmente, o autoritarismo ainda atende a referencial altamente especulativo na ciência política (notadamente, a partir do referencial arendtiano[24]), ou, no plano latino-americano, aos estudos sobre a organização burocrático-autoritária,[25] ou, ainda, mais recentemente, desde a perspectiva do constitucionalismo.[26] Essas definições macropolíticas, todavia, tendem a remontar a regimes passados, com pouca ênfase na avaliação da continuidade. O risco de ideações é justamente obstruir a construção de diálogo, dificultar o entendimento do que seja cumplicidade e substituir práticas sociais por explicações moralistas. Estudos mais recentes procuram demonstrar como esse plano macro se expressa na realidade cotidiana. Foi Karen Stenner quem

24. ARENDT, Hannah. *The origins of totalitarianism*. New York: Penguin, 1950.

25. O´DONNELL, Guillermo. *Reflexões sobre os estados burocrático-autoritários*. São Paulo: Vértice, 1987. p. 36 e ss.; veja-se, também, ROUQUIÉ, Alain. *O Estado militar na América Latina*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1982. p. 31 e ss.; RAGO FILHO, Antonio. *Ideologia 64*. São Paulo: Tese-PUC, 1998. p. 164 e ss.

26. FRANKENBERG, Günther. *Autoritarismus:* Verfassungstheoretische Perspektiven. Frankfurt: Suhrkamp, 2020. p. 212 e ss.

especializou a noção de "dinâmicas autoritárias", a partir da identificação das causas-raiz (*root causes*) da predisposição psicológica à intolerância e à recusa em aceitação do outro.[27]

Teoricamente, a investigação científica das interfaces entre dinâmicas autoritárias e redes empresariais alinha-se a uma analítica crítica da JTC e de seus possíveis impactos nos sistemas de justiça domésticos e em iniciativas corporativas. Por um lado, tende a endereçar a necessidade de profunda revisão democrática das políticas regulatórias, padrões legislativos e redesenho das instituições e

27. Segundo a analítica de Stenner, a dinâmica autoritária consiste basicamente em processo no qual a predisposição individual interage com as condições sociais de ameaça normativa (*normative threat*), reagindo adversariamente ao que se contrapõe à autoridade do grupo ou uniformidade. Stenner, com acuidade, diferencia autoritarismo de conservantismo – "[...] what marks out these stances as authoritarian rather than conservative is the immovable fact that they tend to occur together *across* very diverse cultural contexts, when there is no shared theme to explain why they should be so *other than* general intolerance of difference" –, vale dizer, ainda que ambos sejam adversos à diferença, a predisposição à intolerância não significa necessariamente a configuração de *status quo* voltado à eliminação da mudança social e da preservação de liberdades pessoais em detrimento da intervenção governamental na economia ("*laissez-faire* conservador") (STENNER, Karen. *The authoritarian dynamic*. Cambridge: Cambridge, 2005. p. 2, 13, 89, 326, 334). Sobre o *continuum* das dinâmicas de predisposição psicológica à intolerância, STENNER, Karen; HAIDT, Jonathan. Authoritarianism is not a momentary madness, but and eternal dynamic within liberal democracies. In: SUNSTEIN, Cass (Org.). *Can it happen here? Authoritarianism in America*. New York: HarperCollins, 2018. p. 190-242. A trajetória intelectual da cumplicidade corporativa com essa predisposição à intolerância deveria tomar como ponto de partida o elevado sentido criminológico de indignação moral em relação à criminalidade dos poderosos, notadamente a partir de Edwin Sutherland, que levaria à indiferença moral dos executivos (SOLTES, Eugene. *Why they do it:* inside the mind of the white-collar criminal. New York: Public Affairs, 2016. p. 33 e ss.) e à ausência de indignação moral em relação ao crime corporativo (LAUFER, William. Where is the moral indignation over corporate crime? In: BRODOWSKI, Dominik et al. (Org.). *Regulating corporate criminal liability*. Heidelberg: Springer, 2014. p. 19-32). Argumentação teórica semelhante é desenvolvida por Christoph Burchard, em referência à "neutralização do processo de desumanização" das vítimas de crimes internacionais motivada pela mesma ideia de superioridade, de tal forma que "[...] it may be the case that transnational corporations in particular have developed their own normative orders that override the disparate social structures and norms of their home jurisdictions" (BURCHARD, Christoph. Ancillary and neutral business contributions to "corporate-political core crime". *Journal of International Criminal Justice*, [S.l.], v. 8, p. 919-946, 2010).

estratégias de *enforcement*. Por outro, abre espaço para iniciativas corporativas que possibilitem maior integração dos compromissos políticos democráticos e arranjos institucionais, recomendando maior protagonismo e liderança do setor privado na reconstrução social pós-conflito, inclusive a partir da utilização de estratégias processuais e do uso de recursos de *compliance*, dando-lhes voz a quem foi vitimizado. Essa analítica crítica é o que garante um referencial democrático concreto – e não simplesmente principialista – para a interpretação da liberdade e do abuso da atividade empresarial. É também o que reforça a interpretação da integridade e do comprometimento com as vítimas de violações sistemáticas de direitos humanos.

Apesar desse referencial teórico, os estudos nesse campo, quando não limitados a conflitos de agência, à análise de desenhos institucionais ou aos custos do comportamento desviante, deixam de enfrentar os processos de causação das atrocidades, de resolver as situações de cumplicidade, negligenciando os processos de vitimização. Se a JTC for mesmo capaz de rever o papel das redes empresariais na consolidação ou desintegração da vida social democrática, parece razoável esperar que ela possa, também, promover estudos mais consistentes e multidimensionais sobre o abuso corporativo da confiança pública em dinâmicas autoritárias. Para além do esquema ideológico "autoritário", o que interessa mesmo à JTC é identificar com maior precisão os contornos do autoritarismo financiado pelas redes empresariais e suas relações de continuidade com a vida negocial cotidiana. No estudo dessas intersecções entre sociedade, empresa e Estado, a JTC pode operar tanto no nível normativo das justificações morais de dinâmicas autoritárias quanto na verificação empírica das causas-raiz da cumplicidade corporativa.[28]

A leitura realista é necessária para estabelecer esse *continuum*, ainda ausente na literatura sobre o envolvimento das corporações com regimes autoritários. Por isso é tão relevante identificar que tipo de cumplicidade em relação ao *que aconteceu* para se determinar, desde uma perspectiva sociológica mais ampla, a

28. Mais sobre a analítica de *root causes*, ROTH-ARRIATZA, N. Why was the economic... op. cit., p. 19-28. É cada vez mais recorrente na literatura esse debate entre interações sociais e causas estruturais (CLAMP, Kelly. *Restorative Justice in Transition*. London: Routledge, 2014. p. 87 e ss.), apesar de que é difícil pensar criticamente sobre relações entre indivíduos sem considerar as estruturas em que se operam; e é ainda mais difícil pensar-se sobre as estruturas sociais à indiferença dos indivíduos que nela interagem. Explorando o fato de que as investigações criminais têm priorizado a responsabilidade individual, no lugar de maior empenho em relação às causas estruturais do conflito, GARCÍA MARTÍN, Laura. Transitional Justice... op. cit., p. 52.

construção social sobre o *que está acontecendo*. Sob essa mesma chave realista, Sarah Chayes, por exemplo, discute a formação de uma "cleptocracia" que não apenas obstrui os processos de transição e de construção da paz, como também leva o mundo à ascensão do extremismo.[29] É assim que se reconhecem os vínculos entre dinâmicas autoritárias e violações atuais de direitos humanos, e também é assim que se devem reconhecer os efeitos deletérios provocados pela formação de redes empresariais cúmplices de histórica falta de distribuição de justiça e de reprodução da desigualdade,[30] resultando em um vácuo transicional. Esse vazio repercute, drasticamente, em cotidiano de humilhação e depressão, fontes de retroalimentação de dinâmicas autoritárias.

Os esforços científicos para fundamentar a JTC a partir de elementos empíricos, sem embargo, são obstruídos por certa recusa das empresas em abrir voluntariamente (*voluntary disclosure*) seus arquivos. As raras iniciativas corporativas de *accountability* são de baixa densidade, persistindo certa relutância em reconhecimento dos vínculos com o passado autoritário e deixando de considerar a expressão de sua continuidade no presente. Sem o comprometimento das redes empresariais, a maioria das pesquisas acaba se sustentando em provas indiretas da cumplicidade. E, para a categorização mais adequada de uma JTC, é indispensável encontrar motivação autêntica em render contas e legitimar o discurso ético empresarial de forma indissociável ao compromisso democrático. De outra forma, dificilmente seria possível afetar as estruturas de mercado viciadas pela cumplicidade com dinâmicas autoritárias.

4. Aprendizagens desde a perspectiva histórica e comparada

Não é possível determinar a necessidade de uma nova geração de estudos transicionais desacompanhada da devida investigação historiográfica. É claro que essa determinação histórica e síntese de fontes no campo dos estudos transicionais é tarefa para um grupo inteiro de pesquisadores. Neste ensaio, limitando-se a simples reflexão a partir de levantamento bibliográfico, com a finalidade ilustrativa e sem a pretensão de repertório exaustivo de casos, pretende-se combinar perspectiva histórica e comparada, com o propósito de extrair dela

29. CHAYES, Sarah. *Thieves of State:* why corruption threatens global security. New York: W.W. Norton, 2015. 319 p.

30. ROTH-ARRIAZA, Naomi et al. A complementary relationship: reparations and development. In: DE GREIFF, P. et al. (Org.) *Transitional justice and development:* making connections. New York: SSRC, 2009.

possíveis lições com as experiências históricas (por agora, com referência às experiências alemã, argentina e brasileira),[31] como um "processo de aprendizagem" (*learning process*).[32]

A interação entre sistemas corporativos e regimes políticos não é de todo uma novidade na História moderna. No período das Grandes Guerras Mundiais já se observa a "ambiguidade" e a "sonegação de justiça" na representação dos fatos e na ausência da responsabilização.[33] Ao mesmo em que se identifica séria cumplicidade com os regimes totalitários da época, havia uma aterradora coincidência entre empresas que também operavam a favor de interesses democráticos, fazendo mercancia das atrocidades.[34] Na experiência da cumplicidade das empresas alemãs com o regime nazista, há amplo repertório de casos envolvendo investigações de contribuição financeira ao regime, os quais inspiraram o surgimento de discussão especializada em torno de um "direito penal internacional econômico" (*Wirtschaftsvölkerstrafrechts*).[35] Duas experiências, no entanto, são

31. A pesquisa no campo histórico e comparado encontra-se em andamento, sobretudo em relação às possibilidades de aprendizagem histórica com as reparações pela escravidão nos EUA ou a transição do *apartheid*, na África do Sul.

32. Em futuras pesquisas, pretende-se analisar as sequências de cursos causais e relações entre as várias experiências históricas e casos de cumplicidade corporativa, tomando por base instrumentos de método próprios da análise histórico-comparada: FALLETI, Tulia; MAHONEY, James. The comparative sequential method. In: MAHONEY, James et al. (Org.). *Advances in comparative-historical analysis*. Cambridge: Cambridge Press, 2015. p. 211-239; para a análise das aprendizagens nas transferências de iniciativas políticas de um campo para outro, DOLOWITZ, David; MARSH, David. Who learns what from whom: a review of the policy transfer literature. *Political Studies*, [S.l.], v. 44, p. 343-357, 1996.

33. Sobre essa ambiguidade na atribuição de responsabilidade penal às empresas, SAAD-DINIZ, Eduardo. Brasil v. Goliath: 30 años de la responsabilidad penal empresarial y tendencias en *compliance*. In: REYNA, Luis et al. (Org.) *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima: Ideas, 2018. p. 545-579.

34. ALLEN, Michael. *The business of genocide*: the SS, slave labor, and the concentration camps. London: Chapel Hill, 2005. p. 57 e ss.; STEL, Nora. Business in Genocide: understanding and avoiding complicity. *IZA Discussion Paper*, [S.l.], n. 9743, p. 4-20, 2016.

35. BUSH, Jonathan. The Pre-History of corporations and conspiracy in International Criminal Law: what Nuremberg really said. *Columbia Law Review*, [S.l.], v. 109, p. 1095-1261, 2009; JESSBERGER, Florian. Die IG Farben vor Gericht: von den Ursprügen eines 'Wirtschaftsvölkerstrafrechts'. *Juristenzeitung*, v. 64, p. 924-932, 2009; vejam-se, também, os debates em BUNG, Jochen. Nauckes Narrative: Politisches Wirtschaftsstrafrecht

particularmente emblemáticas para compreender a JTC para além dos limites da atribuição de responsabilidade jurídica: *IBM* (*International Business Machines*), icônica representante do *Corporate America*, e *Siemens*, empresa central para o desenvolvimento econômico alemão. Edwin Black foi quem apontou que a *IBM*, apesar de haver contribuído com a logística dos transportes e operativa dos campos de concentração, e até mesmo fornecido a tecnologia para classificação e extermínio dos cativos, não figurou nas *black lists* de empresas cúmplices do regime Nazi.[36] A *Siemens* foi pivô da organização social da produção na Alemanha e do processo de "militarização da economia alemã", havendo amplo acervo histórico[37] sobre a cumplicidade de seus dirigentes durante sistemáticas violações de direitos humanos durante o Holocausto.[38] Apesar disso, a atribuição de responsabilidade à empresa não foi além do reconhecimento oficial de sua contribuição, afinal, a própria Siemens voltou a ocupar posição de liderança no processo de reconstrução da Alemanha no pós-Guerra.

Em "Holocaust, Corporations, and the Law", Leora Bilsky, a partir de sólidas representações de história econômica e expressão vitimológica do Holocausto, contribui decisivamente para a compreensão do papel das empresas nos estudos transicionais. Bilsky analisa, com riqueza de detalhes, os entraves da judicialização da restituição pelas atrocidades do Holocausto, investigando as iniciativas dos bancos suíços e das empresas alemãs. A lógica de pesquisa também segue a

---

statt Wirtschaftsvölkerstrafrecht? In: JESSBERGER, Florian et al. (Org.). *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2015. p. 129-144; em profundidade, AMBOS, Kai. *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*: Grundlagen der völkerstrafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen. Berlin: Duncker&Humblot, 2018. p. 7 e ss.

36. Baseado no Relatório Carter – *International Business Machines Corporation*, de 1944, BLACK, Edwin. *IBM e o Holocausto:* a aliança estratégica entre a Alemanha nazista e a mais poderosa empresa americana. Rio de Janeiro: Campus, 2001. p. 87 e ss.; é bastante ampla a literatura sobre a cumplicidade das empresas no período Nazi. Para uma análise contundente sobre a aliança Krupp/Heidegger/Hitler ANDREASSI CIERI, Alejandro. *Arbeit macht frei:* el trabajo y su organización en el fascismo (Alemania e Italia). Espanha: FIM, 2004. p. 306 e ss.

37. Rudolf Bingel, por exemplo, diretor da *Siemens* nesse período, manteve relações negociais com o General da SS, Heinrich Himmler, e atuou em nome da companhia para mover a máquina de exploração dos campos de concentração, expropriação de companhias dos territórios invadidos, e articulação dos negócios em cooperação com a SS.

38. RAMASASTRY, Anitta. Corporate complicity: from Nuremberg to Rangoon: an examination of force labor cases and their impact in the liability of multinational corporations. *Berkeley Journal of International Law*, [S.l.], v. 20, p. 91-159, 2004.

verificação dos aspectos estruturais e a organização burocrática dos crimes cometidos pelo autoritarismo nazista e seus vínculos com a cooperação do setor privado. Bilsky apoia-se em inteligente argumentação teórica, demonstrando a centralidade da vitimização coletiva para a determinação do caráter coletivo da culpa e do compromisso moral de reconhecimento, reparação e restituição.[39]

Entre as experiências internacionais igualmente relevantes para a pesquisa, o caso argentino assume especial destaque[40] e, dadas as afinidades do autoritarismo na América Latina, pode ser particularmente revelador. Observam-se historicamente casos de alta relevância, como os processos em face da *Mercedes-Benz*, *Ledesma*, *Ford Motors*, *La Fronterita*, *Techint SA* e *Papel Prensa*,[41] e esquemas de desvio de recursos públicos para as corporações. As empresas não se beneficiavam simplesmente a partir de investimentos diretos, mas também pela dívida pública e deterioração das finanças públicas. Em últimas consequências, a manobra da agenda econômica que leva a ciclos de privatizações. Tal como demonstrado por Horacio Verbitsky e Juan Pablo Bohoslavsky, essa prática sistemática é conhecida como "compra de lealdade civil de setores estratégicos da indústria por parte do Estado".[42]

Sob a coordenação de Eduardo Basualdo, produziu-se muito interessante relato científico para se determinar os vínculos e a cumplicidade do *Banco de La*

39. As implicações sobre a implementação concreta da transição a partir das teses de "justiça procedimental" (*procedural justice*) merecem o cuidado de uma investigação específica (BILSKY, Leora. The Holocaust... op. cit., p. 166 e ss.).

40. Em dossiê elaborado pelo Ministério da Justiça argentino sobre a responsabilidade dos empresários por violação de direitos humanos na última Ditadura argentina, com delimitação na identificação dos vínculos entre as corporações e as práticas de repressão aos trabalhadores sob comando das Forças Armadas. O dossiê é baseado em coleta de evidências e sistematização dos casos, com observação das diretrizes do Exército, entrega de informação, aporte de recursos logísticos e materiais, instalação de centros clandestinos de detenção e sequestro coletivo nas próprias fábricas (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN. *Responsabilidad empresarial en delitos de lesa humanidad:* represión a trabajadores durante el terrorismo de Estado. 2015. t. I e t. II). Veja-se, também, CAVANA, Leonardo. *Responsabilidade empresarial e terrorismo de Estado na Argentina*. [S.l.]: CIDH, 2016.

41. GARCÍA MARTÍN, Laura. Transitional Justice... op. cit., p. 179-188.

42. BOHOSLAVSKY, Juan Pablo; OPGENHAFFEN, Veerle. The past and present... op. cit., p. 157-203; CASTELLANI, Ana. *Estado, empresas y empresarios. La construcción de ámbitos privilegiados de acumulación entre 1966 y 1989*. Buenos Aires: Prometeo, 2009. 290 p.; veja-se, também, PUCCIARELLI, Alfredo. *Empresarios, tecnocratas y militares:* la trama corporativa de la última dictadura. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2002. 200 p.

Nación e os períodos de ditadura militar na Argentina. A estratégia de pesquisa consistiu em demonstrar como as instituições financeiras foram essenciais para a manutenção do modelo econômico militar e como os empréstimos às Forças Armadas foram decisivos na estruturação das graves violações de direitos humanos do período. O *Banco de la Nación*, apesar de haver tido um papel marginal no mercado financeiro em nível internacional, foi suficientemente influente para ser considerado o "braço financeiro" do aparato repressivo do Estado argentino, financiando o complexo industrial militar, canalizando os recursos destinados a financiar o dispositivo bélico e repressivo das Forças Armadas. Basualdo et al. demonstraram que a cumplicidade das instituições financeiras foi fundamental para a implementação da política de crédito, insubstituível para o funcionamento da produção agropecuária, principal base da cadeia de produção argentina, revelando, inclusive, articulação entre as redes empresariais brasileira e argentina, com mútuas concessões de créditos e financiamento do aparato militar.[43] Essa demonstração da "rede de redes empresariais" que financiaram o militarismo na América Latina é agenda muito promissora. Seria bem possível cruzar a *accountability* de instituições financeiras brasileiras e argentinas[44] e o recorte transicional poderia extrair dos resultados uma melhor compreensão da *accountability* (especialmente a bancária) e um tratamento mais consistente das questões de sigilo e confidencialidade (v. *infra*).

Sobre o caso brasileiro, interessa por agora apenas delimitar as características elementares da rede empresarial que financiou o regime autoritário e expor, a partir de nossa experiência histórica, a relação de continuidade como uma das qualidades essenciais da JTC. Leigh Payne analisou a tolerância das elites

43. Tal qual acentua Basualdo, "[...] a decir verdad, no se trató de meras acciones arbitrarias adoptadas por el directorio en favor de determinados intereses empresarios – como el caso del Banco Ganadero y sus firmas asociadas a través del funcionamiento de la "mesa de dinero" de la institución, [...], sino que llevó a cabo una política cuyo objetivo fue impulsar un achicamiento institucional interno en favor de la expansión financiera del sector privado, así como la acentuada ampliación del crédito internacional para la incorporación de divisas que permitieran la consolidación de la valorización financiera y el financiamiento del Estado dictatorial". Amplamente sobre, os estudos reunidos em BASUALDO, Eduardo et al. (Org.). *El Banco de la Nación Argentina y la Dictadura*: el impacto de las transformaciones económicas y financieras en la política crediticia (1976-1983). Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2016. 320 p.

44. Veja-se, por exemplo, BOHOSLAVSKY; Juan Pablo; TORELLY, Marcelo. Financial complicity: the Brazilian Dictatorship under the "macrocospe". In: SHARP, David (Org.). *Justice and economic violence in transition*. New York: Springer, 2014. p. 233-262.

brasileiras na sustentação do regime autoritário[45] e, posteriormente, sua rearticulação em favor da abertura do regime, motivada por elevados custos financeiros e políticos. Mais tarde, juntamente com Gabriel Pereira, as investigações ganharam em sofisticação, baseadas na convergência de métodos de pesquisa (ética negocial, direitos humanos e Justiça de Transição) e em combinações bastante reveladoras sobre a cumplicidade das corporações com o regime autoritário no Brasil.[46]

A experiência brasileira segue sendo bastante limitada em termos de fontes históricas – fontes não organizadas na literatura e relatos que integram os Relatórios da Comissão Nacional da Verdade e Justiça, e estaduais, como a Comissão Rubens Paiva, do Estado de São Paulo –, e o que se pode inferir dos elementos nelas observados diz respeito apenas à ênfase na mediação de rede empresarial liderada pela *Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP)*.[47] De acordo com testemunhos que constam do levantamento das comissões, a *FIESP* ofereceu quantias substanciais de dinheiro para suportar o aparato repressor. A *FIESP* sediava o encontro entre diretores e militares em sua propriedade privada, articulava dinheiro de muitas das empresas icônicas que apoiaram o regime, gerenciando o financiamento dos gastos militares e medidas repressivas perpetradas pela *Operação Bandeirantes (OBAN)*, o *Departamento de Ordem Política e Social (DOPS)* e o *Departamento de Operações de Informação-Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI)*, as marcas mais famosas da truculência no país.[48] O que

45. PAYNE, Leigh. *Brazilian industrialists and democratic change*. Baltimore: Johns Hopkins Press, 1994. 248 p.

46. PAYNE, Leigh; PEREIRA, Gabriel. Corporate complicity in International Human Rights violations. *The Annual Review of Law and Social Science*, [S.l.], v. 12, p. 1-22, 2016.

47. BARBOSA, Célio André. A FIESP e o Estado Novo: de escudeiros a opositores (uma breve história do empresariado industrial paulista e a crise do regime autoritário) – 1979 a 1985. Dissertação (Pós-Graduação em Geografia Humana) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 125 e ss.; veja-se, também, MENDONÇA, Ricardo. Papéis de militares expõem atuação da FIESP no Golpe de 64. *Folha de São Paulo*, 01.06.2014.

48. Na experiência brasileira, o aparato repressor articulava-se com o IPES (Instituto de Pesquisas Sociais), no qual se formulava a orientação estratégica da agenda militar, inclusive por meio da educação executiva. Sobre a centralidade dos gestores educados nessa linha, DREIFUSS, René Arnaud. *1964:* a conquista do Estado. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1981. p. 140. Beatriz Kushnir, em *Cães de Guarda*, demonstra como Delfim Netto, proeminente acadêmico da Universidade de São Paulo e Ministro da Economia durante o regime militar no Brasil, foi pessoalmente responsável pela mediação dos

é ainda pior, a cumplicidade se estende à presença dos EUA no Brasil durante o Regime Militar, havendo uma série de relatos e documentos evidenciando que o Cônsul dos EUA, à época, visitou o DOPS e o DOI-CODI em sessões de tortura, juntamente com CEOs de alto escalão.[49]

No caso brasileiro, não se trata de mera coincidência entre gastos militares, *accountability* bancária e performance econômica de setores da indústria. O que falta ser investigado com maior precisão é a relação de continuidade entre a rede empresarial que financiou a Ditadura Militar,[50] a rede empresarial inscrita no cerne das operações de *enforcement* a escândalos corporativos e a rede empresarial que move a retórica da renovação da cultura organizacional. Na historiografia brasileira, dificilmente se encontram empresas que não hajam mantido conexões com a OBAN, ou que o Estado ditatorial não tenha criado ambiente fértil para as empreiteiras nacionais. Ironicamente, as mesmas empresas figuram como protagonistas da Operação Lava Jato, como enfatizado na monografia "Estranhas catedrais".[51] Na verdade, há todo um expediente político favorável à continuidade da ignorância e à cumplicidade moral com respeito às injustiças sociais.

Ainda sobre essa relação de continuidade da cumplicidade de rede empresarial no Brasil com o regime autoritário, inclusive como forma de justiça não realizada,[52] dois eventos recentes merecem destaque, um deles envolvendo cumplicidade de instituição financeira, e outro cumplicidade da indústria automobilística. A

---

acordos entre a FIESP, o mundo corporativo e o aparato repressor da OBAN (KUSHNIR, Beatriz. *Cães de Guarda*. São Paulo: Boitempo, 2004. 404 p.). Em *Brasil Nunca Mais* e *Memórias de uma Guerra Suja*, OBAN, DOI-CODI e o DOPS utilizaram a infraestrutura privada de uma série de empresas para sequestrar, manter cárcere privado e torturar, GUERRA, Cláudio. *Memórias de uma guerra suja.* Rio de Janeiro: Tropbooks, 2012. 291 p.

49. Mais sobre, BANDEIRA, Moniz. *Brasil – Estados Unidos:* a rivalidade emergente (1950-1988). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1989.

50. Mais sobre, COGGIOLA, Osvaldo. *Governos militares na América Latina:* a era das ditaduras Chile, Argentina e Brasil, luta armada e repressão. São Paulo: Contexto, 2001. p. 51; SENRA, Álvaro de Oliveira. Após Geisel: crise do desenvolvimentismo e afirmação do neoliberalismo no Brasil. In: FREIXO, Adriano et al. (Org.). *A ditadura em debate:* Estado e sociedade nos anos do autoritarismo. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005. p. 186 e ss.

51. CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. *Estranhas catedrais:* as empreiteiras brasileiras e a ditadura civil-militar, 1964-1988. Juiz de Fora: Eduff, 2017. 444 p.

52. SOARES, Inês Virgínia; FECHER, Viviane. Empresas privadas e violações de direitos humanos: possibilidades de responsabilização pela cumplicidade com a Ditadura no Brasil. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, v. 10, p. 390-431, 2013.

cumplicidade das instituições financeiras com regimes autoritários tende a ser altamente lucrativa e não foi diferente no Brasil. Em 1967, o *Banco Itaú* ocupava a oitava posição no setor bancário, mas deixa o regime com a aquisição de centenas de agências em todo o país, como indicado pela Comissão Nacional da Verdade. Curiosamente, no ano de 2014, o mesmo banco envolveu-se em situação judicial delicada por haver publicado calendário ("folhinha") na qual se celebrava o dia 31 de março de 2014. Ademais de *recall*, pouco se sabe sobre qualquer outra iniciativa ou apologia devida.[53]

Mais recentemente, a *Volkswagen (VW)* foi indiciada pelo Ministério Público Federal em razão de violações de direitos humanos durante a Ditadura Militar brasileira, sem, no entanto, impacto mais substancial. Sob a coordenação do historiador alemão Christopher Kopper, a *VW* elaborou um parecer que avalia seu papel durante o período, cujas principais teses consistem em: 1) *VW* foi forçada a expandir o parque industrial, por força das políticas protecionistas dos militares; 2) *VW* reconhece que alguns executivos eram de fatos ex-militantes do regime Nazi, enfatizando que a orientação conservadora era desses indivíduos (habilmente cindindo, conforme interpretamos, a postura individual da cultura corporativa, dada a tendência à neutralidade da cumplicidade da *VW* no período ditatorial); 3) *VW* estava integrada à *FIESP*, mas nega que haja oferecido apoio financeiro; 4) *VW* reconhece que o antigo CEO da empresa celebrava o sequestro de representantes dos sindicatos; 5) *VW* reconhece haver empenhado políticas salariais de baixo custo e haver explorado ambiente legislativo frágil para manipular a relação com os sindicatos; 6) *VW* reconhece o uso de veículos para fins de transporte militar, apesar de questionar qual outra forma de contribuição por falta de evidências consistentes; 7) *VW*, apesar de haver reconhecido, coloca em dúvida a colaboração entre a segurança privada da empresa e a polícia; 8) *VW* reconhece a indiferença em relação à devida diligência e *background check* de pessoas vinculadas ao regime Nazi.[54] Trata-se de documento bastante impor-

53. SOARES, Inês Virgínia; BOHOSLAVSKY, Juan Pablo; TORELLY, Marcelo. Responsabilidade empresarial. *Folha de S. Paulo*, 06.03.2016.

54. O estudo aborda ainda a relação da administração da VW do Brasil e da matriz alemã com a liderança política durante a ditadura, analisando quais interesses econômicos pessoais, qual ideário colonialista e quais estereótipos políticos e estruturas oportunistas econômicas foram determinantes para a atitude perante o governo de ditadura e durante esta. O relatório da VW aponta privilégios tributários específicos e políticas de incentivo da política cambial, valendo-se das questões internas e da política judiciária da ditadura, além de cumplicidade na negação de direitos básicos ao trabalhador,

tante para a compreensão da cumplicidade das empresas com a Ditadura brasileira, mas ainda está longe do que se espera com a JTC. O diálogo que se espera com o setor privado para a reconstrução social pós-conflito é bem outro.

5. *Corporate accountability*, cumplicidade e responsabilidade jurídica

O domínio do conhecimento sobre as práticas transicionais no âmbito corporativo é essencial para melhor dimensionar os múltiplos níveis de vitimização e violação de direitos humanos. É também o que permite fundamentar, com mais consistente evidência científica, mecanismos de responsabilização, jurídica e moral, acompanhados de estratégias viáveis de restauração. Sem isso, dificilmente se pode esperar maior influência do setor privado no uso de seus recursos para fins de acerto de contas das empresas com o processo democrático. Para a construção da categoria analítica da JTC, há quatro etapas fundamentais: a) *corporate accountability*; b) cumplicidade; c) atribuição de responsabilidade jurídica e moral; d) reconstrução social pós-conflito. Por agora, serão discutidas apenas as três primeiras. Responsabilidade jurídica e moral serão analisadas em dois tópicos distintos.

O estudo da cumplicidade corporativa tem por finalidade definir dois capítulos essenciais da JTC: 1) o tipo de comportamento corporativo que poderia ser compreendido como *corporate accountability* por violação de direitos humanos; 2) a modalidade sancionatória. Conceitualmente, ela diz respeito à contribuição ao comportamento corporativo socialmente danoso. Mais recentemente, essa contribuição não se limita a sua configuração jurídica, abrindo-se a manifestações de cumplicidade moral, bem ao gasto de recomendações mais recentes no campo da relação entre empresa e direitos humanos.

As possibilidades de aplicação prática da responsabilidade empresarial se depararam historicamente com ambientes regulatórios frágeis, ausência de mecanismos de *enforcement* e entraves postos ao processo penal empresarial,[55] em

KOPPER, Christopher. *A VW do Brasil durante a Ditadura Militar brasileira 1964-1985*. Wolfsburg: Dieter Landerberger, 2017. p. 112 e ss.

55. "[...] investigations and prosecutions are difficult and cost-intensive. In situations of political transition, as well as ongoing conflicts, impunity is wide-spread, so often efforts of fact-finding are limited to concentrating on the direct perpretators and the 'main' atrocities. It is thus paradoxical that, since business actors generally operate in these contexts, their involvement in human rights abuses and crimes is often not at

cenário generalizado de falha moral do sistema de justiça criminal. Não é por acaso que se recorre à litigância no campo dos direitos humanos, muito embora haja também aí uma série de dificuldades de harmonização dos critérios no exercício da jurisdição e articulação de tratado internacional,[56] insuficiências institucionais ou legislativas nos contextos domésticos,[57] além da nada fácil tarefa de delimitar o que é um direito humano (a extensão da sua violação, sua conexão com uma obrigação positiva de proteção, como e sob que nível de individualização de comportamento está ou não vinculado a um processo de vitimização no âmbito corporativo).[58] Valendo-se desse uso estratégico dos direitos humanos para

---

the centre of investigations, either in national or international prosecutions or in UN missions or transitional justice mechanisms" (GARCÍA MARTÍN, Laura. Transitional Justice... op. cit., p. 83). Para a compreensão dos limites da atribuição de responsabilidade jurídica às empresas, ENGELHART, Mark. International criminal responsibility of corporations. In: BURCHARD, Christoph et al. (Org.). *The Review Conference and the Future of the Internacional Criminal Courts*. Alphen: Kluwers, 2010. p. 175-190.

56. Talvez haja excesso de expectativa em torno de um tratado internacional que regule a violação de direitos humanos no âmbito corporativo, DEVA, Surya. Scope and proposed Business and Human Rights Treaty: navigatin through normativity, law and politics. In: DEVA, Surya et al. (Org.). *Building a treaty on Business and Human Rights*. Cambridge: Cambridge Press, 2017. p. 154-183; com ênfase no *enforcement* de obrigações *diretas* às corporações definidas no âmbito internacional, LOPEZ, Carlos. Human Rights legal liability for business enterprises: the role of an international treaty. In: DEVA, Surya et al. (Org.). *Building a treaty on Business and Human Rights*. Cambridge: Cambridge Press, 2017. p. 299-317. Veja-se, também, CLAPHAM, Andrew. *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. Oxford: Oxford Press, 2006. p. 437 e ss.; CLAPHAM, Andrew. Human Rights Obligations for Non-State Actors: Where are we now? In: LAFONTAINE, Fannie et al. (Org.). *Doing Peace the rights way*. Cambridge: Intersentia, 2019. p. 11-35.

57. CAHILL-RIPLEY, A. Foregrounding socio-economic rights in transitional justice: realising justice for violations of economic and social rights. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, [S.l.], v. 32, p. 183-213, 2014; ZERK, Jennifer. Corporate liability for gross human rights abuses: towards a fairer and more effective system of domestic law remedies. *UN High Commissioner Report*, [S.l.], 2013, 114 p.

58. "Human suffering and consequently human rights are prominent issues of concern to many stakeholders, and corporations are therefore expected to consider human rights in their international activities. However, as human rights issues are given different priority and contents by stakeholders, corporations are faced with a multitude of expectations and non-expectations from various organisations, grassroots, investors, consumder, and other stakeholders. Often such expectations are expresses in various principles, guidelines and codes of conduct of different scope, detail and realism, allowing corporaitons no possibility of meeting all such, often single-minded or even

atrair o interesse da prestação jurisdicional – e, de alguma maneira, veicular a voz das vítimas –, Paige Arthur, de forma bastante sugestiva, apontou como a Justiça de Transição, senão decisiva, foi ao menos o começo da mobilização de atores estratégicos para remodelar as dimensões da *corporate accountability* e a própria concreção dos direitos humanos.[59] Kathryn Sikkink chegou inclusive a elaborar a noção de "justiça em cascata" (*Justice Cascade*), estabelecendo correlações entre *law enforcement* de direitos humanos e mudanças no plano político.[60] O uso estratégico da litigância em direitos humanos, como não poderia deixar de ser, é bastante criticado, tanto por seu caráter excessivamente idealista,[61] por vezes até ingênuo, como pelo fato de que nem sempre são necessárias as mediações políticas de direitos humanos para mover iniciativas corporativas com propósito ético.

---

contradicting, expectations. No definitive answer is given to the scope of human rights responsibility corporations should apply" (ADDO, Michael. *Human rights standards and the responsibility of transnational corporations*. Haag: Kluwer, 1999. p. 171-186). Sem embargo, é preciso ter maior clareza quanto às condutas a serem submetidas à responsabilização, KUBICIEL, Michael. Menschenrechte und Unternehmensstrafrecht: eine europäische Herausforderung – Kölner Papier zur Kriminalpolitik. Köln: Universität zu Köln, 5/2016. p. 2-15; PIETH, Mark. Corporate compliance and Human Rights: setting the scene. *Criminal Law Forum*, [S.l.], v. 29, p. 595-601, 2018; em perspectiva crítica e mais afeita à experiência latino-americana, BÖHM, Maria Laura. Empresas transnacionales, violaciones de derechos humanos y violencia estructural en América Latina: un enfoque criminológico. *Revista Crítica Penal y Poder*, Universidad de Barcelona, n. 13, p. 41-65, 2017.

59. ARTHUR, Paige. How "transitions" reshaped human rights: a conceptual history of Transitional Justice. *Human Rights Quarterly*, [S.l.], v. 31, n. 2, p. 321-367, maio 2009; BERNAZ, Nadia. *Business and Human Rights:* history, law, and policy – bridging the accountability gap. London: Routledge, 2017. p. 81 e ss. Especialmente no que diz respeito à aplicação da legislação norte-americana, *Alien Tort Claims Act*, há relevante repertório de casos sobre responsabilidade por cumplicidade corporativa, MICHALOWSKI, Sabine. Doing business with a bad actor: how to draw the line between legitimate comercial activities and those that trigger corporate complicity liability. *Texas International Law Journal*, [S.l.], v. 50, p. 404-464, 2015. Mais sobre, CHAMBERS, Rachel. The Unocal settlement: implications for the developing law on corporate complicity in Human Rights abuses. *Human Rights Brief*, [S.l.], v. 13, p. 14-17, 2005.

60. SIKKINK, Kathryn. Justice cascade... op. cit., p. 229 e ss.

61. OLSEN, Tricia et al. *Transitional justice in balance:* comparing processes, weighing efficacy. Washington: Institut of Peace, 2010. 248 p.; em crítica contundente, McAULIFFE, Padraig. The roots of transitional accountability: interrogating the "justice cascade". *International Journal of Law in Context*, [S.l.], v. 9, p. 106-123, 2013.

Tradicionalmente, essa interface entre empresa e direitos humanos remonta aos estudos originais de John Ruggie,[62] que resultaram nos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos do Conselho de Direitos Humanos da ONU, em 2011. Na tentativa de delinear a *accountability* das corporações, Ruggie também desenvolveu a noção genérica de "esfera de influência", o âmbito de proteção dos direitos humanos pelos quais as empresas poderiam ser responsabilizadas em hipótese de violação,[63] chegando mesmo a influenciar os contornos de programas de *compliance* em direitos humanos, especialmente orientado a organizações empresariais que operam em contextos de corrupção massiva, zonas de conflito ou situações com um elevado risco de que a cumplicidade possa ocorrer. Entretanto, a expectativa de comportamento cooperativo voluntário acerca das medidas propostas pela ONU não parece haver resultado em efetividade de políticas regulatórias. Para além do clássico paradigma voluntarista que permeia o direito internacional,[64] o conceito de cumplicidade não é definido nos Princípios Orientadores de forma suficientemente clara para permitir uma avaliação dos riscos de cumplicidade como parte do processo de *due diligence* ou devida diligência.[65] Dessas diretrizes também constam as condições que devem ser

62. RUGGIE, John. Report of the SRSG on the issue of Human Rights and Transnational Corporations and other business enterprises. In: *Claryfying the concepts of 'spheres of influence' and 'complicity'*, 2008.

63. WETTSTEIN, Florian. The duty to protect: corporate complicity, political responsibility, and Human Rights advocacy. *Journal of Business Ethics*, [S.l.], v. 96, p. 33-47, 2010.

64. Nas últimas décadas, houve esforços para regular o impacto do comportamento corporativo social e ambientalmente danoso. Muitas estratégias se orientaram pelo paradigma da *soft regulation* que, apesar de envolver menores custos de soberania para os Estados, estabelece obrigações de cunho apenas indicativo e voluntarista. Embora não haja consenso sobre a natureza vinculante da *soft law,* os instrumentos de *soft law* no campo dos direitos humanos criam potencialmente padrões de conduta esperados que podem ter valor normativo, na medida em que prescrevem padrões de comportamento esperado, NOLAN, Justine. The corporate responsibility to respect human rights: soft law or not law. In: DEVA, Surya et al. (Org.). *Human Rights obligations of business:* beyond the corporate responsibility to respect? Cambridge: Cambridge Press, 2013. p. 138-160.

65. Sabine Michalowski explora o dever de *due diligence* como instrumento direcionado à gestão de risco, com a finalidade de orientar a tomada de decisões. A falta de definição jurídica da cumplicidade deixa os processos de *due diligence* flexíveis, seja como autoavaliação, quer como avaliação de terceiros. Michalowski critica que, na prática, as diligências em direitos humanos são facilmente manipuláveis para obter tratamento mais benéfico do sistema jurídico penal e controlar os riscos de responsabilização jurídica, sem expressar comportamento ético ou proteção concreta a direitos humanos

preenchidas para se interpretar a cumplicidade (*Report International Comission of Jurists Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes, Corporate Complicity and Legal Accountability*).

Em função desse contexto, convencionou-se a diferenciação da cumplicidade em três níveis básicos: a) direta (*direct corporate complicity*); b) indireta (*indirect or beneficiary corporate complicity*); e c) mediante silêncio. Por a) cumplicidade direta, entende-se a decisão concreta de cometer a violação de direitos humanos. Por sua vez, b) cumplicidade indireta refere-se a (*aiding and abetting*) benefício ou a outras violações e silêncio ou a inação em relação a violações de direitos humanos por parte dos governos/regimes locais. Na c) cumplicidade mediante silêncio (*silence or inaction in the face of a host government´s human rights violation*),[66] a empresa não levanta a questão da sistemática ou contínua violação de direitos humanos nas suas interações com terceiros, por meio de uma espécie de "diplomacia do silêncio", ela simplesmente se fazendo presente em contexto autoritário já representa uma violação, fazendo referência ao "dever de não calar" – *duty to speak* – frente à vulneração de direitos).[67] A situação fática varia de atividades empresariais "aceitáveis" (como fornecer comida, vestimenta ou veículos), ações com "duplo propósito" (equipamento eletrônico e computadores, que poderiam ser utilizados com uma a segunda finalidade de rastrear e monitorar civis para fins de classificação racial); ou realização intencional de negócios, desde clara orientação moral e claro propósito, tal qual a venda de gás a campos de concentração.

(MICHALOWSKI, Sabine. Due diligence and complicity: a relationship in need of clarification. In: DEVA, Surya et al. (Org.). *Human Rights obligations of business:* beyond the corporate responsibility to respect? Cambridge: Cambridge Press, 2013. p. 218-242). A vagueza no conceito de cumplicidade corporativa também dificulta maiores especulações sobre quais circunstâncias comportamentos como o mero silêncio, a presença em territórios assolados por regimes opressivos ou os benefícios provenientes do abuso cometido por outrem poderiam implicar *non-complicity*. Em sentido semelhante, KUTZ, Christopher. *Complicity*. Cambridge: Cambridge Press, 2000. p. 166 e ss.

66. CLAPHAM, Andrew *et al.* Categories of corporate complicity in Human Rights abuses. *Hastings International & Comparative Law Review*, [S.l.], v. 24, p. 339-349, 2001.

67. RAMASASTRY, Anitta. Corporate complicity... op. cit., p. 91-159; WETTSTEIN, Florian. Silence as complicity: elements of a corporate duty to speak out against the violation of human rights. *Business Ethics Quarterly*, [S.l.], v. 22, p. 37-61, 2012; WETTSTEIN, Florian. Making noise about silent complicity: the moral inconsistency of the "Protect, Respect and Remedy" framework. In: DEVA, Surya et al. (Org.). *Human Rights obligations of business:* beyond the corporate responsibility to respect? Cambridge: Cambridge Press, 2013. p. 243-268.

Posteriormente, a interpretação sobre a cumplicidade foi se especializando. A seu modo, Paine e Pereira delimitam a cumplicidade corporativa com base na contribuição, auxílio ou participação (*aiding and abetting*) em severas violações de direitos humanos (notadamente em casos de genocídio, tortura, crimes contra a humanidade, crimes de guerra), os quais podem ser cometidos pelo Estado ou equivalentes, podendo se dar em meio a conflito civil ou em contexto autoritário.[68] Wolfgang Kaleck e Miriam Saage-Maasz, a seu modo, diferenciam entre 1) corporações que se beneficiam da violência estatal; 2) corporações que facilitam o abuso de direitos humanos; 3) corporações que apoiam diretamente, porém, sem benefício.[69]

Tecnicamente, o debate sobre a "prestação de contas problemática" (*problematic accountability*) analisa se as empresas poderiam ou não haver antecipado que a contribuição ao regime autoritário produziria violações de direitos humanos. Em monografia específica sobre o tema, Christopher Kutz discute casos de prestação de contas problemáticas (*problematic accountability*), buscando os contextos e as relações interindividuais que remontem à persecução de fins comuns. Essa finalidade comum nem sempre permite identificar, com precisão, os processos de vitimização e produção de dano, justificando a noção de "danos coletivos não estruturados" e as distintas formas de cumplicidade propostas por Kutz: cumplicidade sem participação, facilitação e acesso a estruturas de mercado, falha de organização, produção de danos marginais. As distintas manifestações de cumplicidade recomendariam medidas específicas de "prestação de contas moral" (*moral accountability*), variando de atribuição de responsabilidade ao grupo à limitação da participação individual em distintos níveis,[70] inclusive em casos de relações mútuas entre partícipes (*mutual encouragement*).[71]

68. Paine e Pereira também reconhecem a tipologia que diferencia contribuição direta ou indireta, sendo que a primeira ocorreria se houvesse 1) contribuição com violência (*joint criminal enterprise* e conspiração); 2) violação de direitos humanos no âmbito das relações de trabalho, como trabalho escravo; 3) financiamento à repressão de crimes de guerra ou negócios ilícitos, como auferir vantagem a partir dos "diamantes de sangue" (*blood diamonds*), PAYNE, Leigh; PEREIRA, Gabriel. Corporate complicity... op. cit., p. 63-84.

69. KALECK, Wolfgang; SAAGE-MAASZ, Miriam. Corporate accountability for human rights violations amounting to international crimes. *Journal of International Criminal Justice*, [S.l.], v. 8, p. 699-724, 2010.

70. KUTZ, Christopher. Complicity... op. cit., p. 113 e ss.

71. BAKER, Dennis. *Reinterpreting criminal complicity and inchoate participation offences*. London: Routledge, 2018. p. 50 e ss.

Em regimes militares e ditatoriais, pode-se identificar a cooperação de empresas com base em três principais modalidades: 1) obtenção de lucro com a violência praticada pelo Estado; 2) facilitação do cometimento de crimes; 3) hipóteses em que a empresa apoia diretamente o regime opressor ante a afinidade ideológica. Pode-se, portanto, prescindir da afinidade ideológica para a configuração da cumplicidade corporativa, bem porque nem sempre é possível identificar de forma assim tão inequívoca cada um dos critérios (intencionalidade, causação, materialidade, distinguindo com clareza vínculos macrocausais de suporte e mediação do aparato repressor), a se considerar que o comportamento corporativo, no contexto em que se realiza, é mais incoerente do que coerente, incorporando elementos de legalidade e ilegalidade, atuação mais ou menos legítima. Em outros casos, a cumplicidade advém de extrema pressão do entorno dos negócios, muito mais do que uma colaboração consciente com o regime.[72] Ao refletir sobre a questão, Ramasastry analisa situações em que uma empresa opera em Estado no qual continuam ocorrendo massivas violações de direitos humanos. Nesses casos, muitas vezes, a simbiose entre atores transnacionais e Estado é ainda maior, dificultando a atribuição de responsabilidade.[73] Não é incomum, por exemplo, que grandes corporações sejam frequentemente cúmplices de regimes ditatoriais ou opressivos, viabilizando o uso de sua infraestrutura para fomentar ambientes desorganizados e fragilmente regulados. E o pior é que são áreas nas quais, normalmente, a vitimização tende a ser mais intensa.

Seja como for, é necessário determinar com maior precisão as distintas modalidades de cumplicidade, antes mesmo do trabalho técnico próprio da dogmática jurídico-penal. No entanto, falta muito ainda para que seja estabelecido algum critério para diferenciar as formas de cumplicidade corporativa, estipulando as conexões das redes empresariais de financiamento do autoritarismo.

6. Contribuição, causalidade e ações neutras

Tradicionalmente, há três categorias básicas para se determinar juridicamente o alcance da responsabilidade empresarial pela contribuição a dinâmicas autoritárias: 1) causalidade; 2) conhecimento; 3) proximidade. Basicamente, o pensamento jurídico opera em torno dos nexos causais da contribuição, especialmente a facilitação do abuso de direitos humanos, o conhecimento específico sobre a finalidade da atividade empresarial e a previsibilidade do resultado,

72. PAYNE, Leigh; PEREIRA, Gabriel. Corporate complicity... op. cit., p. 63-84.

73. RAMASASTRY, Anitta. Corporate complicity... op. cit., p. 91-159.

determinando-se os vínculos entre empresa e quem viola (a conexão próxima). É esse o referencial interpretativo que permitiria uma melhor construção das conexões entre poder, exercício de influência e oportunidades de mercado, criados em contextos criminógenos, os quais estabelecem as relações entre os regimes autoritários e suas redes de financiamento.

Desde a perspectiva jurídica, o problema mais difícil é determinar a finalidade da contribuição empresarial. Sabine Michalowski analisa a interpretação sobre a noção de "duplo propósito" (*dual purpose*) e os aspectos substanciais da contribuição empresarial à violação de direitos humanos. Para a configuração da cumplicidade corporativa, deve-se identificar, de um lado, a atividade empresarial com finalidade juridicamente permitida e que tem propósito legítimo (a "natureza comercial" da atividade) e, de outro, aquela atividade que, mesmo permitida, é empregada com propósito ilegítimo. Ao se dedicar à análise mais apurada das circunstâncias da contribuição, Michalowski vai além das discussões sobre a atividade empresarial aceitável, extraindo dessa análise mais elementos sobre o fato de que a empresa deveria conhecer os fatos relevantes e prever os efeitos de sua contribuição para que se atribua responsabilidade.[74]

Outra possível abordagem para a interpretação das formas de contribuição empresarial a regimes autoritários é a teoria das ações neutras. O problema consiste em determinar se as corporações poderiam ou não haver antecipado que sua contribuição ao regime autoritário poderia efetivamente produzir violações a direitos humanos. Essas interpretações sobre a extensão da participação das corporações em regimes autoritários oscilam muito. Há, por exemplo, delicadas posições no sentido de que a colaboração com o regime Nazi possa ser considerada neutra ou fungível. Segundo essa interpretação, os gastos militares em tecnologia ou outros recursos seriam neutros porque poderiam ser intermediados, fornecidos ou vendidos por qualquer um. No entanto, sem esses recursos, a solução final seria impensável. Para além da natureza terrificante da destruição em massa, há uma "cooperação econômica fria" (*cold economic cooperation*) entre o regime autoritário e as empresas privadas. A busca pela intencionalidade

74. MICHALOWSKI, Sabine. Doing business with a bad actor: how to draw the line between legitimate commercial activities and those that trigger corporate complicity liability. *Texas International Law Journal*, [S.l.], v. 50, p. 404-464, 2015. Em análise crítica a Michalowski, Burchard explora os possíveis efeitos da procedimentalização da criminalidade corporativa e recomenda mais realismo na interpretação da cumplicidade, BURCHARD, Christoph. Regulating business with bad actors: aiding and abetting and beyond. *Texas International Law Journal*, [S.l.], v. 50, p. 1-8, 2015.

do comportamento, e suas nuances no âmbito corporativo (*corporate mens rea*), nem sempre tem maiores consequências práticas. Um estudo mais interessante seria avaliar como a estruturação de seus procedimentos, a construção de sua personalidade (cultura organizacional) e o seu curso de vida impactam, em maior ou menor medida, nos processos de vitimização e nas violações sistemáticas de direitos humanos, a fim de alcançar uma compreensão substancial da responsabilidade corporativa.

A contribuição empresarial a dinâmicas autoritárias dificilmente se reduz ao esquema de diferenciação lógica mais preciso, do tipo legítima/ilegítima. Essa diferença entre o que é a atividade empresarial legítima e a ilegítima raramente se deixa perceber com maior facilidade e tem, por consequência, a legitimação de abusos e obstrução de práticas transicionais.[75] Como *supra* demonstrado, a contribuição não exige a aferição da afinidade ideológica, daí o problema consistir precisamente em diferenciar o que é uma contribuição reprovável, o que seria uma contribuição funcionalmente adequada à dinâmica do mercado global, ou ainda o que seria uma decisão empresarial contingente, a qual encontra justificações morais na pressão extrema do ambiente no qual opera. A figura de quem se faz "presente, mas não se envolve" (*bystander*), por exemplo, é mais rotineira do que se imagina. Em tese, a maioria das hipóteses de cumplicidade levaria a situações de neutralidade ou fungibilidade (como no caso de fornecimento de alimento ou transporte), à diferença de situações excepcionais e extremas, como o fornecimento de gás letal a campos de concentração.

Com base na participação de indivíduos ("possibilitar, incrementar ou facilitar") – e não de empresas – na comissão de delitos nucleares no financiamento das atrocidades do regime político (*corporate-political core crime*), a analítica de Christoph Burchard especializa a noção de ação neutra como contribuição que não necessariamente oferece um risco a interesses protegidos, podendo, inclusive, compreender práticas aprovadas pela comunidade internacional. Em função disso, haveria então quatro níveis analíticos: 1) envolvimento direto, indireto e auxiliar das organizações empresariais; 2) motivação; 3) atribuição de responsabilidade individual e empresarial; 4) integração da organização empresarial em um Estado. No primeiro nível analítico, as formas de envolvimento diferenciam-se em função da relação causal (fática e normativa) *próxima* ou *remota* entre a conduta do empresário e a comissão do delito. A causalidade atende à verificação de um *continuum*, observado ao longo de cadeia de cursos causais. Na

75. LEEBAW, Bronwyn. The irreconcilable goals of Transitional Justice. *Human Rights Quarterly*, [S.l.], v. 30, p. 95-118, 2018.

contribuição direta, o propósito da ação é mais facilmente perceptível, como no caso do fornecimento do pesticida letal *Zyklon-B* aos campos de concentração ou no emprego de mão de obra em condições análogas à de escravo ou maus-tratos dos trabalhadores, ao passo que, na indireta, as ações nem sempre indicam um dano social ou grau inaceitável de perigo, como doar dinheiro às tropas militares, justamente porque o dinheiro poderia ser utilizado para propósito diverso da prática de crime. No segundo nível, motivação diz respeito à delimitação do papel das empresas e à possível sobreposição ideológica entre prática empresarial e política criminal veiculada pelo Estado em que essas empresas operam, o típico "casamento de conveniências", como na expressão de Jessberger, citada por Burchard. A seu modo, no terceiro nível analítico, a teoria organizacional permite a individualização da conduta e confere maior precisão aos entraves próprios da governança de grandes corporações ou grupos econômicos, problemas de agência e assimetria de informação, criação de espaços de irresponsabilidade organizada e impunidade. O último nível analítico cria as condições para se compreender a simbiose entre empresa e Estado, permitindo mensurar a "corrupção normativa das corporações". Nessa perspectiva, a criminalização de uma contribuição para um crime exigiria, a princípio, uma relação socialmente inaceitável e prejudicial ao cometimento do crime.[76]

A avaliação dos procedimentos da empresa poderia superar os entraves da determinação do dolo na comissão dos delitos contra a humanidade. Poderia haver melhor compreensão sobre o domínio do conhecimento sobre os processos de tomada de decisão na empresa, individualizar a conduta dos CEOs, estabelecer os vínculos entre política econômica e as consequências de favorecimento injusto ou desleal de determinadas empresas em detrimento de concorrentes, que tipo de instrumentos democráticos poderiam ser usados para atribuir responsabilidade aos cúmplices, como assegurar redes empresariais plurais e que assegurem arranjos institucionais para uma rápida e justa reparação ao comportamento corporativo socialmente danoso daquele período.

Para a JTC, as alternativas devem ser pensadas não apenas em relação ao regime passado, mas, sim, em relação às determinantes morais da continuidade da cumplicidade corporativa com dinâmicas autoritárias. A JTC não inspira somente soluções centradas na autoridade do Estado, mas também iniciativas concebidas no âmbito das ordenações privadas. Espera-se que a orientação transicional possa desencadear processos de investigação interna (apuração, reconhecimento e iniciativas de restauração), de tal forma que sejam revistos os limites estreitos do

76. BURCHARD, Christoph. Ancillary and neutral business... op. cit., p. 919 e ss.

que se tem por cumplicidade direta, indireta ou mediante silêncio.[77] Se for assim, a ideia é que a JTC estenda a influência das dimensões morais da cumplicidade para as discussões sobre a integridade nos negócios, substituindo esquemas lógicos mais fechados para determinações ancoradas em verificação empírica do que é tolerável ou intolerável na estruturação normativa da sociedade democrática.

Também nesse particular persiste a ausência de verificação sobre o impacto da cumplicidade corporativa. A falta de referência prolonga ou agrava a violação de direitos humanos e inviabiliza observações mais específicas sobre a gravidade da cumplicidade empresarial, violação de direitos humanos e danos às vítimas por meio de comportamento corporativo socialmente danoso. O aperfeiçoamento da teoria jurídica sobre a contribuição empresarial a regimes autoritários pressupõe maior profundidade normativa na compreensão da atribuição de responsabilidade às empresas e mais consistência empírica para se estabelecer correlações entre financiamento corporativo ao aparato repressor e cumplicidade corporativa com severas violações de direitos humanos, valendo-se do emprego da cadeia produtiva[78] para provocar atrocidades em larga escala.

7. Modalidades sancionatórias

Dados os recentes retrocessos na construção da solidariedade e tolerância em nível global, a oportunidade histórica para o desenvolvimento da JTC não poderia ser apelativa. Apesar disso, impressiona negativamente como são escassos os estudos sobre as possibilidades de atribuição de responsabilidade moral e jurídica em razão de cumplicidade corporativa. Menos ainda é possível encontrar

77. Questões de cumplicidade moral têm sido amplamente discutidas, desde KADISH, Sanford. Complicity, cause, and blame. *California Law* Review, [S.l.], v. 73, p. 323-410, 1985; MELLEMA, Gregory. Legal versus moral complicity. *American International Journal of Contemporary Research*, [S.l.], v. 2, p. 126-129, 2011; COOPER, David. Ideology, moral complicity and the Holocaust. In: GARRARD, Eve et al. (Org.). *Moral Philosophy and the Holocaust*. London: Routledge, 2003. p. 9-24. Há um longo percurso filosófico sobre as dimensões da agência moral coletiva, que não caberiam neste ensaio. Veja-se mais em, HARBIN, Ami et al. Restorative justice in transitions: the problem of "the community" and collective responsibility. In: CLAMP, Kerry (Org.). *Restorative Justice in Transitional Settings*. London: Routledge, 2016. p. 133-151.

78. Problematizando a questão, NOLAN, Justine. Human Rights and global corporate supply chains: is effective supply chain accountability possible? In: DEVA, Surya et al. (Org.). *Building a treaty on Business and Human Rights*. Cambridge: Cambridge Press, 2017. p. 238-265.

em relação a sanções penais ou ainda alternativas de restauração do conflito. A atribuição de responsabilidade em função de situações de cumplicidade das corporações com regimes autoritários segue bastante tímida, no mais das vezes, reduzidas a investigações de *individual accountability* e reparações.

O ponto de partida seria rediscutir a própria qualidade das sanções para inspirar medidas de avaliação da cumplicidade com dinâmicas autoritárias, com a finalidade de reconstrução social pós-conflito ou de consolidação do processo democrático. Isso pode ser bastante promissor para uma profunda redefinição dos estudos criminais sobre por que e como atribuir responsabilidade às empresas. Mesmo diante da fragilidade da implementação institucional da responsabilidade penal empresarial na maioria dos ordenamentos domésticos, e também diante da limitação dos instrumentos processuais e de prova, é bem possível recorrer à imaginação criminológica para se formular estratégias alternativas do acerto de contas com a *accountability* das redes empresariais que financiaram os regimes autoritários.

Entre as modalidades de sanção,[79] multas ou reparações voltadas à compensação financeira têm recebido uma série de objeções. A verdade é que a reparação, como simples compensação financeira, é muito pouco. Um equivalente monetário qualquer não toca as reais necessidades das vítimas, nem é capaz de desafiar a dinâmica autoritária.[80] No caso das instituições financeiras suíças cúmplices do regime Nazi, por exemplo, que sustentaram a compensação financeira com base no *Relatório Bergier*, a questão vai para além da insuficiência da medida compensatória e diz respeito à reconfiguração do que se entende por proteção de sigilo e confidencialidade.[81] A criação de fundos de proteção e reparação às vítimas ou

79. NIETO MARTÍN, Adán. Empresas, víctimas y sanciones restaurativas: como configurar un sistema de sanciones pensando en sus víctimas? In: SAAD-DINIZ, Eduardo et al. (Org.). *Corrupção, direitos humanos e empresa*. Belo Horizonte: D´Plácido, 2018. p. 37-52.

80. KLINZING, Morgan. Denying reparations for slave and forced laborers in World War II and the ensuing Humanitarian Rights implications: a case study of the ICJ´s recent decision in jurisdictional immunities for the State. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, [S.l.], v. 41, p. 775-802, 2013.

81. Há uma série de avaliações críticas sobre o Relatório Bergier, a exemplo de LAMBELET, Jean-Christian. *A critical evaluation of the Bergier Report on Switzerland and Refugees in the Nazi Era:* with a new analysis of the issue. Lausanne: University of Lausanne, 2001. p. 02-78. Para uma análise crítica do papel do sigilo e confidencialidade no período, gerando a ambiguidade de proteção a um só tempo dos judeus e oficiais do regime Nazi, ZUCMÁN, Gabriel. *The hidden wealth of Nations:* the scourge of tax havens. Chicago: Chicago Press, 2015. p. 13 e ss.

medidas equivalentes tampouco têm mostrado resultados mais efetivos, perdendo-se na falta de objetividade e transparência da distribuição dos benefícios, na dificuldade de interlocução com as vítimas ou nas mãos de mediadores que fazem mercancia de tragédias humanas. Reparação, para além da compensação financeira, deve endereçar um sentido histórico mais amplo, profundo e humanístico; reparação é acerto de contas, é, em últimas consequências, a experimentação de novas estratégias de realização da memória histórica.

A criação de listas do tipo *naming and shaming*, apostando na ideia de uma abstrata reputação corporativa, apresenta igualmente rendimento insatisfatório, frente às poderosas estratégias de rotinização e de neutralização moral movidas pelas empresas.[82] Sanções econômicas, pressões regulatórias vinculantes ou voluntárias e práticas de embargo tampouco têm gerado consequências mais positivas, afetando o desenvolvimento socioeconômico, performance no mercado e a própria estabilidade das instituições.[83] No âmbito privado, tanto iniciativas corporativas do tipo *corporate amends*, pactos de integridade e sustentabilidade, ou, ainda, as certificações, não têm sido suficientes. Há mais evidência de que essas iniciativas consistem em estratégias utilizadas para evitar a atribuição de responsabilidade[84] do que estejam oferecendo soluções efetivas de reconstrução social pós-conflito. Laura García menciona a criação de certificação como possível iniciativa *multi-stakeholder*, a exemplo do *Kimberley Process Certification Scheme or the Certification of Rough Diamonds*, mas ela própria já reconhece que o *Kimberley Process* deixou os países livres para criar legislação doméstica, vulnerando a implementação da medida no âmbito das instituições.[85] Certificações podem gerar o risco moral (*moral hazard*), de tal forma a abrir espaço para justificação moral para comissão de outras infrações econômicas.[86]

O fato de que corporações mantêm postura ainda reticente segue sendo um dos principais obstáculos à elaboração de medidas sancionatórias mais eficazes.

82. BARAK, Gregg. *Unchecked corporate power:* how multinational corporations are routinized away and what we can do about it. London: Routledge, 2017. p. 3 e ss.

83. ARAGON-CORREA, Alberto et al. The effects of mandatory and voluntary regulatory pressures on firm´s environmental strategies: a review and recommendations for future research. *Academy of Management Annals*, [S.l.], v. 14, p. 1-37, 2020.

84. LAUFER, William; STRUDLER, Alan. Corporate crime and making amends. *American Criminal Law Review*, [S.l.], v. 44, n. 4, p. 1307-1318, 2007.

85. GARCÍA MARTÍN, Laura. Transitional Justice... op. cit., p. 103.

86. LAUFER, William. Corporate liability, risk shifting, and the paradox of compliance. *Vanderbilt Law Review*, [S.l.], v. 52, p. 1344-1420, 1999.

O nível de informação pública sobre o tema apresenta muito baixa densidade, salvo manifestações isoladas.[87] Apesar dos esforços científicos na área, pouco se pode avançar na perspectiva criminológica. As empresas, em sua maioria, recusam-se a abrir voluntariamente seus arquivos (*voluntary disclosure*) ou a colaborar com provas diretas, levando a investigações sustentadas apenas em testemunhos e provas indiretas. Esses entraves para obtenção voluntária de prova e cooperação por parte das corporações fragilizam os estudos na área, inviabilizando as conexões entre o comportamento corporativo socialmente danoso e as violações de direitos humanos. As evidências sobre a cumplicidade corporativa constituem-se majoritariamente por testemunho, sobretudo em relação às desaparições a pedido das empresas, não muito mais do que isso. O que resta é buscar extrair desses testemunhos informações que permitam organizar os esquemas e as redes a partir dos quais se estruturava o financiamento dos gastos militares, deduzindo daí os mecanismos que garantiam o funcionamento do próprio regime autoritário e das sistemáticas violações de direitos humanos.

Sem poder avançar na obtenção de evidências empíricas que revelam a cumplicidade, o estudo estritamente jurídico da matéria acaba restringindo os efeitos da transição, incidindo ou sobre regime passado ou sobre zonas conflitivas. A perspectiva da transição fica reduzida e não consegue apreender a relação de continuidade e os vínculos entre redes empresariais e dinâmicas autoritárias. A própria compreensão do comportamento e da legitimação democrática da atividade empresarial também se adstringe às formas jurídicas, concebendo as medidas sancionatórias com ênfase na coerção, intimidação e à reprovação do que "não está certo". Por conseguinte, o que se limita é a própria capacidade de estruturar novas modalidades de comportamento cooperativo, redesenhando os arranjos institucionais, políticas regulatórias e estratégias de *enforcement* em torno da solidariedade, obstruindo medidas voltadas à distribuição clara e efetiva dos benefícios da atividade empresarial com a comunidade no seu entorno. É possível fazer muito mais a partir de uma revisão ética da liberdade de ação empresarial.

A judicialização do conflito pode chegar mesmo a inviabilizar ou obstruir avanços estratégicos da Justiça de Transição.[88] As evidências são, em regra, bas-

87. GASPARI, Elio. *A Ditadura Envergonhada*. São Paulo: Intrínseca, 2014. p. 59.

88. "Criminal trials are likewise not good at exposing the truth of complex events like wars. This is because judges cannot possibly acquire a well-rounded knowledge of any phenomenon by a forensic focus on whether one specific actor is guilty of a specific crime. In spite of this myopic focus, criminal trials can add tiny spoonfuls of truth that begin to counter some of the bucketloads of lies about atrocities in war. Truth commissions

tante contingentes e é bem difícil que se apresentem novos documentos de prova ou outras evidências diretas de articulação de empresariado em redes e auxílio sistemático às forças militares Nazi. A estratégia aplicada nesse caso era aumentar o nível de prova indireta, de tal forma que a cumplicidade era considerada uma questão fora de dúvida razoável. Desaparecimentos e ausência dos corpos a serem enterrados criam uma incerteza ontológica entre os sobreviventes. Novamente aqui, ônus da prova e exigências procedimentais impostos pelo devido processo legal alienam o acerto de contas.[89] Além da injustiça, há grave risco de que se absolvam executivos ou se limpe a reputação de determinadas corporações, forjando uma verdade oficial sobre inocência, comportamento empresarial neutro, e não cumplicidade com o regime autoritário. Muitos documentos, de fato, já nem existem mais, mas seguramente deve haver fontes históricas preservadas nos arquivos das empresas, mas a relutância em reconhecimento espontâneo da participação em violações severas de direitos humanos obstrui a construção social de práticas democráticas.

8. Obrigação moral do setor privado diante de tendências autoritárias: o encontro entre JTC e RPC

As corporações, ao não reconhecerem seu papel no passado, deixam de assumir seus próprios erros e, silenciosamente, assentem com dinâmicas autoritárias do presente. Consequência disso, a orientação filosófico-política e argumentos do tipo consentimento passivo, cumplicidade moral (*moral complicity*), aceitação de benefícios injustamente distribuídos, ou, mais indiretamente, oferecer suporte à gestão de cadeia de produção acoplada às estratégias militares não são propriamente concebidos pelos sistemas jurídicos. Na realidade, o amplamente discutido modelo da regulação responsiva perde muito de sua consistência, justamente porque Estado e regulação privada mais dissociam e competem do que constroem mecanismos de cooperação. De um lado, o Estado não dispõe de

and the work of professional historians can in combination with criminal trials deliver much larger dolops of truth, or at least truth-seeking of greater integrity. This is because historiography and truth commissions are designed to be more synoptic, plural, and open-textured in their pursuit of truth in comparison to criminal trials. Historiography is a cumulative discipline" (BRAITHWAITE, John. Many doors to International Criminal Justice. *New Criminal Law Review*, [S.l.], v. 23, p. 1-26, 2020).

89. PASTOR, Daniel. Processi penali solo per conoscere la verità? L´esperienza argentina. In: FRONZA, Emanuela et al. (Org.). *Il superaento del passato e il superamento del presente*. Trento: UTrento, 2009.

mecanismos suficientes e idôneos de atribuição de responsabilidade; de outro, a regulação privada não encontra utilidade na cooperação e aliena a intervenção estatal. É verdade que Braithwaite buscou uma série de alternativas para dar conta desse desacoplamento entre regulação privada e Estado,[90] inclusive criando novas hipóteses de "regulação multidimensional",[91] mas o papel do setor privado segue sendo uma página em branco.

Mas e se pudéssemos contar com as estratégias de regulação privada para fazer frente à ascensão de tendências autoritárias em escala global? Tendo em vista o *deficit* na atribuição de responsabilidade às empresas, talvez seja mesmo o caso de investigar o potencial de ordenações privadas para fomentar a responsabilidade moral das empresas e o papel político da governança corporativa. Com base nos processos de autoconstitucionalização corporativa, surgem novas teses sobre agência moral corporativa, envolvendo iniciativas de corporativas colaborativas, redefinição do interesse público do controle social do negócio e, por conseguinte, a justificação do propósito que, em última instância, confere legitimação à atividade empresarial.[92] É bem verdade que as iniciativas corporativas podem atingir elevado impacto na qualidade/excelência regulatória. Por isso é que um dos desafios centrais para a JTC é demonstrar como essas iniciativas corporativas podem influenciar na promoção de valores democráticos, proteção de direitos humanos e reconstrução social da vida das vítimas.

O tratamento das corporações desde sua condição de agentes que podem ser responsabilizados pela consistência democrática das partes interessadas. Scheerer e Palazzo, como na filosofia política habermasiana, propõem a compreensão das empresas como atores políticos na sociedade global.[93] Pouco se discute so-

90. BRAITHWAITE, John. Responsive regulation and developing economies. *World Development*, [S.l.], v. 34, p. 884-898, 2006.

91. "The multidimensionality message is also consistent with what we know from the transitional justice literature about what works in regulating organizational crimes against humanity by states or insurgents, with multidimensional peacekeeping as more effective in regulating armed groups than any unidimensional strategy, and with the suggestive evidence that wise integration of restorative justice with courtroom justice is likely to be more effective than relying on either alone for the prevention of conventional crime" (BRAITHWAITE, John. Regulatory mix, collective efficacy, and crimes of the powerful. *Journal of White Collar and Corporate Crime*, [S.l.], v. 1, p. 62-71, 2020).

92. HSIEH, Nien-hê. Corporate moral agency, positive duties, and purpose. In: ORTS, Eric et al. (Org.). *The Moral Responsibility of Firms*. Oxford: Oxford, 2017. p. 188-205.

93. SCHERER, Andreas; PALAZZO, Guido. Towards a political conception of corporate responsibility: business and society seen from a habermasian perspective. *Academy of*

bre o tratamento das corporações assumindo elas mesmas a própria responsabilidade, exercendo, por meio de liderança transformativa, padrões privados de composição dos vínculos com regimes autoritários e desenvolvendo estratégias de reconstrução social pós-conflito. Essas mudanças despertaram certos movimentos no mercado,[94] voltados à mudança de orientação da ética negocial por ativismo de *shareholders*, ao engajamento de *stakeholders*[95] e ao giro da responsabilidade *social* – RSC – à responsabilidade *política* corporativa (*corporate political responsibility*) – RPC, da RSC à RPC.[96]

Esse giro da responsabilidade social corporativa para a responsabilidade política corporativa, ou, ainda, do ativismo dos executivos, a compreensão da cumplicidade das corporações deveria intensificar sua cidadania e estimular a agência moral das corporações, readquirindo a legitimação dos negócios perante a sociedade. As corporações performam muitas das funções tradicionalmente vinculadas a uma prestação estatal, inclusive proteção de direitos e *enforcement*

Management Review, [S.l.], v. 32, p. 1096-1120, 2007; SCHERER, Andreas; PALAZZO, Guido. The new political role of business in a globalized world: a review of a new perspective on CRS and its implications for the firm, governance, and democracy. *Journal of Management Studies*, [S.l.], v. 48, p. 899-931, 2011; SCHERER, Andreas; PALAZZO, Guido. Globalization and corporate social responsibility. In: CRANE, A. et al. (Org.). *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility*. Oxford: Oxford Press, 2008. p. 413-431; SCHERER, Andreas et al. Global rules and private actors: towards a new role of the transnational corporation in global governance. *Business Ethics Quarterly*, [S.l.], v. 16, p. 505-532, 2006. No contexto latino-americano, JOUTSENVIRTA, Maria et al. Legitimacy struggles and political corporate social responsibility in international settings: a comparative discursive analysis of a contested investment in Latin America. *Organization Studies*, [S.l.], v. 36, p. 741-777, 2015.

94. Amplamente sobre, SORENSEN, E. Metagovernance: the changing role of politicians in processes of democratic governance. *American Review of Public Administration*, [S.l.], v. 36, p. 98-114, 2006.

95. ROBERTS, Robin. Determinants of corporate social responsibility disclosure: an application of stakeholder theory. *Accounting, Organizations and Society*, [S.l.], v. 17, p. 595-612, 1992.

96. LYON, Thomas et al. CSR needs CPR: corporate sustainability and politics. *California Management Review*, [S.l.], v. 60, n. 4, p. 1-20, 2018; para uma avaliação crítica sobre o "movimento da *corporate accountability*", UTTING, Peter. The struggle for corporate accountability. *Development and Change*, [S.l.], v. 39, p. 959-975, 2008; com ênfase no "*lobby* responsável", BOHNEN, Johannes. Corporate political responsibility (CPR): warum Unternehmen sich offen politisch positionieren müssen. *Zeitschrift für Politikberatung*, [S.l.], v. 7, p. 55-58, 2015.

da regulação da vida negocial da comunidade e do país. A RPC representa essa expansão e, ao menos em tese, a mediação da governança democrática revigora a coesão social na interação entre empresa e sociedade, de tal forma que a RPC poderia promover mais incisivo controle democrático da atividade empresarial, a partir de uma profunda redefinição do papel das empresas na sociedade.

Os abusos da RPC são muitos. Além do perigo de sobreposição de decisões políticas às estratégias de negócio,[97] é claro que não é necessária orientação política para comportamento ético-empresarial ou, o que é ainda pior, pode-se valer de expediente político precisamente para justificar a prática de infrações econômicas. Apesar das ressalvas teóricas, espera-se que do encontro entre RPC e JTC sejam articuladas recomendações estratégicas de ação, não apenas para dar espaço a novos atores ou reforçar o papel político da governança corporativa, mas também com vistas a mobilizar iniciativas corporativas de prestação de contas (*accountability*) e restauração da memória histórica. Há uma série de questões normativas de extrema relevância, tais como o que se entende por ética em um investimento ético, ou a integração de *stakeholders* apenas com a finalidade de justificar moralmente a prática de infrações econômicas. Independentemente disso, RPC e JTC poderiam promover iniciativas corporativas inovadoras, implicando redefinições na própria concepção de justiça e reconstrução social pós-conflito. É a partir desse ponto que a experimentação dessas intersecções poderia expandir o alcance dos estudos transicionais e aperfeiçoar sua performance democrática.

Se for assim, a JTC poderia prover mais do que simplesmente novas formas de reinterpretar a teoria política, econômica ou mesmo jurídica. Para tanto, a saída é uma só: o reconhecimento da cumplicidade, seja na perspectiva jurídica ou moral. É necessário maior engajamento empírico para estabelecer como e quais corporações, CEOs, ou oficiais públicos foram beneficiados durante os regimes autoritários. Sem reconhecimento, cai por terra a indústria da integridade e a cumplicidade velada do mundo corporativo com as dinâmicas autoritárias.

Falta mesmo é definir as estratégias para utilização dos recursos corporativos ao erguer a voz moral em face da ascensão de dinâmicas autoritárias. A JTC deve conduzir a um diálogo mais intenso sobre a moralidade corporativa e à revisão

97. Teóricos do sistema, por exemplo, criticam o modelo deliberativo de Scherer e Palazzo, sobretudo pela tendência à mercancia da moral, uma "*commodity* perigosa" em tempos de antagonismos globais, além do perigo de desdiferenciação funcional, sobrepondo decisões políticas na condução da atividade empresarial, WILLKE, Helmut et al. Corporate moral legitimacy and the legitimacy of morals: a critique of Palazzo/Scherer's communicative framework. *Journal of Business Ethics*, [S.l.], v. 81, p. 27-38, 2008.

do seu papel das empresas em nossa vida cotidiana. E isso não apenas em relação ao tipo de orientação valorativa que as corporações seguem ou deixam de seguir, mas à determinação de qual seria a métrica mais confiável para observar o comportamento ético e qual seria o tipo de justiça social que elas trazem para o debate da regulação da liberdade de ação empresarial. A JTC pode ser bastante apelativa para revisões do curso de vida das empresas, liderando a revisão da moralidade corporativa em torno de novas práticas sociais, segundo as quais o que mais importa é a utilização de recursos privados para inspirar mais resiliência entre comunidades em seu entorno. Ao fim e ao cabo, trata-se da realização de justiça social por força da JTC.

9. Práticas restaurativas em uma configuração transicional

As ciências criminais devem buscar encorajar a experimentação científica e introduzir práticas sociais mais consistentes e inovadoras para a JTC. Estudos criminológicos têm se dedicado cada vez mais às combinações entre práticas restaurativas, punição retributiva e justiça transformativa.[98] As práticas restaurativas, se bem que, em tese, não prescindem de um Estado forte e capaz de exercer controle social formal prioritário às condutas mais severas,[99] podem ser mais dinâmicas e atender, com maior impacto, às necessidades de posicionamento moral diante da ascensão de dinâmicas autoritárias. Apesar de que o emprego de práticas restaurativas para fins transicionais ainda sequer foi testado com alguma consistência, de tal forma a gerar aprendizagens mais permanentes e capazes de

98. Kerry Clamp atrela a noção transformativa às práticas restaurativas de configuração transicional, CLAMP, Kerry (Org.). *Restorative Justice in Transitional Settings*. London: Routledge, 2016. p. 173-189. Também com referência à aproximação transformativa, YEPES, Uprimmy. Transformative reparations of massive gross human rights violations: between corrective and distributive justice. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, [S.l.], v. 27, p. 625-648, 2009. Teoricamente, Gregg Barak acentua quatro benefícios do recurso à leitura transformativa na criminologia: 1) avaliação das causas da vitimização; 2) reconhecimento dos processos de vitimização; 3) reparações; 4) restauração da paz e da segurança perdidas ou nunca obtidas, BARAK, Gregg. *Violence and nonviolence:* pathways to understanding. New York: Sage, 2003. p. 323.

99. Alusão a AIRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation:* transcending the regulatory debate. Oxford: Oxford Press, 1992. 214 p. Desenvolvendo a responsabilidade penal da pessoa jurídica como a expressão desse Estado e priorizando a reação ao comportamento corporativo socialmente danoso, LAUFER, William. *Corporate bodies and guilty minds*. Chicago: Chicago Press, 2006, p. 60 e ss.

evidenciar compromisso e "ciclos contínuos de falha rápida, aprendizagem rápida, adaptação rápida".[100]

Segundo a hipótese da JTC, o deslocamento parcial ao âmbito corporativo permite questionar se há de fato valores e iniciativas corporativas que possam ser combinadas com *enforcement* mais inteligente e punição prioritária à severidade da conduta. De acordo com a JTC, mesmo não havendo possibilidade de qualificação jurídica da responsabilidade, o reconhecimento da cumplicidade moral poderia permitir a exposição pública do comportamento empresarial, notadamente no que diz respeito a questões de memória e identidade coletivas, emoções[101] e vida social democrática impactadas pelo comportamento corporativo socialmente danoso.

É verdade que há poucas evidências sobre a efetividade das práticas restaurativas na redução da criminalidade tradicional.[102] Mas o mau uso da Justiça Restaurativa, no entanto, não deve deslegitimar o uso,[103] inclusive no âmbito corporativo. Dadas as adstringências do controle social formal para a realização da Justiça de Transição, o recurso às práticas restaurativas deveria ser explorado cientificamente, abrindo oportunidade para a desformalização das estratégias de reconstrução social pós-conflito. A responsabilidade empresarial, moral e jurídica, pode assumir diferentes significados em distintas redes sociais (*social networks*). Ao menos em tese, processos menos formalizados e participação efetiva no caso, para além das formas jurídicas tradicionais, poderiam veicular as emoções de remorso e perdão, redimensionando o dano e suas implicações na vida

100. BRAITHWAITE, John. Learning to scale up restorative justice. In: CLAMP, Kerry (Org.). *Restorative Justice in Transitional Settings*. London: Routledge, 2016. p. 173-189.

101. BENNETT, Christopher. *The apology ritual:* a philosophical theory of punishment. Cambridge: Cambridge Press, 2008. p. 145.

102. SHERMAN, Lawrence; STRANG, Heather. *Restorative Justice:* the evidence. London: The Smith, 2007. p. 88 e ss.

103. "Teóricamente, el énfasis en las teorías discursivas es problemático, tal como la crítica criminológica lo deja bien claro: no son las construcciones del pensamento las que conducen la realidade, sino que es la realidade la que ofrece las bases de la construcción de sentido de las interacciones entre ofensor y víctima. Sin embargo, el rechazo teórico-radical – es decir, que el conseno generado puede resolver el conflito, pero no resuelve las contradicciones bajo que se produzco el conflito – no descalifica la búsqueda de soluciones alternativas, nuevas experimentaciones y tests de estrategias para mejorar la situación de las víctimas" (SAAD-DINIZ, Eduardo. Justicia restaurativa y desastres socioambientales en Brasil. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, [S.l.], v. 11, p. 9-25, 2019).

das vítimas,[104] revelando as condições sociais, o tipo de sociedade e a qualidade de valores humanos que podem ser explorados a partir da utilização dos recursos corporativos. Práticas mais dinâmicas poderiam dar uma vazão mais concreta a problemas de cumplicidade moral das empresas com violações de direitos humanos. Pelo mesmo motivo, há muitas expectativas para a reconstrução social pós-conflito e da paz (*peacebuilding*) com suporte do setor privado.[105]

De forma bastante convincente, Clamp sugere a elaboração de "práticas restaurativas em configurações transicionais" (*restoration in transitional settings*), como um "símbolo" muito importante que marca as diferenças entre os regimes e o *rule of law*, abrangendo várias possibilidades de exercício do controle social: conferências com a comunidade, comissões permanentes, monitoramento, capacitações, reintegração do ofensor, reparações, entre outros.[106] Esse talvez seja

104. Além disso, Lawrence Sherman e Heather Strang apresentam uma explicação que conecta teorias da emoção baseadas no *status* e poder, uma vez que, ao menos teoricamente, a justiça restaurativa facilita a "transferência do poder do ofensor à vítima", SHERMAN, Lawrence; STRANG, Heather. Restorative Justice... op. cit., p. 88 e ss.).

105. LAMBOURNE, Wendy. Transformative justice, reconciliation and peacebuilding. In: BUCKLEY-ZISTEL, Susanne et al. (Org.). *Transitional Justice theories*. London: Routledge, 2014. p. 19-30. Em crítica, GREADY, Paul et al. From transitional to transformative justice: a new agenda for practice. *The International Journal of Transitional Justice*, [S.l.], v. 8, p. 339-361, 2014. Com base em Johan Galtung, Laura, em boa síntese, aponta que "[...] the private sector can potentially play an important role in peacebuilding contexts as well as in the prevention of the recurrence of conflict. On the one hand, corporations can engage in the transitional justice process and State reconstruction after conflict or repression, which is a basis for peace. On the other hand, business operations can contribute to encomic prosperity, generating employment and empowering people. Conflict sensitivity and ethical behaviour should broader peace efforts, ranging from conflict prevention to post-conflict reconstruction" (GARCÍA MARTÍN, Laura. Transitional Justice... op. cit., p. 103).

106. Kerry Clamp classifica essas práticas em um plano micro (*interação dos stakeholders*: dimensão instrumental da lei, regulação e resolução de disputas entre partes) e outro macro (*simbólico*: introdução de novos valores e práticas nas instituições e no sistema de justiça), CLAMP, Kerry. Clearing the conceptual haze: restorative justice concepts in transitional settings. In: CLAMP, Kerry (Org.). *Restorative Justice in Transitional Settings*. London: Routledge, 2016. p. 16-36. Tomando por referência a função expressiva dos mecanismos jurídicos de transição, NUZOV, Ilya. Post-conflict justice: extending international criminal responsibility to non-State entities. In: HEFFES, Ezequiel et al. (Org.). *International Humanitarian Law and Non-State Actors*. Haia: T.M.C. Asser Press, 2019. p. 229-262. Em análise crítica das reparações, SANDOVAL, Clara et al. Corporations and redress in Transitional Justice processes. In:

apenas o começo de formas alternativas e de uso mais criativo da *corporate accountability* e dos recursos privados, quer dizer, há muito ainda a ser desenvolvido em relação às práticas restaurativas de orientação transicional. Apesar das muitas ressalvas e dos muitos entraves de implementação prática, a convergência entre práticas restaurativas e transicionais poderia transformar não apenas a forma como se lida com o crime e os problemas sociais, mas também o modo como esses problemas são construídos e solucionados.[107]

As prestações de justiça limitadas às reparações repercutem negativamente na falta de habilidade em formular soluções inovadoras, mas é claro que a implementação prática enfrenta uma série de contingências, ainda carente de mais consistente experimentação científica. E isso a principiar pelas dificuldades de se entabular um diálogo construtivo entre os *stakeholders* envolvidos.[108] Cumpre à JTC propor novos padrões orientados pela combinação inteligente entre processos judiciais e não judiciais. A consequência disso, ao menos teórica, é que práticas restaurativas cuidariam de dar voz às vítimas e promover o diálogo construtivo entre ofensor, vítima e comunidade, de tal forma a permitir que o processo judicial encontre condições favoráveis para priorizar as iniciativas de *enforcement* à responsividade do comportamento corporativo socialmente danoso. Transição pode ser um momento importante de educação moral, podendo apresentar educação negativa ou positiva, de acordo com o impacto dos seus

MICHALOWSKI, Sabine (Ed.). *Corporate accountability in the context of Transitional Justice*. London: Routledge, 2013. p. 93-112.

107. Clamp, em diálogo com as noções de "expropriação do conflito vitimal" e "vítima ideal" de Nils Christie, não deixa de reconhecer as várias formas em que *stakeholders* podem ser negligenciados nessa convergência entre Justiça Restaurativa e Justiça de Transição: 1) nem sempre é possível individualizar ou delimitar vítima e ofensor, inclusive porque o ofensor pode se converter em vítima durante o conflito; 2) práticas restaurativas tendem a "desprofissionalizar" a prestação de justiça, sem conceber propriamente o papel do Estado, seja como ofensor, como vítima ou mesmo como parte essencial da realização da justiça; 3) práticas restaurativas tendem a reproduzir os equívocos da justiça convencional, deixando de promover avanços no sentido de "transformação social em favor de comportamento prossocial". Nada disso significa, contudo, que o potencial das práticas restaurativas com características transicionais deva deixar de ser explorado, CLAMP, Kerry. Restorative justice as a contested response to conflict and the challenge of the transitional context: an introduction. In: CLAMP, Kerry (Org.). *Restorative Justice in Transitional Settings*. London: Routledge, 2016. p. 1-15.

108. Em detalhes, DALY, K. *Victimisation and Justice:* concepts, contexts, and assessment of justice mechanisms. The Hague: *WP International Symposium of the World Society of Victimology*, 2012.

efeitos. Como educação negativa, endereça o juízo de reprovação à cumplicidade com regimes autoritários do passado; como educação positiva, ensina resiliência, sustentabilidade e estratégias para uso dos recursos privados para estruturação normativa da solidariedade e tolerância. É sob esses pressupostos que a reconstrução social pós-conflito com configurações transicionais poderia impactar na estruturação normativa de sociedades democráticas.

10. Novas possibilidades para a vitimologia corporativa

A vitimologia corporativa, tal qual formulada originalmente por William Laufer, corresponde ao campo do conhecimento responsável por conectar os processos de vitimização no âmbito corporativo, o dano provocado pelo comportamento corporativo e as possibilidades de atribuição de responsabilidade às empresas.[109] Desdobramentos posteriores buscaram demonstrar como se dariam os processos de vitimização cometidos pela empresa, entre empresas ou no ambiente interno da empresa.[110] Tomando por referencial a JTC, abre-se uma série de novas possibilidades para a vitimologia corporativa, especialmente no que diz respeito à análise de fontes históricas sobre os danos da tortura, sequestro, cárcere privado, assassinatos que transcendem os indivíduos (*societal harm*) e reparações (*redress*). Delas se podem extrair elementos para a reformulação das categorias criminológicas do dano, comportamento corporativo socialmente danoso e soluções alternativas para a reconstrução social pós-conflito.

Na prática, há ao menos duas estratégias possíveis para enfrentar o desafio da vitimização corporativa que poderiam muito inspirar as ideias justransicionais. Em primeiro lugar, parece bem convincente que a vitimologia corporativa, tal qual ações estratégicas da vitimologia crítica já o fizeram em relação aos crimes tradicionais, poderia se valer do emprego dos direitos humanos, dando vida às necessidades das vítimas nos tribunais. É uma sugestão razoável que os esforços internacionais para atribuir responsabilidade às multinacionais por graves violações de direitos humanos poderiam explorar as lições da vitimologia corporativa, incrementando o impacto na redução da vitimização. Em um segundo momento, o "giro emocional" (*emotional turn*) da pesquisa criminológica

109. LAUFER, William. The missing account of Progressive Corporate Criminal Law. *New York University Journal of Law and Business*, [S.l.], v. 14, p. 01-60, 2017; LAUFER, William. A very special regulatory milestone. *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, [S.l.], v. 2, p. 392-428, 2018.

110. SAAD-DINIZ, Eduardo. *Victimología corporativa*. São Paulo: Tirant, 2020. p. 145 e ss.

desperta questões desafiadoras sobre as possibilidades de realização concreta da vitimologia corporativa, que certamente devem provocar revisões no discurso normativo sobre as emoções e as expressões da vítima.[111] É bem possível explorar diversas conexões entre a voz das vítimas e o cultivo da memória, remorso e ressentimento gerado em contextos autoritários, que fragilizam os esforços de construção de um entendimento comum (*shared understanding*)[112] ou orientação democrática.

O ressentimento não se dirige, necessariamente, aos atos perpetrados. De alguma forma, é um sentimento que não se exaure com a atividade empresarial socialmente danosa, prolongando os efeitos do comportamento corporativo na vida das vítimas. À JTC cumpre melhorar o nível de autocompreensão da dinâmica do ressentimento e do remorso, como forma de legitimar que aquelas corporações, que uma vez suportaram dinâmicas autoritárias, possam utilizar seus recursos para promover práticas democráticas. Isso também é condição necessária para legitimar as iniciativas corporativas de *compliance*, ética negocial e confiança pública na democracia.

Devemos oferecer às empresas a oportunidade histórica de reconciliação, mesmo que muitas das atrocidades cometidas em cumplicidade com regimes autoritários sejam, simplesmente, não restauráveis.[113] Há ainda muitas questões antes do acerto de contas com a *accountability* moral das empresas na JTC, tais como a irreversibilidade da perda da memória coletiva, a difícil reparação às

111. Lawrence Sherman concebe a "justiça emocionalmente inteligente" (*emotionally intelligent justice*) com base nas seguintes características centradas na figura da vítima: 1) expressão das emoções e demanda justa (*fair claim*) por justiça, no lugar de desejo de vingança; 2) direito de não expropriação do conflito; 3) empoderamento no processo, permitindo escolhas e tratamento adequado delas, SHERMAN, Lawrence. Reasons for emotion: reinventing Justice with theories, innovations and research. *Criminology*, [S.l.], v. 41, p. 1-38, 2003.

112. Não é incomum o discurso de que a preservação de um entendimento comum poderia favorecer relações harmônicas e empoderar *stakeholders*, CUNNENN, Chris. When does transitional justice begin and end? Colonised peoples, liberal democracies and restorative justice. In: CLAMP, Kerry (Org.). *Restorative Justice in Transitional Settings*. London: Routledge, 2016. p. 190-210.

113. Wendy Lambourne recorre à reconciliação como o processo de rompimento das barreiras entre vítimas e ofensores, movido pelo fato de que o reconhecimento da perspectiva do outro (ciclos recíprocos de violência ao longo do tempo, sofrimento, perdão, memória) é a base para a reconstrução de confiança mútua, LAMBOURNE, Wendy. Restorative justice and reconciliation: the missing link in transitional justice. In: CLAMP, Kerry (Org.). *Restorative Justice in Transitional Settings*. London: Routledge, 2016. p. 56-73.

vítimas de dano sem que elas sejam retraumatizadas pela reposição no tempo das emoções negativas, ou, ainda, como oferecer às vítimas condições adequadas de exercício ou recusa do perdão. Mesmo em vista de todas as ressalvas, essa reconciliação das redes empresariais pode oferecer uma ponderosa crítica à retórica da integridade, impactando na própria legitimação democrática dos negócios.

Seja como for, a observação do movimento das ideias de Justiça de Transição e seus aprendizados históricos podem ser decisivos para um melhor conhecimento sobre a matéria, sendo essencial para articular os mecanismos jurídicos e a extensão das obrigações morais às corporações. Com base nessa revisão ética da liberdade de ação empresarial, combinando estratégias transicionais e restaurativas, seria bem possível articular soluções de transição (processos de Verdade e Justiça) com iniciativas corporativas inovadoras: criação de procedimentos internos, emprego de canais de comunicação na esfera pública que viabilizem o uso de narrativas das vítimas e a sincera apologia do ofensor como forma de reconhecimento e busca por verdade, justiça, preservação da memória histórica,[114] reformas institucionais, revisão dos códigos de condutas e ética, capacitação interna e de terceiros, engajamento de *stakeholders*, monitoramento de direitos humanos, utilização de medidas sancionadoras ou restaurativas para a reconstrução da coesão social (*social rebuilding*) devassada pelas atrocidades. Isso seria apenas o começo de uma promissora agenda de pesquisa.

11. Conclusão: a JTC como nova geração de estudos transicionais

A categorização da JTC pressupõe análise pormenorizada de cada um dos casos em que se reconheceu a responsabilidade empresarial, extraindo daí as estratégias utilizadas para reconstruir os fatos (processo produtivo, processo conflitivo e processo repressivo). Sem isso, dificilmente se pode entender o lugar da vitimização e violações de direitos humanos perpetradas com a cumplicidade

114. A preservação da memória histórica guarda profunda afinidade com as narrativas e as estratégias empregadas para a reconstrução social pós-conflito. Na leitura de Teresa Phelps, "for this wider healing to occur, the country must participate in the process; the storytelling cannot be private or confidential. The stories must be heard by official representatives of the state and publicly acknowledged. 'The goal is not exorcism but acknowledgment'. The public nature of the storytelling allows the individual victims to see their story as part of a larger narrative about violence and 'to know that one's suffering is not solely a private experience, best forgotten, but instead an indictment of a social cataclysm. It can transform individual victims into a community of survivors" (PHELPS, Teresa Godwin. *Shattered voices:* language, violence, and the work of Truth Commissions. Filadélfia: Penn, 2004, p. 59).

das corporações, muito menos dedicar esforços científicos e mobilização de setores organizados da sociedade para a reconstrução social pós-conflito. A apreensão da JTC como nova categoria analítica poderia melhor orientar a sistematização do conhecimento sobre a *corporate accountability*, sobretudo com base na legitimação da responsabilidade jurídica e moral das empresas. Essa seria a plataforma básica a partir da qual se conecta a figura da vítima, dano, atribuição de responsabilidade e práticas restaurativas em configuração transicional.

Mesmo assim, as corporações ainda não reconheceram – não ao menos com alguma suficiência em relação à reparação e às práticas restaurativas – e estão longe de reconhecerem sua cumplicidade com dinâmicas autoritárias. Para a elaboração da rede empresarial de financiamento de regimes autoritários, demonstrando a articulação dos esquemas de financiamento de forma didática e amplamente acessível, faltam ainda iniciativas ou padrão básico de *accountability*. O reconhecimento da JTC é apenas o começo de uma mobilização científica em torno de mais consistente verificação empírica e observações científicas mais consistentes sobre a cumplicidade com dinâmicas autoritárias.

A principal promessa da JTC é justamente o fato de que ela representa a abertura ao diálogo e à participação das empresas, fundamentada em obrigação moral e propósito democrático, na transição e no enfrentamento à ascensão de dinâmicas autoritárias. A JTC pode servir ao propósito de utilização de recursos do setor privado, estabelecendo parcerias estratégicas em favor da reestruturação normativa de uma sociedade democrática. A JTC deve auxiliar não apenas a melhor compreender a rotinização da agressividade e da ambição do mundo corporativo, ou a dimensionar com maior consistência a extensão do comportamento corporativo socialmente danoso. A um só tempo, a JTC dinamiza a avaliação crítica sobre a desestabilização dos procedimentos democráticos que advém do setor privado e revê o papel das empresas na sociedade, de tal forma a inspirar iniciativas corporativas inovadoras orientadas à reconstrução social pós-conflito.

Parte-se do pressuposto de que o compromisso ético deveria ser inconsistente se alheio ao compromisso histórico democrático. A continuidade histórica da cumplicidade acaba minando a legitimidade das iniciativas corporativas de integridade, especialmente no que diz respeito às melhores práticas de *compliance* e o certo fanatismo moral das operações de *enforcement* para "lavar" a corrupção do país. Seria no mínimo um contrassenso que empresas que sequer reconheceram seu papel no suporte e na superação de dinâmicas autoritárias possam liderar o ideário da ética negocial. Há uma série de injustiças ainda não reconhecidas que deveriam fundamentar a revisão ética da integridade dos negócios no Brasil. A JTC, como nova geração de estudos transicionais, não poderia encontrar melhor oportunidade histórica.

Referências

ADDO, Michael. *Human rights standards and the responsibility of transnational corporations*. Haag: Kluwer, 1999.

AIRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation*: transcending the regulatory debate. Oxford: Oxford Press, 1992.

ALLEN, Michael. *The business of genocide*: the SS, slave labor, and the concentration camps. London: Chapel Hill, 2005.

AMBOS, Kai. *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*: Grundlagen der völkerstrafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen. Berlin: Duncker&Humblot, 2018.

ANDREASSI CIERI, Alejandro. *Arbeit macht frei*: el trabajo y su organización en el fascismo (Alemania e Italia). Espanha: FIM, 2004.

ARAGON-CORREA, Alberto et al. The effects of mandatory and voluntary regulatory pressures on firm´s environmental strategies: a review and recommendations for future research. *Academy of Management Annals*, [S.l.], v. 14, p. 1-37, 2020.

ARENDT, Hannah. *The origins of totalitarianism*. New York: Penguin, 1950.

ARTHUR, Paige. How "transitions" reshaped human rights: a conceptual history of Transitional Justice. *Human Rights Quarterly*, [S.l.], v. 31, n. 2, p. 321-367, 2009.

BAKER, Dennis. *Reinterpreting criminal complicity and inchoate participation offences*. London: Routledge, 2018.

BANDEIRA, Moniz. *Brasil – Estados Unidos*: a rivalidade emergente (1950-1988). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1989.

BARAK, Gregg. *Unchecked corporate power*: how multinational corporations are routinized away and what we can do about it. London: Routledge, 2017.

BARAK, Gregg. *Violence and nonviolence*: pathways to understanding. New York: Sage, 2003.

BARBOSA, Célio André. A FIESP e o Estado Novo: de escudeiros a opositores (uma breve história do empresariado industrial paulista e a crise do regime autoritário) – 1979 a 1985. Dissertação (Pós-Graduação em Geografia Humana) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

BASUALDO, Eduardo et al (Org.). *El Banco de la Nación Argentina y la Dictadura*: el impacto de las transformaciones económicas y financieras en la política crediticia (1976-1983). Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2016.

BENNETT, Christopher. *The apology ritual*: a philosophical theory of punishment. Cambridge: Cambridge Press, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece: a persistência da estrutura administrativa em 1967. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). *O que resta da Ditadura*: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010.

BERNAZ, Nadia. *Business and Human Rights*: history, law, and policy – bridging the accountability gap. London: Routledge, 2017.

BILSKY, Leora. *The Holocaust, corporations, and the Law*: unfinished business. Michigan: Michigan Press, 2017.

BLACK, Edwin. *IBM e o Holocausto*: a aliança estratégica entre a Alemanha nazista e a mais poderosa empresa americana. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

BÖHM, Maria Laura. Empresas transnacionales, violaciones de derechos humanos y violencia estructural en América Latina: un enfoque criminológico. *Revista Crítica Penal y Poder*, Universidad de Barcelona, n. 13, p. 41-65, 2017.

BOHNEN, Johannes. Corporate political responsibility (CPR): warum Unternehmen sich offen politisch positionieren müssen. *Zeitschrift für Politikberatung*, [S.l.], v. 7, p. 55-58, 2015.

BOHOSLAVSKY, Juan Pablo; OPGENHAFFEN, Veerle. The past and present of corporate complicity: financing the Argentinean dictatorship. *Harvard Human Rights Review*, [S.I.], v. 23, p. 157-203, 2010.

BOHOSLAVSKY; Juan Pablo; TORELLY, Marcelo. Financial complicity: the Brazilian Dictatorship under the "macrocospe". In: SHARP, David (Org.). *Justice and economic violence in transition*. New York: Springer, 2014.

BRAITHWAITE, John. Many doors to International Criminal Justice. *New Criminal Law Review*, [S.l.], v. 23, p. 1-26, 2020.

BRAITHWAITE, John. Regulatory mix, collective efficacy, and crimes of the powerful. *Journal of White Collar and Corporate Crime*, [S.l.], v. 1, p. 62-71, 2020.

BRAITHWAITE, John. Criminology, peacebuilding and transitional justice: lessons from the Global South. In: CARRINGTON, Kerry et al. (Org.). *The Palgrave Handbook of Criminology and the Global South*. Basingskote: Palgrave, 2018.

BRAITHWAITE, John. In search of Donald Campbell. *Criminology and Public Policy*, [S.I.], v. 15, p. 417-437, 2016.

BRAITHWAITE, John. Learning to scale up restorative justice. In: CLAMP, Kerry (Org.). *Restorative Justice in Transitional Settings*. London: Routledge, 2016.

BRAITHWAITE, John. Responsive regulation and developing economies. *World Development*, [S.l.], v. 34, p. 884-898, 2006.

BRANTS, Chrisje et al. (Org.). *Transitional Justice and the Public Sphere*: engagement, legitimacy and contestation. Oxford: Hart, 2017.

BUCKLEY-ZISTEL, Susanne et al. (Org). *Transitional Justice theories*. London: Routledge, 2014.

BUNG, Jochen. Nauckes Narrative: Politisches Wirtschaftsstrafrecht statt Wirtschaftsvölkerstrafrecht? In: JESSBERGER, Florian et al. (Org.). *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2015.

BURCHARD, Christoph. Regulating business with bad actors: aiding and abetting and beyond. *Texas International Law Journal*, [S.l.], v. 50, p. 1-8, 2015.

BURCHARD, Christoph. Ancillary and neutral business contributions to "corporate-political core crime". *Journal of International Criminal Justice*, [S.l.], v. 8, p. 919-946, 2010.

BUSH, Jonathan. The Pre-History of corporations and conspiracy in International Criminal Law: what Nuremberg really said. *Columbia Law Review*, [S.l.], v. 109, p. 1095-1261, 2009.

CAHILL-RIPLEY, A. Foregrounding socio-economic rights in transitional justice: realising justice for violations of economic and social rights. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, [S.l.], v. 32, p. 183-213, 2014.

CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. *Estranhas catedrais*: as empreiteiras brasileiras e a ditadura civil-militar, 1964-1988. Juiz de Fora: Eduff, 2017.

CASTELLANI, Ana. *Estado, empresas y empresarios. La construcción de ámbitos privilegiados de acumulación entre 1966 y 1989*. Buenos Aires: Prometeo, 2009.

CAVANA, Leonardo. *Responsabilidade empresarial e terrorismo de Estado na Argentina*. [S.l.]: CIDH, 2016.

CERNIC, Jernej Letnar. *Corporate accountability under socio-economic rig*hts. London: Routledge, 2019.

CHAMBERS, Rachel. The Unocal settlement: implications for the developing law on corporate complicity in Human Rights abuses. *Human Rights Brief*, [S.l.], v. 13, p. 14-17, 2005.

CHAYES, Sarah. *Thieves of State*: why corruption threatens global security. New York: W.W. Norton, 2015.

CLAMP, Kelly. *Restorative Justice in Transition*. London: Routledge, 2014.

CLAMP, Kerry. Clearing the conceptual haze: restorative justice concepts in transitional settings. In: CLAMP, Kerry (Org.). *Restorative Justice in Transitional Settings*. London: Routledge, 2016.

CLAMP, Kerry. Restorative justice as a contested response to conflict and the challenge of the transitional context: an introduction. In: CLAMP, Kerry (Org.). *Restorative Justice in Transitional Settings*. London: Routledge, 2016.

CLAPHAM, Andrew. Human Rights Obligations for Non-State Actors: Where are we now? LAFONTAINE, Fannie et al. (Org.). *Doing Peace the rights way*. Cambridge: Intersentia, 2019.

CLAPHAM, Andrew. *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. Oxford: Oxford Press, 2006.

CLAPHAM, Andrew et al. Categories of corporate complicity in Human Rights abuses. *Hastings International & Comparative Law Review*, [S.l.], v. 24, p. 339-349, 2001.

COGGIOLA, Osvaldo. *Governos militares na América Latina*: a era das ditaduras Chile, Argentina e Brasil, luta armada e repressão. São Paulo: Contexto, 2001.

COOPER, David. Ideology, moral complicity and the Holocaust. In: GARRARD, Eve et al. (Org.). *Moral Philosophy and the Holocaust*. London: Routledge, 2003.

CUNNENN, Chris. When does transitional justice begin and end? Colonised peoples, liberal democracies and restorative justice. In: CLAMP, Kerry (Org.). *Restorative Justice in Transitional Settings*. London: Routledge, 2016.

DALY, K. Victimisation and Justice: concepts, contexts, and assessment of justice mechanisms. The Hague: *WP International Symposium of the World Society of Victimology*, 2012.

DEVA, Surya. Scope and proposed Business and Human Rights Treaty: navigatin through normativity, law and politics. In: DEVA, Surya et al. (Org.). *Building a treaty on Business and Human Rights*. Cambridge: Cambridge Press, 2017.

DOLOWITZ, David; MARSH, David. Who learns what from whom: a review of the policy transfer literature. *Political Studies*, [S.l.], v. 44, p. 343-357, 1996.

DREIFUSS, René Arnaud. *1964*: a conquista do Estado. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1981.

ELSTER, Jon. *Closing the books*: Transitional Justice in Historical Perspective. Cambridge: Cambridge Press, 2004.

ENGELHART, Mark. International criminal responsibility of corporations.

In: BURCHARD, Christoph et al. (Org.). T*he Review Conference and the Future of the Internacional Criminal Courts*. Alphen: Kluwers, 2010.

FALLETI, Tulia; MAHONEY, James. The comparative sequential method. In: MAHONEY, James et al. (Org.). *Advances in comparative-historical analysis*. Cambridge: Cambridge Press, 2015.

FORD, Jolyon. *Regulating business for peace*. Cambridge: Cambridge Press, 2015.

FORT, Timothy. *The role of business in fostering peaceful societies*. Cambridge: Cambridge Press, 2004.

FRANKENBERG, Günther. *Autoritarismus*: Verfassungstheoretische Perspektiven. Frankfurt: Suhrkamp, 2020.

GARCÍA MARTÍN, Laura. *Transitional Justice, corporate accountability and socio-economic rights*: lessons from Argentina. London: Routledge, 2020.

GASPARI, Elio. *A Ditadura Envergonhada*. São Paulo: Intrínseca, 2014.

GREADY, Paul et al. From transitional to transformative justice: a new agenda for practice. *The International Journal of Transitional Justice*, [S.l.], v. 8, p. 339-361, 2014.

GUERRA, Cláudio. *Memórias de uma guerra suja*. Rio de Janeiro: Tropbooks, 2012.

HAGAN, John. *Who are the criminals? The politics of crime policy from the Age of Roosevelt to the Age of Reagan*. Princeton: Princeton Press, 2010.

HALDEMANN, Frank et al. Transitional justice without economic, social and cultural rights? In: RIEDEL, E. et al. (Org.). *Economic, social, and cultural rights*: contemporary issues and challenges. Oxford: Oxford Press, 2014.

HARBIN, Ami et al. Restorative justice in transitions: the problem of "the community" and collective responsibility. In: CLAMP, Kerry (Org.). *Restorative Justice in Transitional Settings*. London: Routledge, 2016.

HSIEH, Nien-hê. Corporate moral agency, positive duties, and purpose. In: ORTS, Eric et al. (Org.). *The Moral Responsibility of Firms*. Oxford: Oxford, 2017.

JESSBERGER, Florian. Die IG Farben vor Gericht: von den Ursprügen eines 'Wirtschaftsvölkerstrafrechts'. *Juristenzeitung*, [S.l.], v. 64, p. 924-932, 2009.

JOUTSENVIRTA, Maria et al. Legitimacy struggles and political corporate social responsibility in international settings: a comparative discursive analysis of a contested investment in Latin America. *Organization Studies*, [S.l.], v. 36, p. 741-777, 2015.

KADISH, Sanford. Complicity, cause, and blame. *California Law Review*, [S.l.], v. 73, p. 323-410, 1985.

KALECK, Wolfgang; SAAGE-MAASZ, Miriam. Corporate accountability for human rights violations amounting to international crimes. *Journal of International Criminal Justice*, [S.l.], v. 8, p. 699-724, 2010.

KAUZLARICH, David. A complicity continuum of state crime. *Contemporary Justice Review: issues in Criminal, Social, and Restorative Justice*, [S.l.], v. 6, p. 241-254, 2003.

KLINZING, Morgan. Denying reparations for slave and forced laborers in World War II and the ensuing Humanitarian Rights implications: a case study of the ICJ´s recent decision in jurisdictional immunities for the State. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, [S.l.], v. 41, p. 775-802, 2013.

KOPPER, Christopher. *A VW do Brasil durante a Ditadura Militar brasileira 1964-1985*. Wolfsburg: Dieter Landerberger, 2017.

KRAMER, Raymond et al. The origins and development of the concept and theory of State-Corporate Crime. *Crime and Delinquency*, [S.l.], v. 48, p. 263-282, 2002.

KRITZ, Neil. *Transitional Justice*: how emerging democracies reckon with former regimes. Washington(?): US Institute for Peace, 1995.

KUBICIEL, Michael. *Menschenrechte und Unternehmensstrafrecht*: eine europäische Herausforderung – Kölner Papier zur Kriminalpolitik. Köln: Universität zu Köln, 5/2016.

KUSHNIR, Beatriz. *Cães de Guarda*. São Paulo: Boitempo, 2004.

KUTZ, Christopher. *Complicity*. Cambridge: Cambridge Press, 2000.

LAMBELET, Jean-Christian. *A critical evaluation of the Bergier Report on Switzerland and Refugees in the Nazi Era*: with a new analysis of the issue. Lausanne: University of Lausanne, 2001.

LAMBOURNE, Wendy. Restorative justice and reconciliation: the missing link in transitional justice. In: CLAMP, Kerry (Org.). *Restorative Justice in Transitional Settings*. London: Routledge, 2016.

LAMBOURNE, Wendy. Transformative justice, reconciliation and peacebuilding. In: BUCKLEY-ZISTEL, Susanne et al. (Org.). *Transitional Justice theories*. London: Routledge, 2014.

LAUFER, William. A very special regulatory milestone. *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, [S.l.], v. 2, p. 392-428, 2018.

LAUFER, William. The missing account of Progressive Corporate Criminal Law. *New York University Journal of Law and Business*, [S.l.], v. 14, p. 01-60, 2017.

LAUFER, William. Commentary on "Who are the Criminals?". *Contemporary Sociology: a Journal of Reviews*, [S.l.], v. 42, p. 679-683, 2013.

LAUFER, William; STRUDLER, Alan. Corporate crime and making amends. *American Criminal Law Review*, [S.l.], v. 44, n. 4, p. 1307-1318, 2007.

LAUFER, William. *Corporate bodies and guilty minds*. Chicago: Chicago Press, 2006.

LAUFER, William. Corporate liability, risk shifting, and the paradox of compliance. *Vanderbilt Law Review*, [S.l.], v. 52, p. 1344-1420, 1999.

LAUFER, William. Where is the moral indignation over corporate crime? In: BRODOWSKI, Dominik et al. (Org.). *Regulating corporate criminal liability*. Heidelberg: Springer, 2014.

LEEBAW, Bronwyn. The irreconcilable goals of Transitional Justice. *Human Rights Quarterly*, [S.l.], v. 30, p. 95-118, 2018.

LOPEZ, Carlos. Human Rights legal liability for business enterprises: the role of an international treaty. In: DEVA, Surya et al. (Org.). *Building a treaty on Business and Human Rights*. Cambridge: Cambridge Press, 2017.

LYON, Thomas et al. CSR needs CPR: corporate sustainability and politics. *California Management Review*, [S.l.], v. 60, p. 1-20, 2018.

MAIER-KATKIN, Daniel et al. Towards a criminology of crimes against humanity. *Theoretical criminology*, [S.l.], 13, p. 227-255, 2009.

McAULIFFE, Padraig. The roots of transitional accountability: interrogating the "justice cascade". *International Journal of Law in Context*, [S.l.], v. 9, p. 106-123, 2013.

MELLEMA, Gregory. Legal versus moral complicity. *American International Journal of Contemporary Research*, [S.l.], v. 2, p. 126-129, 2011.

MENDONÇA, Ricardo. Papéis de militares expõem atuação da FIESP no Golpe de 64. *Folha de São Paulo*, 01.06.2014.

MICHALOWSKI, Sabine (Org.). *Corporate accountability in the context of Transitional Justice*. Abingdon: Routledge, 2014.

MICHALOWSKI, Sabine. Doing business with a bad actor: how to draw the line between legitimate comercial activities and those that trigger corporate complicity liability. *Texas International Law Journal*, [S.l.], v. 50, p. 404-464, 2015.

MICHALOWSKI, Sabine. Due diligence and complicity: a relationship in need of clarification. In: DEVA, Surya et al. (Org.). *Human Rights obligations of business*: beyond the corporate responsibility to respect? Cambridge: Cambridge Press, 2013.

MILLER, Zinalda. Effects of invisibility: in search of the "economic" in transitional justice. *International Journal of Transitional Justice*, [S.l.], v. 2, p. 266-291, 2008.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN. *Responsabilidad empresarial en delitos de lesa humanidad*: represión a trabajadores durante el terrorismo de Estado. 2015. t. I e t. II.

MURPHY, Colleen. *The conceptual foundations of Transitional Justice*. Cambridge: Cambridge Press, 2017.

NICKSON, Ray William. *Great expectations*: managing realities of transitional justice. Sydney: ANU, 2013.

NICKSON, Ray; BRAITHWAITE, John. Deeper, broader, longer transitional justice. *European Journal of Criminology*, [S.l.], v. 11, p. 445-463, 2013.

NIETO MARTÍN, Adán. Empresas, víctimas y sanciones restaurativas: como configurar un sistema de sanciones pensando en sus víctimas? In: SAAD-DINIZ, Eduardo et al. (Org.). Corrupção, direitos humanos e empresa. Belo Horizonte: D´Plácido, 2018.

NOLAN, Justine. Human Rights and Global Corporate Supply Chains: is effective supply chain accountability possible? In: DEVA, Surya et al. (Org.). *Building a treaty on Business and Human Rights*. Cambridge: Cambridge Press, 2017.

NOLAN, Justine. The corporate responsibility to respect human rights: soft law or not law. In: DEVA, Surya et al. (Org.). *Human Rights obligations of business*: beyond the corporate responsibility to respect? Cambridge: Cambridge Press, 2013.

NUZOV, Ilya. Post-conflict justice: extending international criminal responsibility to non-State entities. In: HEFFES, Ezequiel et al. (Org.). *International Humanitarian Law and Non-State Actors*. Haia: T.M.C. Asser Press, 2019.

O´DONNELL, Guillermo. *Reflexões sobre os estados burocrático-autoritários*. São Paulo: Vértice, 1987.

OLSEN, Tricia et al. *Transitional justice in balance*: comparing processes, weighing efficacy. Washington: Institut of Peace, 2010.

PASTOR, Daniel. Processi penali solo per conoscere la verità? L´esperienza argentina. In: FRONZA, Emanuela et al. (Org.). *Il superaento del passato e il superamento del presente*. Trento: UTrento, 2009.

PAYNE, Leigh; PEREIRA, Gabriel. Corporate complicity in International Human Rights Violations. *Annual Review of Law and Social Science*, [S.l.], v. 12, p. 63-84, 2016.

PAYNE, Leigh; PEREIRA, Gabriel. Corporate complicity in International Human Rights violations. *The Annual Review of Law and Social Science*, [S.l.], v. 12, p. 1-22, 2016.

PAYNE, Leigh. *Brazilian industrialists and democratic change*. Baltimore: Johns Hopkins Press, 1994.

PHELPS, Teresa Godwin. *Shattered voices*: language, violence, and the work of Truth Commissions. Filadelfia: Penn, 2004.

PIETH, Mark. Corporate compliance and Human Rights: setting the scene. *Criminal Law Forum*, [S.l.], v. 29, p. 595-601, 2018.

PUCCIARELLI, Alfredo. *Empresarios, tecnocratas y militares*: la trama corporativa de la última dictadura. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2002.

RAGO FILHO, Antonio. *Ideologia 64*. São Paulo: Tese-PUC, 1998.

RAMASASTRY, Anitta. Corporate complicity: from Nuremberg to Rangoon: an examination of force labor cases and their impact in the liability of multinational corporations. *Berkeley Journal of International Law*, [S.l.], v. 20, p. 91-159, 2004.

ROBERTS, Robin. Determinants of corporate social responsibility disclosure: an application of stakeholder theory. *Accounting, Organizations and Society*, [S.l.], v. 17, p. 595-612, 1992.

ROHT-ARRIAZA, Naomi. Why was the economic dimension missing for so long in transitional justice? An exploratory essay. In: BOHOSLAVSKY, Juan Pablo; VERBITSKY, Horacio (Org.). *The economic accomplices to the Argentine Dictatorship*: outstanding debts. Cambridge: Cambridge Press, 2014.

ROTH-ARRIAZA, Naomi et al. A complementary relationship: reparations and development. In: DE GREIFF, P. et al. (Org.). *Transitional justice and development*: making connections. New York: SSRC, 2009.

ROUQUIÉ, Alain. *O Estado militar na América Latina*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1982.

RUGGIE, John. Report of the SRSG on the issue of Human Rights and Transnational Corporations and other business enterprises. In: *Claryfying the concepts of 'spheres of influence' and 'complicity'*, 2008.

SAAD-DINIZ, Eduardo. *Victimología corporativa*. São Paulo: Tirant, 2020.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Justicia restaurativa y desastres socioambientales en Brasil. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, [S.l.], v. 11, p. 9-25, 2019.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Brasil v. Goliath: 30 años de la responsabilidad penal empresarial y tendencias en compliance. In: REYNA, Luis et al. (Org.) *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima: Ideas, 2018.

SAAD-DINIZ, Eduardo. El enclave de los juicios de transición: observación del caso brasileño. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, [S.l.], v. 12, p. 2076-2104, 2011.

SAAD-DINIZ, Eduardo; SPONCHIADO, Jessica. La financiación corporativa de la dictadura militar en Brasil. In: VÉLEZ-RODRÍGUEZ, Luis et al. (Org.) *Sociedad y fuerza pública ante los retos de la paz*. Bogotá: Ibañez, 2016.

SAFATLE, Vladimir. Uma junta financeira governa o País. *Folha de S. Paulo*, 14.10.2016.

SANDOVAL, Clara et al. Corporations and redress in Transitional Justice processes. In: MICHALOWSKI, Sabine. *Corporate accountability in the context of Transitional Justice*. London: Routledge, 2013.

SCHERER, Andreas; PALAZZO, Guido. The new political role of business in a globalized world: a review of a new perspective on CRS and its implications for the firm, governance, and democracy. *Journal of Management Studies*, [S.l.], v. 48, p. 899-931, 2011.

SCHERER, Andreas; PALAZZO, Guido. Globalization and corporate social responsibility. In: CRANE, A. et al. (Org.). *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility*. Oxford: Oxford Press, 2008.

SCHERER, Andreas; PALAZZO, Guido. Towards a political conception of corporate responsibility: business and society seen from a habermasian perspective. *Academy of Management Review*, [S.l.], v. 32, p. 1096-1120, 2007.

SCHERER, Andreas et al. Global rules and private actors: towards a new role of the transnational corporation in global governance. *Business Ethics Quarterly*, [S.l.], v. 16, p. 505-532, 2006.

SCHMID, Evelyne et al. Do no harm"? Exploring the scope of economic and social rights in Transitional Justice. *The International Journal of Transitional Justice*, [S.l.], v. 8, p. 362-382, 2014.

SENRA, Álvaro de Oliveira. Após Geisel: crise do desenvolvimentismo e afirmação do neoliberalismo no Brasil. In: FREIXO, Adriano et al. (Org.). *A ditadura em debate*: Estado e sociedade nos anos do autoritarismo. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.

SHARP, David. Interrogating the peripheries: the preoccupations of fourth generation transitional justice. *Harvard Human Rights Journal*, [S.l.], v. 26, p. 149-78, 2013.

SHARP, David. Addressing economic violence in times of transition: toward a positive-peace paradigm for Transitional Justice. *Fordham International Law Journal*, [S.l.], v. 35, p. 781-814, 2012.

SHERMAN, Lawrence; STRANG, Heather. *Restorative Justice*: the evidence. London: The Smith, 2007.

SHERMAN, Lawrence. Reasons for emotion: reinventing Justice with theories, innovations and research. *Criminology*, [S.l.], v. 41, p. 1-38, 2003.

SIKKINK, Kathryn. *Justice cascade*: how human rights prosecutions are changing world politics. New York: W.W. Norton, 2011.

SOARES, Inês Virgínia Prado; FECHER, Viviane. Empresas privadas e violações de direitos humanos: possibilidades de responsabilização pela cumplicidade com a Ditadura no Brasil. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, v. 10, p. 390-431, 2013.

SOARES, Inês Virgínia; BOHOSLAVSKY, Juan Pablo; TORELLY, Marcelo. Responsabilidade empresarial. *Folha de S. Paulo*, 06.03.2016.

SOLTES, Eugene. *Why they do it*: inside the mind of the white-collar criminal. New York: Public Affairs, 2016.

SORENSEN, E. Metagovernance: the changing role of politicians in processes of democratic governance. *American Review of Public Administration*, [S.l.], v. 36, p. 98-114, 2006.

STEL, Nora. Business in Genocide: understanding and avoiding complicity. *IZA Discussion Paper*, [S.l.], n. 9743, p. 4-20, 2016.

STENNER, Karen; HAIDT, Jonathan. Authoritarianism is not a momentary madness, but and eternal dynamic within liberal democracies. In: SUNSTEIN, Cass (Org.). *Can it happen here? Authoritarianism in America*. New York: HarperCollins, 2018.

STENNER, Karen. *The authoritarian dynamic*. Cambridge: Cambridge, 2005.

SWENSSON JR, Lauro Joppert. Punição para os crimes da ditadura militar: contornos do debate. In: DIMOULIS, Dimitri (Org.). *Justiça de transição no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SZABLEWSKA, Natalia; BACHMANN, Sascha-Dominik (Org.). *Current issues in Transitional Justice*: towards a more holistic approach. Heidelberg: Springer, 2015.

SZOKE-BURKE, Sam. Not only context: why Transitional Justice Programs can no longer ignore violations of economic and social rights. *Texas International Law Journal*, [S.l.], v. 50, p. 465-494, 2015.

TEITEL, Ruth. Transitional justice genealogy. *Harvard Human Rights Journal*, [S.l.], v. 16, p. 69-94, 2003.

UTTING, Peter. The struggle for corporate accountability. *Development and Change*, [S.l.], v. 39, p. 959-975, 2008.

VERBITSKY, Horacio; BOHOSLAVSKY, Juan Pablo (Org.). *The economic accomplices to the Argentine Dictatorship*: outstanding debts. Cambridge: Cambridge Press, 2016.

WALDORF, L. Anticipating the past: transitional justice and socio-economic wrongs. *Socio and Legal Studies*, [S.l.], v. 21, p. 171-186, 2012.

WETTSTEIN, Florian. Making noise about silent complicity: the moral inconsistency of the "Protect, Respect and Remedy" framework. In: DEVA, Surya et al. (Org.). *Human Rights obligations of business*: beyond the corporate responsibility to respect? Cambridge: Cambridge Press, 2013.

WETTSTEIN, Florian. Silence as complicity: elements of a corporate duty to speak out against the violation of human rights. *Business Ethics Quarterly*, [S.l.], v. 22, p. 37-61, 2012.

WETTSTEIN, Florian. The duty to protect: corporate complicity, political responsibility, and Human Rights advocacy. *Journal of Business Ethics*, [S.l.], v. 96, p. 33-47, 2010.

WILLKE, Helmut et al. Corporate moral legitimacy and the legitimacy of morals: a critique of Palazzo/Scherer's communicative framework. *Journal of Business Ethics*, [S.l.], v. 81, p. 27-38, 2008.

YEPES, Uprimmy. Transformative reparations of massive gross human rights violations: between corrective and distributive justice. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, [S.l.], v. 27, p. 625-648, 2009.

ZERK, Jennifer. Corporate liability for gross human rights abuses: towards a fairer and more effective system of domestic law remedies. *UN High Commissioner Report*, [S.l.], 2013.

ZUCMÁN, Gabriel. *The hidden wealth of Nations*: the scourge of tax havens. Chicago: Chicago Press, 2015.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Intervenção jurídico-penal na sociedade globalizada: aspectos da responsabilidade penal da pessoa jurídica, de Helena Costa Rossi – *RBCCrim* 140/71-107 (DTR\2018\7936);
- Justiça sem crime e punição? Segurança, dano e compensação em um mundo neoliberal, de Pat O'Malley, Leandro Ayres França e Augusto Jobim do Amaral – *RBCCrim* 143/385-406 (DTR\2018\12766); e
- Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um estudo comparado, de Luís Augusto Sanzo Brodt e Guilherme de Sá Meneghin – *RT* 961/245-273 (DTR\2015\13359).

Reflexões sobre a criminalização do não recolhimento de ICMS declarado

Reflections on the criminalization of the non-payment of regularly reported "ICMS"

Bruno Tadeu Buonicore

Doutor em Direito (Direito Penal) – *Summa Cum Laude* – pela Universidade de Frankfurt – Alemanha, tendo sido bolsista de Doutorado Integral do DAAD – *Deutscher Akademischer Austauschdienst* (Serviço de Intercâmbio Acadêmico Alemão). Assessor de Ministro do STF. Professor da Universidade Católica de Brasília. Professor do Curso de Especialização em Ciências Penais (Pós-Graduação *lato sensu*) da PUCRS. Advogado licenciado.
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-0536-268X
bruno.buonicore@gmail.com

Gilmar Mendes

Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) e do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Doutor em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha.
gilmaracademico@gmail.com

Juliana Queiroz Ribeiro

Analista no Supremo Tribunal Federal. Especialista em Direito Constitucional.
jubaqueiroz@gmail.com

Tarsila Ribeiro Marques Fernandes

Doutora em Direito (Direito Tributário) pela Universidade de Radboud, na Holanda. Procuradora Federal. Assessora de Ministro do STF.
tarsilaribeirof@hotmail.com

Autores convidados

Áreas do Direito: Penal; Tributário

Buonicore, Bruno Tadeu; Mendes, Gilmar; Ribeiro, Juliana Queiroz; Fernandes, Tarsila Ribeiro Marques. Reflexões sobre a criminalização do não recolhimento de ICMS declarado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 167. ano 28. p. 129-147. São Paulo: Ed. RT, maio 2020.

Resumo: O objetivo do presente artigo é analisar o julgado recente do Supremo Tribunal Federal que criminalizou o não recolhimento de ICMS declarado. Para tanto, será apresentada a discussão em torno do art. 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990. Tanto do ponto de vista penal quanto do ponto de vista tributário, serão construídas críticas doutrinárias ao referido julgado. Finalmente, são apontadas sugestões para uma revisitação do tema.

Palavras-chave: Direito Penal Tributário – ICMS – Fraude Fiscal – Imposto declarado e não recolhido.

Abstract: This article examines the recent judgment ruled by Brazil´s Supreme Court that has criminalized the no payment of a specific type of indirect tax, called ICMS. In order to do so, the article presents the discussion around art. 2º, II, of Law 8,137/1990. It also provides a critical analysis of the decision from Brazil´s Supreme Court both from criminal and tax perspectives. Finally, the article provides suggestion to a reexamination of the subject.

Keywords: Criminal Tax Law – ICMS – Tax Fraud – Tax reported and not paid.

Sumário: 1. Introdução. 2. O elemento subjetivo especial do tipo penal previsto no art. 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990. 3. Os elementos normativos do tipo penal previsto no art. 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

Pouco antes do fim do ano judiciário, na Sessão Plenária de 18.12.2019, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 163.334, fixou a seguinte tese: "o contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990."

No caso decidido pelo STF, tratava-se de sócios administradores de uma sociedade empresária que comercializava artigos para bebês. Ao realizar a venda de mercadorias a consumidores finais, a pessoa jurídica, embora tenha escriturado regularmente a apuração do valor do ICMS devido nos livros fiscais, deixou de adimplir a obrigação tributária.

A Lei 8.137/1990, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, dispõe em seu art. 2, inciso II, que constitui crime tributário: "deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos."

A pergunta jurídico-dogmática que se coloca é: em que medida a conduta de deixar o comerciante de recolher ICMS próprio, escriturado e declarado, repassado economicamente ao comprador da mercadoria ou ao tomador do serviço, subsume-se ao tipo penal da apropriação indébita tributária?

Buonicore, Bruno Tadeu; Mendes, Gilmar; Ribeiro, Juliana Queiroz; Fernandes, Tarsila Ribeiro Marques. Reflexões sobre a criminalização do não recolhimento de ICMS declarado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 167. ano 28. p. 129-147. São Paulo: Ed. RT, maio 2020.

O tipo penal tem sido objeto de estudos doutrinários e discussão jurisprudencial desde a entrada em vigor da lei e, apesar do posicionamento recente do STF, o que, em tese, representaria a estabilização do tema no cenário jurídico, parece que a questão acerca da criminalização do inadimplemento tributário não chegou ao fim. Isso porque, antes mesmo da proclamação do resultado do RHC pelo STF, o Partido Novo protocolou na Câmara dos Deputados, em 17.12.2019, o Projeto de Lei 6.520/2019, que propõe alteração do texto legislativo com o fim principal de excluir da esfera de atuação do Direito Penal o inadimplemento da obrigação tributária nas situações em que tenha havido a regular apuração e o registro do tributo devido.[1]

A proposição de alteração legislativa, em verdade, faz ressoar no Congresso Nacional o posicionamento minoritário já defendido por Ministros do STJ e do STF, e que possui duas justificativas principais.

A primeira delas é a de que, para a configuração do tipo penal em comento, é necessária a presença de uma vontade de apropriação fraudulenta dos valores do Fisco, ou seja, o dolo do tipo precisa estar acompanhado de um elemento subjetivo especial, qual seja, a fraude. Isso significaria que o mero dolo de não recolher o tributo, de uma forma genérica, seria insuficiente para preencher o tipo subjetivo do art. 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990, sendo necessária a presença de uma vontade de apropriação fraudulenta dos valores do Fisco para materializar o elemento subjetivo especial do tipo em apreço. Tal *animus* se manifestaria pelo ardil de omitir e/ou alterar os valores devidos e se excluiria, logicamente, com a devida declaração da espécie tributária junto aos órgãos da administração fiscal.

A segunda justificativa se vale de uma interpretação que acaba por reduzir a abrangência do sujeito passivo do tipo penal. Defende-se que, ao se referir ao tributo "descontado ou cobrado", o tipo penal estaria a aludir aos casos de responsabilidade tributária – e não aos impostos indiretos, em que o custo é repassado apenas do ponto de vista econômico a terceiros. No caso analisado pelo STF no

1. O Projeto traz as seguintes propostas de alteração (grifadas em itálico): Art. 2º. O art. 2º, inciso II, da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 2º [...] II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado *de substituído tributário*, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos, *a fim de fraudar a fiscalização tributária*; [...]" Art. 3º. Fica acrescentado ao art. 2º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o seguinte parágrafo único: "Parágrafo único. Não configura crime de que trata o inciso II do caput o mero inadimplemento de tributo regularmente declarado na forma da legislação aplicável".

RHC 163.334, não haveria apropriação de tributo devido por terceiro, pois a própria empresa seria o contribuinte e o responsável tributário.

Nesse contexto de incerteza político-jurídica sobre o tema, o objetivo deste artigo é apresentar uma reflexão acerca da melhor interpretação constitucional do art. 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990, fazendo-se um contraponto entre o papel do Direito Penal Tributário e a problemática da inadimplência fiscal e suas consequências econômicas e sociais. Além disso, busca-se fazer algumas considerações sobre o alcance do tipo penal, à luz de conceitos tributários, como responsabilidade tributária, sujeito passivo direto e indireto e repercussão econômica do tributo.

O artigo se estrutura em dois eixos principais: o primeiro discorre sobre o elemento especial do tipo penal previsto no art. 2, inciso II, da Lei 8.137/90, e o papel do Direito Penal como *ultima ratio*. O segundo, intitulado "Os elementos normativos do tipo penal previsto no art. 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990", explora conceitos tributários para decifrar o sujeito passivo do tipo penal no caso do ICMS.

2. O elemento subjetivo especial do tipo penal previsto no art. 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990

O legislador estabelece, no art. 2º da Lei 8.137/1990, que os comportamentos descritos nos incisos I a V têm a mesma natureza de crime tributário que o tipo penal previsto no art. 1º. Diferentemente do que ocorre com o art. 1º, entretanto, o núcleo essencial do tipo incriminador em questão não é descrito no *caput*, senão em cada um dos referidos incisos, de forma autônoma.

Desse modo, pode-se dizer que "cada inciso do art. 2º constitui uma norma incriminadora com preceito primário autônomo, com a peculiaridade de que todos os incisos compartem o mesmo preceito secundário", qual seja, a pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa (BITTENCOURT, 2013, p. 159).

Diante disso, a subsunção dos fatos concretos ao art. 2º deve levar em consideração todos os elementos objetivos, normativos e subjetivos apontados, respectivamente, em cada um dos incisos I a V.

Transcreve-se o tipo penal em debate, previsto no inciso II do referido artigo de lei:

> "Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:
>
> II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; [...]."

Nessa linha de raciocínio, acerca do inciso II, o dolo, com a necessária consideração do elemento subjetivo especial do injusto em comento, qual seja, a vontade de se apropriar dos valores retidos, omitindo o cumprimento do dever tributário e com a intenção de não recolhê-los, deve, imperiosamente, ser levado em conta.

Tal elemento subjetivo resta demonstrado, por exemplo, quando o agente "dispõe efetivamente de dinheiro e não o recolhe como devido", com a intenção de fraudar (BITTENCOURT, 2013, p. 182-183).

Isso significa que o mero dolo de não recolher o tributo, de uma forma genérica, é insuficiente para preencher o tipo subjetivo do art. 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990, sendo necessária a presença de uma vontade de apropriação fraudulenta dos valores do fisco para materializar o elemento subjetivo especial do tipo em apreço. Tal *animus* se manifesta pelo ardil de omitir e/ou alterar os valores devidos e se exclui, logicamente, com a devida declaração da espécie tributária junto aos órgãos da administração fiscal.

Em relação à importância dos elementos subjetivos do tipo (*subjektive Deliktstatbestand*) para a arquitetura dogmática do crime, esclarece Figueiredo Dias:

> "E todavia, também estes elementos cumprem a função de individualizar uma espécie de delito, de tal forma que, quando eles faltam, o tipo de ilícito daquela espécie de delito não se encontra verificado." (FIGUEIREDO DIAS, 2007, p. 379)

Sobre isso, explica o doutrinador alemão Köhler que os elementos subjetivos especiais descrevem maneiras de ofensas específicas ao bem jurídico que se perfectibilizam no ilícito-típico. Além disso, ensina o autor que esses elementos, ou características, definem a qualidade e a medida da ofensa causada pela realização do tipo objetivo (KÖHLER, 1997, p. 170).

No caso ora analisado, o tipo objetivo se caracteriza pelo não recolhimento do tributo devido, e o elemento subjetivo especial pela apropriação fraudulenta dos valores que se manifesta pela ausência de sua devida declaração.

Sendo assim, quando uma clara demonstração do liame subjetivo entre autor e fato não é suficientemente levada a cabo pela acusação, estar-se-á diante de uma verdadeira imputação criminal pelo mero inadimplemento de uma dívida fiscal.

Dessa maneira, Hugo de Brito Machado afirma:

> "Realmente, se não está presente a vontade de fazer próprio o dinheiro que pertence ao fisco, o que se tem é puro e simples inadimplemento de dívida

> [...]. A escrituração contábil da dívida para com a Fazenda Pública há de ser entendida como induvidosa e até eloquente manifestação, que é, do propósito de responder pela dívida. Propósito que, evidentemente, não se concilia com a vontade de apropriar-se." (MACHADO, 2011, p. 420-421)

Nesse sentido, veja-se trecho embargado do acórdão proferido nos autos do RE 999.425, tema 937 da repercussão geral, que versa sobre o mesmo tema:

> "Dessa forma, as condutas tipificadas na Lei 8.137/1991 não se referem simplesmente ao não pagamento de tributos, mas aos atos praticados pelo contribuinte com o fim de sonegar o tributo devido, consubstanciados em fraude, omissão, prestação de informações falsas às autoridades fazendárias e outros ardis. Não se trata de punir a inadimplência do contribuinte, ou seja, apenas a dívida com o Fisco. Por isso, os delitos previstos na Lei 8.137/1991 não violam o art. 5º, LXVII, da Carta Magna bem como não ferem a característica do Direito Penal de configurar a *ultima ratio* para utelar a ordem tributária e impedir a sonegação fiscal." (STF, ARE 999.425, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 10.02.2017)

No ponto, relevante demarcar a diferença do tipo em análise com o tipo da apropriação indébita previdenciária, previsto no art. 168-A do Código Penal, cuja configuração dispensa a demonstração do especial fim de agir ou do dolo específico de fraudar a Previdência Social. Nas palavras de Leandro Paulsen:

> "Ressalto que não há necessidade de comprovação do dolo de se apropriar dos valores destinados à previdência social. O dolo do crime de apropriação indébita previdenciária é a vontade de não repassar à previdência as contribuições recolhidas, dentro do prazo e das formas legais, não se exigindo o *animus rem sibi havendi*, sendo, portanto, descabida a exigência de se demonstrar o especial fim de agir ou dolo específico de fraudar a Previdência Social, como elemento essencial do tipo penal. Aliás, o próprio STF já decidiu, conduzido pelo Ministro Ayres Britto, que, 'quanto ao delito de apropriação indébita previdenciária, o elemento subjetivo animador da conduta típica do crime de sonegação de contribuição previdenciária é o dolo genérico, consistente na intenção de concretizar a evasão tributária'." (PAULSEN, 2017)

Vale dizer que qualquer tentativa de equiparação da apropriação indébita tributária com a apropriação indébita previdenciária "não deve ser interpretada em detrimento do acusado para facilitar a sua incriminação" (BITTENCOURT, 2013, p. 181).

Imperioso esclarecer sobre a questão que, no caso do ICMS próprio, não há apropriação *de um valor pertencente a terceiro, não havendo a presença do elemento da quebra de confiança depositada no substituto tributário que justifica o ilícito penal como modalidade de fraude*.

Tal operação tratar-se-ia, de todo modo, de uma analogia *in malam partem*, vedada em nosso ordenamento. O instrumento hermenêutico da analogia não poderia ser utilizado, nesse caso, para suprir a necessária demonstração da vontade ardilosa de se apropriar dos valores devidos.

O STF já firmou entendimento repudiando essa forma de interpretação em sede de direito penal:

> "O sinal de TV a cabo não é energia, e assim, não pode ser objeto material do delito previsto no art. 155, § 3º, do Código Penal. Daí impossibilidade de se equiparar o desvio de sinal de TV a cabo ao delito descrito no referido dispositivo. *Ademais, na esfera penal não se admite a aplicação da analogia para suprir lacunas, de modo a se criar penalidade não mencionada na lei (analogia in malam partem), sob pena de violação ao princípio constitucional da estrita legalidade*. Precedentes. Ordem concedida." (STF, HC 97.261, Rel. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. 12.04.2011)

Na mesma direção, a doutrina, ao descrever o tipo penal em debate, prevê expressamente a *não declaração da espécie tributária como manifestação do ardil do agente e elemento indispensável do tipo penal*: "(II) desconto e cobrança de tributo, na qualidade de sujeito passivo da obrigação, *não declarado* e não recolhido aos cofres públicos" (RUIVO, 2019, p. 73, grifo nosso).

Em face da ausência de uma demonstração clara de tal elemento subjetivo específico, estaremos inevitavelmente diante de *simples criminalização do inadimplemento e, portanto, de fato atípico*. A criminalização de mera dívida se equipara à prisão civil e fere, de forma grave, tanto a Constituição Federal quanto o Pacto de São José da Costa Rica.

Nesse sentido, a Carta Magna e o referido Pacto Internacional dispõem de forma clara:

> "Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel." (CF, art. 5º, inciso LXVII).
>
> "Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar." (CADH, art. 7.7).

Desse modo, o que a norma penal ou "o bom senso repele é responder a liberdade individual pelo pagamento de dívidas, salvo em caso de fraude. A liberdade individual poderá responder pela fraude, e não pela dívida em si" (DÓRIA, 1960, v. 4, p. 683).

De fato, em um cotejo analítico de proporcionalidade entre os valores constitucionais da liberdade individual e da própria ordem jurídica tributária, na qualidade de bem jurídico tutelado pelo tipo em discussão, *a intervenção criminal só se justifica na medida em que houver alguma forma de fraude por parte do agente, já que a fraude, e não a dívida, é o objeto da norma penal*.

Na falta da demonstração de tal elemento determinante do tipo, resta cristalino o vilipêndio tanto da proibição constitucional à criminalização do mero inadimplemento quanto do próprio princípio da não culpabilidade (CF, art. 5º, LVII e art. LXVII), já que se pressupõe, implicitamente, na operação de imputação, um ardil (fraude, sonegação, dissimulação) não demonstrado.

Sendo assim, uma interpretação constitucional do art. 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990 deve levar em conta o *animus* de fraude do agente, sob pena de fomentar-se uma política criminal arrecadatória, que subverte as garantias penais fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito. O direito penal tributário exige, sempre, uma exegese constitucional que o impeça de transformar-se em mero instrumento simbólico de coação com fins arrecadatórios.

Em se tratando de direito penal tributário, no marco da chamada expansão do direito penal contemporâneo, precisamente descrita por Silva Sánchez (*La expansión del derecho penal*, 2001), às tradicionais funções da pena de retribuição e prevenção soma-se uma nova finalidade, injustificada e inconstitucional, a meramente arrecadatória:

> "E com isso tem-se a última característica desse novo direito penal tributário: *a desconfiguração de um bem jurídico, em seus contornos garantistas, para um etéreo, intangível (a ordem tributária), em cujo nome desfigura-se o direito penal a serviço de interesses estatais outros*." (TANGERINO, Davi. De Paiva Costa; CANTERJI, Rafael, 2007, p. 43)

Nesse preciso sentido, a doutrina repisa a necessidade de uma interpretação constitucional do tipo penal discutido:

> "A nosso ver, *a norma do art. 2º, inciso II, da Lei 8.137/90, deve ser interpretada em conformidade com a constituição. Seu alcance, assim, abrangerá somente aquelas situações nas quais o não pagamento do tributo envolva um artifício qualquer, que impossibilite a cobrança pelos meios ordinários, da quantia devida à Fazenda a título de tributo*." (MACHADO, 2011, p. 421)

Importante ressaltar, nessa toada, que um direito penal tributário que sobrepõe interesses arrecadatórios a garantias individuais fundamentais avança um limite não permitido pela ordem constitucional, ofendendo, assim, o princípio da subsidiariedade.

Destaca-se que grande parte da doutrina do direito penal, na atualidade, defende posicionamento no sentido de descriminalizar irregularidades meramente administrativas e atribuir ao direito penal apenas aquelas condutas finalisticamente direcionadas ao cometimento de lesões a bens jurídicos de natureza constitucional (ROXIN, 1997, p. 53-54 e p. 199-201).

A afirmação de que existem condutas que, pelo seu grau de ofensividade, devem ficar a cargo do direito administrativo sancionador e não do direito penal, tal qual ocorre com as Contraordenações, em Portugal, e a *Ordnungswidrigkeit*, na Alemanha, não significa que não haja um grau de reprovabilidade Estatal sobre a conduta do cidadão que deixa de recolher os seus impostos devidos.

A inadimplência fiscal representa problema bastante grave, tanto do ponto de vista econômico quanto social, devendo ser levada bastante a sério e enfrentada com vigor pelas vias administrativas adequadas, quando não for uma questão para o direito penal, como ocorre com o caso em tela.

A delimitação do espaço legítimo de atuação do direito penal no âmbito dos crimes tributários, com a exclusão de condutas que não possuem uma carga de reprovabilidade suficiente para provocar a intervenção criminal dentro de uma noção de *ultima ratio,* também não significa que não seja legítima a criminalização da fraude fiscal em nosso ordenamento.

A fraude fiscal, em suas diversas modalidades, deve ser exemplarmente combatida pelo direito penal, sendo a persecução penal e a aplicação de pena plenamente justificadas, tanto por seu aspecto retributivo quanto preventivo, desde que restem devidamente comprovados os seus pressupostos objetivos e subjetivos.

3. Os elementos normativos do tipo penal previsto no art. 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990

No caso analisado pelo STF, além da apontada ausência do elemento subjetivo especial do injusto (fraude) e feitas as ponderações pertinentes sobre as questões criminológicas e político-criminais, necessária se faz a análise dos elementos normativos do tipo penal no caso de não recolhimento de ICMS declarado, quais sejam, *descontado* e *cobrado*.

Como assentou a Ministra Maria Tereza Moura, do STJ, o ponto fulcral da questão reside em saber como se deve interpretar a expressão típica tributo "descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo da obrigação". Confira-se um trecho do voto proferido no HC 399.109:

> "Ao se referir ao tributo 'descontado ou cobrado', o tipo penal está a aludir aos casos de responsabilidade tributária – e não aos impostos indiretos, em que o custo é repassado, apenas do ponto de vista econômico, a terceiros.
>
> *No caso do ICMS, o consumidor não é contribuinte do imposto, no sentido técnico, nem sujeito passivo da obrigação, o que significa que ele jamais será cobrado pelo pagamento do imposto devido na operação. Não existe relação jurídica tributária possível entre o Fisco estadual e o consumidor final, de modo que não é correto, juridicamente, considerar que o valor do ICMS embutido no preço tenha sido dele 'cobrado' ou 'descontado'.* O consumidor é, apenas, 'contribuinte de fato', conceito que, juridicamente, tem relevância unicamente para fins de repetição de indébito tributário (CTN, art. 166).
>
> Salvo para essa finalidade, o conceito tem caráter meramente econômico. Sob esta perspectiva, é também o consumidor quem arca, por exemplo, com o ônus econômico do imposto de renda e com a contribuição previdenciária pagos pelo comerciante, já que, na formação do preço da mercadoria, são levados em consideração todos os custos, diretos e indiretos, da atividade. Da mesma forma, o custo do aluguel do imóvel, da energia elétrica, dos funcionários etc., tudo isso é repassado ao consumidor.
>
> Nem por isso alguém sustenta que há apropriação indébita do imposto de renda quando o consumidor compra um produto e o comerciante, após contabilizar corretamente o tributo, simplesmente deixa de recolhê-lo." (grifo nosso)

Para uma correta interpretação do assunto estudado, portanto, faz-se necessário compreender como funciona a incidência e a cobrança do ICMS sob o ponto de vista tributário. Passa-se, então, a discorrer uma breve análise do tema sob o aspecto tributário.

O tipo penal em comento dispõe que constitui crime "deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos". Isto é, para que haja a incidência do tipo penal, faz-se mister que o sujeito passivo desconte ou cobre tributo ou contribuição social e não o/a recolha no prazo legal.

O ICMS é um imposto que incide sobre "operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e

intermunicipal e de comunicação" (art. 155, II, da Constituição Federal) e tem como característica a não cumulatividade, o que significa que o imposto incide sobre cada operação de forma integral e o sujeito passivo pode se creditar do que foi pago na fase anterior da cadeia.

Em sendo assim, o contribuinte de ICMS opera com uma conta de créditos e débitos, de maneira que, na entrada de um produto, ele se credita do valor pago na operação precedente e se debita do valor incidente de ICMS, quando da saída do mesmo produto. Depois, realiza uma compensação do que foi pago na entrada do produto com o devido na saída desse produto e analisa se há imposto a pagar. Um exemplo hipotético pode ajudar a entender como funciona o ICMS, confira-se:

	Fabricante	Atacadista	Varejista
Valor da venda	R$ 100	R$ 150	R$ 200
Alíquota	18%	18%	25%
Crédito de ICMS	0	R$ 21,95	R$ 32,92
Débito de ICMS[2]	R$ 21,95	R$ 32,92	R$ 66,66
Valor a recolher ICMS	R$ 21,95	R$ 10,97	R$ 33,74

É claro que esse exemplo foi dado de forma simplificada e didática a fim de facilitar a compreensão do tema, pois, na prática, o contribuinte vai escriturar todas as operações realizadas em determinado mês, o que significa que vão ser creditados todos os valores pagos nas etapas anteriores da mercadoria a fim de compensá-los com todos os valores devidos nas saídas das mercadorias. Com isso, já se percebe que, quando da venda de uma mercadoria para o consumidor final, os valores a serem recolhidos a título de crédito de ICMS relativos a essa mesma mercadoria não ingressam de forma vinculada, isto é, direcionadas ao pagamento do ICMS relativos a mesma mercadoria.

Ao revés, o valor é escriturado na contabilidade da empresa junto com os demais pagamentos, a fim de investigar se haverá ICMS a recolher ao final do período. Inclusive, mesmo que haja incidência de ICMS em determinadas mercadorias e pagamento do preço total da mercadoria pelo consumidor final, pode ocorrer que o comerciante tenha imposto zero a recolher ao final do mês, diante

2. Deve-se salientar que o ICMS é calculado "por dentro", o que significa que o imposto inclui na sua própria base de cálculo.

da existência de um valor igual ou superior a compensar a título de ICMS. Conforme esclarecido por André Moreira:

> "Na apuração dos tributos não-cumulativos por período de tempo, é possível que em determinada competência o valor dos créditos supere o dos débitos. Nessa hipótese, o saldo credor deverá ser transportado para os períodos seguintes, podendo haver acúmulo de créditos ao longo de meses ou anos, até que surjam débitos compensáveis." (MOREIRA, 2012, p. 140)

Em síntese, ao final do mês, analisa-se o total de créditos adquiridos na entrada das mercadorias com o total devido na saída das mesmas mercadorias, devendo ser pago o ICMS remanescente, se houver.

Explicada, em linhas gerais, a incidência do ICMS, cabe agora analisar quem participa da relação jurídico-tributária. Afinal, o tipo penal se refere à ação de "deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado", o que naturalmente pressupõe a existência de um tributo que foi descontado ou cobrado.

Conforme previsto no art. 4º da Lei Complementar 87, de 13 de setembro de 1996, o contribuinte do ICMS:

> "é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior."[3]

3. O parágrafo único desse mesmo artigo trata de outras hipóteses em que é possível a caracterização do contribuinte de ICMS, mas que não tem relação com o presente artigo, confira-se:

   "É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial: (Redação dada ao caput do parágrafo pela Lei Complementar nº 114, de 16.12.2002)

   I – importe mercadorias ou bens do exterior, qualquer que seja a sua finalidade; (Redação dada ao inciso pela Lei Complementar nº 114, de 16.12.2002)

   II – seja destinatária de serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;

   III – adquira em licitação mercadorias ou bens apreendidos ou abandonados; (Redação dada ao inciso pela Lei Complementar nº 114, de 16.12.2002)

   IV – adquira lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização. (Redação dada ao inciso pela Lei Complementar nº 102, de 11.07.2000)".

O contribuinte do ICMS, portanto, é o comerciante. Deve-se esclarecer que o presente artigo trata do ICMS próprio e não do devido em razão de substituição tributária, a qual ocorre quando a lei expressamente atribui a responsabilidade pelo pagamento do ICMS a um terceiro que não é o contribuinte. Em sendo assim, na situação tratada no presente artigo, e rememorando que o ICMS incide em cadeia, pode-se afirmar que quanto mais longa a cadeia, mais contribuintes de ICMS existirão. Entretanto, independentemente de quão longa a cadeia de circulação de mercadoria seja, o consumidor final não é contribuinte de ICMS. O consumidor final é um mero adquirente da mercadoria e se encontra fora da relação jurídico-tributária do ICMS.

Conforme exaustivamente exposto, o tipo penal previsto no art. 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990 exige o não recolhimento de tributo descontado ou cobrado. Ora, como o comerciante pode ter cobrado ou descontado tributo de quem não participa da relação jurídico-tributária por expressa disposição legal?

Percebe-se, assim, que o consumidor final não paga tributo, o consumidor final paga o preço pela mercadoria. O tributo é de responsabilidade do comerciante, este sim é o sujeito passivo da relação jurídico-tributária como contribuinte.

Por sua vez, sobre as expressões "desconto ou cobrado" importante a seguinte definição:

> "A rigor, a norma penal em exame refere-se ao não pagamento, no prazo legal, de tributo ou contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo da obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; A questão, portanto, está em se saber o que devemos entender por tributo descontado ou cobrado. A nosso ver só se pode considerar como tributo descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo da obrigação, aquele cujo desconto ou cobrança decorre de disposição legal expressa. Não aquele que, por circunstâncias meramente econômicas, pode estar embutido no preço de bens ou serviços." (MACHADO, 2011, p. 406)

Como se depreende do ensinamento doutrinário, os termos *descontado* e *cobrado*, elementos normativos do tipo sem os quais não há que se falar em crime, não devem ser aplicados a casos em que, por mera repercussão econômica, o comerciante repassa o seu ônus tributário no preço final da mercadoria ao consumidor.

Existe aqui uma nítida diferenciação entre a repercussão tributária, em que, por lei, existe a previsão do recolhimento por substituição pelo contribuinte, e a mera repercussão econômica, na qual o consumidor não deve ser considerado sujeito passivo da obrigação – o consumidor não integra a relação jurídico-tributária.

No caso examinado pelo STF, os pacientes eram administradores de uma empresa contribuinte de ICMS (sujeito passivo da relação jurídico-tributária) e, embora tenham registrado a apuração do valor do imposto devido nos livros fiscais, deixaram de adimplir a obrigação tributária. Não há apropriação de tributo devido por terceiro, pois o tributo é devido pela própria empresa. Não havia previsão de hipótese de substituição tributária.

Leandro Paulsen discorre sobre o crime de apropriação indébita tributária:

> "A apropriação indébita tributária está estritamente relacionada à substituição tributária. Dá-se quando o substituto, ao realizar um pagamento ao contribuinte, procede à retenção do tributo devido por este último, porque a lei assim lhe determina, mas deixa de cumprir a obrigação de repassar tal montante aos cofres públicos. Ou seja, retém do contribuinte em nome do Fisco e se apropria dos valores em vez de dar-lhe a destinação legal. Também ocorrerá quando a regra matriz de substituição tributária determine que o substituto exija do contribuinte o montante do tributo para repassar aos cofres públicos e deixe de ser feito tal repasse". (PAULSEN, 2017, p. 501)

É certo que, em notas fiscais, destaca-se o valor do ICMS do valor das mercadorias e serviços (art. 13, § 1º, I, da Lei Complementar 87/1996). No entanto, essa indicação para fins de controle e de aplicação da sistemática da não cumulatividade não significa que o ICMS deixe de compor o preço de venda das mercadorias.

Reitere-se que o ICMS não funciona como imposto retido. Isso quer dizer que o ICMS não é recolhido automaticamente com a ocorrência da operação comercial, mas é recebido pelo vendedor, que o integra ao seu caixa, ao seu patrimônio e, apenas ao término do período de apuração, repassa-o ao Estado, depois de considerada a compensação de créditos.

O caráter indireto do ICMS também *não permite afastar seu ingresso no patrimônio do vendedor como receita*. Se, por um lado, qualquer contribuinte procura repassar qualquer gravame econômico do tributo quando possível (MUSGRAVE, Richard A; MUSGRAVE, Peggy B., 1980. p. 322), por outro, o contribuinte de direito não é obrigado a repassá-lo ao contribuinte de fato, como atestam o art. 166 do CTN e a Súmula 546/STF.

Ademais, é cediço em Economia do Setor Público que nem sempre o sujeito passivo da obrigação tributária será, também, aquele que efetivamente irá suportar o ônus tributário. Há, inclusive, um ramo específico da ciência econômica que estuda esse assunto. É a incidência tributária (*tax incidence*) ou teoria da incidência fiscal.

Merecem destaque as três regras de incidência tributária, constantes da obra de Jonathan Gruber (2009, p. 317-323), professor do *Massachusetts Institute of Technology*.

A primeira e mais importante regra de incidência tributária, segundo o professor, é que a "carga legal de um imposto não descreve quem efetivamente sofre a carga do imposto", fazendo sentido a distinção entre incidência legal e incidência econômica. A segunda regra diz que "o lado do mercado sobre o qual o imposto é lançado é irrelevante para a distribuição das cargas do imposto". Por fim, a terceira regra dispõe que "participantes com oferta ou demanda inelástica assumem a carga do imposto; participante com oferta ou demanda elástica a evitam".

Em síntese, o valor referente ao ICMS destacado em nota fiscal não é transferido automaticamente, nem é vinculado ao recolhimento do tributo como se permanecesse intangível no caixa do contribuinte de direito até sua entrega ao erário estadual.

Na realidade, ele constitui disponibilidade econômica que integra o preço e é empregado consoante o discernimento do vendedor, ainda que eventualmente seja contabilizado o ônus tributário, após consideração dos respectivos créditos no período de apuração.

Posto isso, não se pode compreender o comerciante como um mero intermediário, recebendo o ICMS do contribuinte de fato e entregando-o, prontamente, ao Estado. Não procede, portanto, a afirmação de que haveria um mero trânsito do ICMS na contabilidade da empresa.

Vale salientar que a diferenciação entre impostos diretos e indiretos e, consequentemente, entre contribuinte de direito e de fato, é há muito rechaçada pela doutrina tributarista,[4] tendo em vista sua inutilidade do ponto de vista jurídico. Afinal, o "contribuinte de fato" não é contribuinte de acordo com o inciso I do art. 121 do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que contribuinte é aquele que "tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador". Confira-se o que diz Alfredo Becker sobre o tema:

4. ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 143; TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Financeiro*: teoria da constituição financeira. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 220-221; CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 605; BOTALLO, Eduardo Domingos; MELO, José Eduardo Soares. *Comentários às súmulas tributárias do STF e do STJ*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 87.

> "Toda a vez que o fenômeno da repercussão do tributo entra na linha de raciocínio dos tribunais, legisladores e ministros, a argumentação desenvolvida caracteriza-se por aquela simplicidade da ignorância apontada por SELIGMAN. Esta simplicidade da ignorância manifesta-se pela aceitação das 'teorias' a seguir indicadas:
>
> a) *Simplicidade da ignorância: Tributo indireto repercute*. É inacreditável que ainda hoje se proferem acórdãos e promulgam-se leis baseadas na 'obviedade científica' desta teoria que, já no século passado, a Ciência condenou e que a doutrina, há cinquenta anos, vem demonstrando sua total erronia. Além disso, nos últimos trinta anos, a doutrina demonstrou que a classificação dos tributos em diretos e indiretos, sob qualquer critério, não tem fundamento científico nem é praticável e deve ser abolida no tríplice plano: técnico, administrativo e jurídico.
>
> b) *Simplicidade da ignorância*: *Por sua própria natureza alguns tributos repercutem e outros não*. O raciocínio baseado nesta premissa é ingênuo e denuncia superficialíssima noção do fenômeno da repercussão, porque *todos* os tributos repercutem. Noutras palavras, os fatores decisivos da repercussão econômica do tributo são estranhos à natureza do tributo e determinados pela conjuntura econômico-social. Além disso, a previsibilidade da repercussão econômica e a constatação dos resultados efetivos da repercussão alcançam-se por aproximação ainda distante e nebulosa, mediante utilização de princípios financeiros extremamente complexos e cujos resultados ainda são de natureza macroeconômica." (BECKER, 2018, p. 576-577)

A distinção entre contribuinte de direito e de fato, portanto, trata de matéria que pode ter relevância sob o ponto de vista econômico, não jurídico,[5] e muito menos para conferir efeitos mais gravosos no âmbito penal.

Nessa linha, destaca-se o parecer de Alamiro Velludo Salvador Neto sobre a questão ora estudada, datado de 15 de janeiro de 2019:

> "O tipo penal do artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8137/1990, no que se refere ao ICMS, atinge apenas o substituto que cobra e recebe o ICMS/ST por fora do preço, mas não o repassa ao Estado (*substituição tributária para a frente*). É atípica a conduta de omissão de recolhimento de ICMS próprio, ainda que embutido no preço. Isso porque o adquirente não é contribuinte deste imposto, não havendo aqui cobrança ou desconto de valor tributário. O contribuinte apenas paga o preço total da mercadoria, não possuindo sujeição alguma

5. A rigor, o único efeito prático dessa diferenciação é em relação à restituição dos tributos, conforme previsto no art. 166 do CTN.

> perante o Fisco. Em resumo, *não se pode confundir dever jurídico-tributário que recai sobre o empresário-contribuinte com o mero ônus econômico que é suportado pelo adquirente*."[6]

Perceba-se que o comerciante está sendo denunciado pelo crime conhecido como de apropriação indébita tributária. Ora, como o comerciante pode se apropriar de algo que ainda é dele? O consumidor, reitere-se, não participa da relação jurídico-tributária.

Diante do exposto, percebe-se que a interpretação que acabou prevalecendo no âmbito do STF em torno do inciso II do artigo 2 da Lei 8.137/1990 não se sustenta do ponto de vista tributário.

4. Conclusão

A inadimplência fiscal representa problema bastante grave, tanto do ponto de vista econômico quanto social, uma vez que as receitas tributárias constituem fonte principal de financiamento das atividades estatais e das políticas públicas. A tributação não é apenas um poder do Estado. Pagar tributos é um dever fundamental do cidadão, que deve colaborar para a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e nas leis brasileiras.

Contudo, é necessária a diferenciação entre a inadimplência e a fraude fiscal. Essa diferenciação é consentânea com a finalidade do Direito Penal, além de ser impositiva sob a ótica constitucional. A delimitação do espaço legítimo de atuação do direito penal no âmbito dos crimes tributários, com a exclusão de condutas que não possuem uma carga de reprovabilidade suficiente para provocar a intervenção criminal dentro de uma noção de *ultima ratio,* também não significa que seja vedada a criminalização da fraude fiscal em nosso ordenamento.

A fraude fiscal, em suas diversas modalidades, deve ser exemplarmente combatida pelo direito penal, sendo a persecução penal e a aplicação de pena plenamente justificadas, tanto por seu aspecto retributivo, quanto preventivo.

Em um cotejo analítico de proporcionalidade entre os valores constitucionais da liberdade individual e da própria ordem jurídica tributária, na qualidade de bem jurídico tutelado pelo tipo em discussão, a intervenção criminal só se justifica na medida em que houver alguma forma de fraude por parte do agente. A fraude, e não a dívida, é o objeto da norma penal.

6. SALVADOR NETTO, Almiro Velludo. Consulta Jurídica. São Paulo: Universidade de São Paulo, Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, 15.01.2019.

Logo, acredita-se que a melhor interpretação para o art. 2, inciso II, da Lei 8.137/1990 é aquela que compatibiliza a necessária reprovação da conduta do agente que deixa de pagar os tributos, mas também que respeita as garantias penais fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Além disso, do ponto de vista tributário, defende-se que o tipo penal da apropriação indébita tributária está estritamente relacionado à substituição tributária. Isso significa que, para a ocorrência do tipo, faz-se necessário que o sujeito passivo da obrigação tributária desconte ou cobre tributo ou contribuição social e não o/a recolha aos cofres públicos no prazo legal.

No caso do ICMS, independentemente de quão longa seja a cadeia de circulação de mercadoria, o consumidor final não é contribuinte do imposto, e sim mero adquirente da mercadoria, encontrando-se fora da relação jurídico-tributária. O tipo penal previsto no art. 2, inciso II, da Lei 8137/1990 exige o não recolhimento de tributo descontado ou cobrado e isso não é possível em face daquele que não participa da relação jurídico-tributária. Em sendo assim, no caso analisado pelo STF, entende-se que não há apropriação indébita de tributo devido por terceiro, pois o tributo é devido pela própria empresa.

Com a tramitação do Projeto de Lei 6.520/2019 no Poder Legislativo, espera-se que a matéria seja debatida de maneira efetiva no Congresso Nacional, prevalecendo o entendimento que se sustenta do ponto de vista tributário e, principalmente, do ponto de vista constitucional.

5. Referências

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 7. ed. São Paulo: Noeses, 2018.

BITTENCOURT, C. Roberto. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DÓRIA, A. de Sampaio. *Direito Constitucional*. 1960, v. 4.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2007.

GRUBER, Jonathan. *Finanças Públicas e Política Pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2009.

KÖHLER, Michael. *Strafrecht*. Berlim: Springer, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA, André Mendes. *A não-cumulatividade dos tributos*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2012.

MUSGRAVE, Richard A; MUSGRAVE, Peggy B. *Finanças Públicas*: teoria e prática. Trad. Carlos Alberto Primo Braga. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1980.

PAULSEN, L. *Curso de direito tributário completo*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROXIN. *Derecho Penal*. 1997.

RUIVO, Marcelo. Os crimes de sonegação fiscal (arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90): bem jurídico, técnica de tutela e elementos subjetivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 160, ano 27, p. 57-84. São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa; CANTERJI, Rafael. Estado, economia e direito penal: o direito penal tributário no liberalismo, no *welfare state* e no neoliberalismo. In: TANGERINO, Davi de Paiva Costa; GARCIA, Denise Nunes (Coord.). *Direito Penal Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- O reconhecimento da inconstitucionalidade do benefício fiscal e a obrigação de o estado concedente promover a arrecadação do ICMS não recolhido, de Leonardo Nunes Marques e Thaiany Costa Fernandes – *RTrib* 119/175-199 (DTR\2014\18645).

Compliance anticorrupção e modelagem regulatória: regulação prescritiva e risco de implantação de programas de fachada

Anti-corruption compliance and regulatory modeling: prescriptive regulation and the risk of implementing sham programs

Vânia Lúcia Ribeiro Vieira

Doutoranda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). É Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), com bacharelados em Direito pela UFMG e em Administração Pública pela Escola de Governo da Fundação João Pinheiro de Minas Gerais (FJP). Professora do MBA em *Compliance* e Governança da UnB, da Pós-Graduação em Direito Administrativo do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e do LLM em Controle e Combate à Corrupção do IDP. É Procuradora Federal da Advocacia-Geral da União (AGU), atualmente Procuradora-Chefe da Escola Nacional de Administração Pública (Enap). Foi Secretária de Estado de Transparência e Controle do Distrito Federal, Consultora Jurídica do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e Diretora de Transparência e Prevenção da Corrupção da Controladoria-Geral da União (CGU).
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7963-4879
vieira.vania@gmail.com

Márcio Iório Aranha

Pós-Doutor em Direito pela University of Southern California – EUA. Doutor em Ciências Sociais (Estudos Comparados sobre as Américas) pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito e Estado pela UnB. Professor concursado efetivo de Direito Constitucional e Administrativo da Faculdade de Direito da UnB, onde atua como Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado. É Diretor do Centro de Políticas, Direito, Economia e Tecnologias das Comunicações da UnB (CCOM/UnB) e do Núcleo de Direito Setorial e Regulatório (NDSR/FD/UnB), presidindo o corpo editorial da *Revista de Direito Setorial e Regulatório* (*Journal of Law and Regulation*).
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9436-0987
iorio@ccom.unb.br

Recebido em: 02.05.2019
Aprovado em: 19.02.2020
Última versão dos autores: 21.02.2020

Áreas do Direito: Penal; Administrativo

Resumo: O propósito deste trabalho é analisar, à luz da Teoria da Regulação baseada no Desempenho, o modelo regulatório anticorrupção brasileiro, adotado a partir da aprovação da Lei 12.846/2013,

Abstract: To analyze, in the light of Performance-Based Regulation Theory, the Brazilian anticorruption regulatory model, adopted since Law 12,846/2013 came into effect and implemented

e implementado pela Controladoria-Geral da União (CGU), a fim de verificar se ele encoraja a consecução dos objetivos regulatórios ou se, ao revés, pode induzir a adoção de programas anticorrupção de fachada. A pesquisa fundamenta-se na Teoria da Regulação baseada no Desempenho, cuja abordagem prioriza a consecução dos objetivos regulatórios, oferecendo flexibilidade ao regulado para que ele adote as estratégias que entender necessárias e adequadas para o alcance dos resultados estabelecidos. Valendo-se da referida Teoria, foram avaliadas as normas que compõem o marco legal que disciplina o modelo regulatório anticorrupção brasileiro, bem como os manuais e demais documentos oficiais publicados pela CGU e utilizados na avaliação de programas de *compliance*, os quais expressam a prática institucional do órgão. Como referência comparativa, analisou-se o modelo norte-americano de regulação e avaliação de programas de *compliance* corporativos, o qual atribui especial ênfase ao exame da efetividade desses programas. O artigo evidencia que, não obstante o avanço na tentativa de se estabelecer, de forma inédita no Brasil, modelagem regulatória dedicada a induzir a ética e a conformidade do comportamento das empresas em suas relações com a Administração Pública, o desenho adotado está baseado na regulação prescritiva e rígida de ações que privilegia o cumprimento de *checklist* de medidas anticorrupção, cuja implementação é verificada a distância, de modo precipuamente formal. A análise presente neste trabalho pode contribuir para debates acerca do aprimoramento do desenho regulatório anticorrupção brasileiro e da atuação da CGU nesse processo. O presente artigo preenche uma relevante lacuna no estudo da política regulatória de prevenção e combate à corrupção, visto que o problema é, tradicionalmente, estudado e enfrentado apenas do ponto de vista repressivo, sem que sejam formuladas as necessárias e adequadas estratégias regulatórias de conformação do comportamento das empresas em suas relações com a Administração Pública.

Palavras-chave: Regulação – Programas de *compliance* – *Compliance* anticorrupção – Controladoria-Geral da União – Programas de fachada.

by the Office of Comptroller General (CGU), in order to check whether it encourages the achievement of regulatory aims or whether, conversely, it may induce the adoption of sham anticorruption programs. The research is based on the theory of performance-based regulation, which by way prioritizing the achievement of regulatory aims, offer flexibility to the regulated sector to adopt the strategies deemed necessary and adequate to reach the established results. In view of the Performance-Based Regulation Theory, there were evaluated the standards set by the legal framework that governs the Brazilian anti-corruption regulatory model, as well as manuals and other official documents published by the CGU and used in the evaluation of compliance programs, which represent the institutional practice of the body. As a benchmark, the *US* model of regulation and evaluation of corporate compliance programs was analyzed, which places special emphasis on examining the effectiveness of these programs. The article shows that, despite the unprecedent advance in the attempt to establish a regulatory modeling conducive to the increase on ethics and compliance behavior by companies in their relations with the Public Administration, the design adopted is based on the strict regulation of actions that privileges the fulfillment of a checklist of anticorruption measures, whose implementation is formally verified at a distance. The analysis presented in this paper may contribute for the discussions over the improvement of the Brazilian anti-corruption regulatory design and the CGU's performance in this process. This article fills a relevant gap in the study of the regulatory policy on preventive measures for an accountable, non-corrupt government in Brazil, as the problem has traditionally been studied and dealt with only from the repressive point of view, with disregard to the adoption of necessary and adequate regulatory strategies to shape the behavior of companies in their relations with the Public Administration.

Keywords: Regulation – Compliance programs – Anti-corruption compliance – Federal Comptroller's Office – Sham programs.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Teoria da Regulação Baseada no Desempenho. 3. O modelo regulatório brasileiro de fomento à implantação de programas de *compliance* anticorrupção. 4. A atuação da CGU na regulação do *compliance* anticorrupção. 5. A avaliação de programas de *compliance* corporativo pelo *Department of Justice* (*DOJ*) dos EUA: em busca da efetividade. 6. O modelo regulatório anticorrupção brasileiro e o risco da implantação de programas de fachada. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Os mecanismos de *compliance* ganharam relevância no Brasil a partir de 2013, com a edição da Lei 12.846, conhecida como Lei Anticorrupção, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. A Lei brasileira adotou como parâmetro de imputação do ilícito à pessoa jurídica o sistema de responsabilidade objetiva, segundo o qual basta a constatação de que, no interesse ou benefício da empresa, ainda que de forma não exclusiva, foram praticados atos ilícitos, para que se atraia a responsabilidade da pessoa jurídica.

Todavia, como forma de valorizar o comportamento preventivo e atribuir tratamento diferenciado às empresas que possuam adequado *compliance* anticorrupção, a Lei estabelece que a existência e a efetividade de programas de integridade serão necessariamente levadas em consideração na dosimetria das sanções.

Na avaliação desses programas de integridade, a CGU adota metodologia que aproxima tal avaliação a um processo de auditoria, que busca evidenciar, por meio de provas documentais, a implementação das medidas. São aplicados questionários com diversas e detalhadas perguntas, cujas informações devem ser, tanto quanto possível, comprovadas pelas empresas por todos os meios necessários.

O cálculo da multa a ser aplicada resulta, ao final, de uma operação quase matemática, com regras que privilegiam a formalidade e a segurança jurídica e intentam afastar qualquer espaço para a avaliação discricionária dos servidores públicos participantes do processo, relegando a um segundo plano, ou mesmo impossibilitando, a avaliação da efetividade desses programas. Diante do exposto, tendo em vista a importância e o impacto da atuação da CGU no processo regulatório anticorrupção, propõe-se, no presente artigo, a análise da prática institucional do órgão e da legislação que a suporta, *vis-à-vis* a Teoria da Regulação baseada no Desempenho, cujo modelo parte do pressuposto de que as entidades reguladas são capazes de escolher a melhor forma de alcançar os fins visados pela regulação.

Vieira, Vânia Lúcia Ribeiro; Aranha, Márcio Iório. *Compliance* anticorrupção e modelagem regulatória: regulação prescritiva e risco de implantação de programas de fachada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 167. ano 28. p. 149-187. São Paulo: Ed. RT, maio 2020.

Para enfrentar a questão posta sob exame, o artigo analisará o marco legal que disciplina o modelo regulatório anticorrupção brasileiro, bem como os manuais e demais documentos oficiais publicados pela CGU, que expressam a prática institucional do órgão, em especial o seu Manual Prático de Avaliação de Programa de Integridade em Processo Administrativo de Responsabilização – PAR (BRASIL, 2018e) e o Regulamento, Questionário de Avaliação e Documento Orientativo do Programa Pró-Ética.

Inicialmente, serão expostos os pressupostos teóricos, referentes à Teoria da Regulação baseada no Desempenho, que fundamentam a pesquisa. Posteriormente, analisar-se-á o modelo regulatório da Lei 12.846/2013 e seus respectivos regulamentos, os quais estabelecem e disciplinam a responsabilização da pessoa jurídica por ato de corrupção e a possibilidade de que as sanções sejam atenuadas quando a empresa tenha previamente implementado programas de *compliance*. Como referência comparativa, será analisado o modelo norte-americano de regulação e avaliação de programas de *compliance* corporativos e seu processo evolutivo, no sentido de enfatizar, cada vez mais, o exame da efetividade desses programas.

Por fim, avaliar-se-á a prática institucional da CGU no exame de programas de *compliance,* com o intuito de verificar se as estratégias implementadas pelo órgão têm sido capazes de aferir a consecução do fim regulatório visado, qual seja, conformar o comportamento das empresas a um padrão de ética e integridade, ou se, ao contrário, a abordagem adotada, de regulação prescritiva de meios, baseada em *checklist* e com foco excessivo na comprovação documental de medidas, pode estar preterindo a análise do desempenho e efetividade desses programas.

2. A Teoria da Regulação Baseada no Desempenho

Toda regulação busca conformar o comportamento de atores privados de maneira que objetivos públicos sejam alcançados. A regulação pode ser necessária para corrigir falhas ou deficiências de mercado, como a existência de monopólios, a disponibilidade escassa de informação ou a existência de externalidades ou problemas comuns (COGLIANESE e LAZER, 2003; SUNSTEIN, 1989).

A ação regulatória pode intervir em uma das três etapas das atividades de qualquer organização: planejamento, execução ou no produto final, que podem consistir em bens públicos ou privados ou gerar externalidades positivas ou negativas que afetam a sociedade. A regulação se faz necessária porque os atores privados tendem a maximizar seus próprios interesses e a subproduzir bens públicos (LEVI-FAUR, 2010; COGLIANESE e LAZER, 2001).

Não obstante a vasta gama dos termos utilizados para descrever as diferentes estratégias de regulação, há características comuns que as identificam e possibilitam a sua análise sistemática e comparativa[1]. Em termos gerais, são quatro os elementos essenciais presentes em todos os modelos regulatórios: o regulador, que cria e aplica a regra; o sujeito a quem o comando é dirigido e sobre quem são impostas as consequências do descumprimento das regras; o comando, conteúdo emitido pelo regulador; e as consequências do descumprimento, pelo regulado, do comando exarado pelo regulador (LEVI-FAUR, 2010; COGLIANESE, 2016; COGLIANESE; NASH, 2017).

Embora o regulador, frequentemente, seja um órgão ou entidade governamental, ele também pode ser uma entidade privada, a exemplo de associações profissionais, comerciais ou organizações não governamentais, que emitem normas regulatórias. Os sujeitos, alvos da regulação, podem ser atores individuais, empresas ou setores econômicos. Os comandos podem especificar meios (padrões de tecnologia ou processos de gestão específicos, por exemplo) ou fins (padrões de desempenho, que não exigem meios particulares, mas direcionam o alvo a alcançar ou evitar um resultado específico relacionado ao objetivo regulatório (LEVI-FAUR, 2010; COGLIANESE, 2016, COGLIANESE; NASH, 2017).

Já as consequências do comando regulatório podem variar entre consequências negativas, como multas ou sanções por descumprimento, e consequências positivas, como a concessão de subsídios, isenções ou outro tipo de recompensa pelo cumprimento. Quando não são previstas quaisquer consequências para casos de descumprimento, o modelo regulatório é considerado de padrão voluntário, uma vez que o regulado goza de liberdade para conformar ou não o seu comportamento à regra estabelecida (COGLIANESE, 2016; COGLIANESE; NASH, 2017).

Observa-se, assim, que a atividade regulatória, independentemente do modelo adotado, está sempre baseada no binômio liberdade e controle, atuando como instrumento de conciliação entre essas duas condições opostas: o regulador pode conferir total discricionariedade à atuação dos agentes regulados ou pode estabelecer regulamentos que limitem essa discrição, obrigando por meio de sanção, ou induzindo mediante estímulos, que os regulados adequem seus interesses aos interesses da sociedade em geral (COGLIANESE; MENDELSON, 2010).

1. Entre as diversas estratégias regulatórias que podem ser adotadas, três tipos de instrumentos se mostram mais relevantes para a presente análise: o modelo prescritivo; a regulação baseada em desempenho; e a regulação baseada em gestão ou processos (DOLLE; FAUST; LARSEN, 2016).

Quando a regulação se vale da coação e ameaça sancionatória para impor seu regulamento e garantir a conformação do comportamento dos regulados, o modelo adotado é, geralmente, o prescritivo, fundado em estratégias de "comando e controle" (COGLIANESE e LAZER, 2003). A regulação prescritiva é, em regra, baseada em padrões, tecnologias ou processos que devem ser adotados, documentados e auditados, a fim de se identificar, avaliar e gerir riscos. Tal modelo é mais comumente utilizado em contextos nos quais existem múltiplas fontes de risco que exigem variados e rigorosos controles (REX DEIGHTON-SMITH, 2008).

Os modelos regulatórios baseados em estratégias de comando e controle são frequentemente criticados por se dedicarem à fixação rígida, estrita e excessivamente prescritiva de processos ou tecnologias específicas a serem adotados pelas empresas (PARKER, 2002a; COGLIANESE; NASH, 2017). Além disso, esses modelos são vistos como mais onerosos e não razoáveis, na medida em que estabelecem regras e padrões uniformes para regulados diversos ou que atuam em circunstâncias diferentes, ensejando, em alguns casos, a implementação de medidas irracionais, caras, ineficazes ou mesmo contraproducentes (GUNNINGHAM, 1996; MAY, 2010; COGLIANESE, 2017).

Ademais, a especificação rígida de padrões de processos, métodos e sistemas de gestão e de tecnologia pode indicar certa desconfiança em relação à capacidade e idoneidade dos regulados quanto ao alcance dos resultados, já que se oferece a eles pouca ou nenhuma margem de interpretação do comando regulatório (GUNNINGHAM, 1996). O modelo também sinaliza partir da falsa crença de que os reguladores conhecem melhor o objeto regulado ou os meios necessários ou adequados para a consecução dos objetivos regulatórios, o que pode inibir a inovação na busca de novas tecnologias e formas melhores, mais eficazes ou mais baratas de alcançar os resultados visados, ou, ainda, desencorajar a autorregulação das empresas[2], desestimulando a adoção de regras próprias que contribuam para o atingimento dos fins desejados (BRAITHWAITE, 1982; GUNNINGHAM, 1996; COGLIANESE, 2017).

2. A autorregulação é compreendida como modelo regulatório no qual o próprio sujeito, alvo da regulação, emite comandos, que se lhe aplicam, com consequências pelo seu descumprimento. O que distingue a autorregulação de outras abordagens regulatórias não é o comando ou mesmo as consequências, mas sim, a unidade do regulador e do alvo da regulação, ainda que a ação autorreguladora seja motivada por ameaças ou estímulos de reguladores externos (COGLIANESE; MENDELSON, 2010; PARKER, 2002b, GUNNINGHAM, 2017).

Nesse sentido, para fazer frente a esse modelo regulatório tradicional, que impõe às entidades reguladas, de forma rígida, o que fazer e como fazer, certas formas de abordagem baseadas no desempenho exsurgem como alternativa que propõe que os resultados sejam o foco da regulação e que seja conferida liberdade aos regulados para encontrar os meios de atingimento das metas estabelecidas[3].

Entre essas novas abordagens regulatórias, destaca-se a Teoria da Regulação baseada no Desempenho (COGLIANESE, NASH e OLMSTEAD, 2003), que parte do pressuposto de que as entidades reguladas são capazes de escolher a melhor forma de alcançar os fins visados pela regulação, inclusive quanto à melhor relação custo-benefício das soluções de conformidade.

A Teoria da Regulação baseada no Desempenho de Coglianese, Nash e Olmstead (2003) defende que a melhor abordagem regulatória não é a que prescreve o comportamento ou a forma de cumprimento que as entidades reguladas devem adotar, ou os instrumentos ou tecnologias a ser utilizados para se resolver problemas públicos, mas a abordagem que estabelece metas de desempenho, deixando as empresas reguladas livres para descobrir como alcançar os resultados especificados ou os níveis de desempenho fixados (REX DEIGHTON-SMITH, 2008).

Em tal modelo regulatório, o regulador estabelece o padrão de desempenho desejado, mas não especifica como eles devem ser atingidos. Isso incentiva as empresas a encontrar formas mais eficientes, eficazes e inovadoras de alcançar ou até mesmo ultrapassar as metas previstas, valendo-se da vantagem informacional que os regulados possuem (COGLIANESE e LAZER, 2003).

É certo que a Teoria da Regulação baseada no Desempenho não ignora o conceito subjacente às teorias de regulação, segundo o qual todo esforço regulatório é – ou deveria ser – direcionado à obtenção de resultados, e não na adesão a tecnologias específicas ou meios prescritos, uma vez que qualquer regulação objetiva a conformação do comportamento dos regulados a padrões estabelecidos, de forma a se atingir objetivos e interesses públicos (COGLIANESE, 2017).

Ocorre que, na regulação baseada no desempenho, a ênfase está na flexibilidade e discricionariedade que deve ser atribuída ao agente regulado para que esse

3. Abordagens regulatórias identificadas como regulação baseada em desempenho (*performance-based regulation – PBR*) surgiram como uma alternativa à abordagem tradicional de regulação de utilidades públicas baseada em custo do serviço (*cost-of-service regulation – COSR*). A regulação por desempenho se diferenciava da apoiada em custo pelo fato de introduzir um preço de referência exógeno ou preço-teto, reservando-se espaço à criatividade empresarial em encontrar formas para economia de custos, premiando-as por sua eficiência na diminuição de custos (AAS, 2016).

melhor defina as ações necessárias para se alcançar os padrões de desempenho ou os resultados requeridos.

Em outras palavras, a Teoria da Regulação baseada no Desempenho altera o *locus* da tomada de decisão: do regulador para as empresas reguladas, exigindo que estas desenvolvam suas próprias respostas à regulação, adotando planejamento e mecanismos de gestão e controle apropriados ao alcance das metas públicas. A intervenção regulatória se dá, portanto, no processo de saída, já que o regulador estabelece os resultados desejados e avalia, posteriormente, a performance atingida (COGLIANESE, 2016).

Sob tal abordagem, o comportamento das empresas tem o potencial de ser menos caro e mais eficaz do que sob um modelo tradicional de controle endógeno, incentivando, com isso, a implementação de medidas que vão "além do cumprimento" (AYRES e BRAITHWAITE, 1992; COGLIANESE, NASH, OLMSTEAD, 2003; GUNNINGHAM, 2017).

Os benefícios e expectativas potenciais da regulação baseada no desempenho, geralmente apontados pela literatura, em comparação com abordagens mais prescritivas, são: maior eficácia no alcance de objetivos regulatórios específicos; flexibilidade nos meios de aderir ao regulamento; maior capacidade de usar meios alternativos para alcançar objetivos, incentivo à inovação; incentivo para ir além do mínimo de desempenho e redução dos custos de conformidade para as entidades reguladas, o qual pode implicar a redução do preço de produtos e serviços para a sociedade (COGLIANESE e LAZER, 2003; COGLIANESE, NASH, OLMSTEAD, 2003).

Já as potenciais desvantagens apontadas do modelo são: possíveis inconsistências na aplicação das regras por problemas de interpretação dos reguladores sobre níveis de desempenho aceitáveis ou sobre meios viáveis para se alcançar os fins desejados; diminuição da previsibilidade nas expectativas regulatórias; aumento dos custos de regulação decorrentes do desenvolvimento de padrões de desempenho e de métodos de mensuração de resultados; impactos incertos sobre a equidade no tratamento regulatório e sobre a distribuição social dos riscos regulatórios (COGLIANESE e LAZER, 2003; COGLIANESE, NASH, OLMSTEAD, 2003).

Observe-se que a regulação baseada no desempenho tem sido largamente utilizada em diversos países. Nos Estados Unidos, tanto as administrações republicanas quanto as democratas expressaram, nos últimos anos, preferência pelo uso de padrões de desempenho no processo regulatório. Variantes da regulação baseada no desempenho foram adotadas em vários outros países na regulação da qualidade do ar e da água, segurança de edifícios e incêndios, segurança de produtos

de consumo, eficiência energética, segurança alimentar, práticas florestais, usinas de energia, segurança de tubulações e segurança dos trabalhadores. Também no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) e da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) é crescente o interesse por esse tipo de modelo regulatório (COGLIANESE, 2017).

Não obstante, no entanto, todo o entusiasmo que a regulação baseada no desempenho tem gerado e o avanço conceitual que tem provocado na compreensão da regulação sob a perspectiva do resultado, o modelo não deve ser encarado como uma panaceia e como solução regulatória a ser aplicada em quaisquer circunstâncias, uma vez que ainda inexistem dados empíricos suficientes sobre a viabilidade da utilização do modelo em múltiplas e diversas situações (COGLIANESE, NASH e OLMSTEAD, 2003; BENNEAR, 2006; COGLIANESE, 2017).

Isso porque, embora a regulação baseada no desempenho se mostre, na teoria, como a alternativa regulatória mais desejável, porque focada nos resultados e objetivos regulatórios e na necessária flexibilidade a ser conferida aos regulados para alcançá-los, deve-se considerar as especificidades do objeto regulado e do problema regulatório que demanda solução para se decidir pela adoção, ou não, do modelo (COGLIANESE, 2017; MAY, 2010).

Essa cautela se impõe, em especial, nos casos em que a eventual ineficácia da regulação baseada no desempenho pode trazer dano grave, inestimável ou irreversível à sociedade ou aos indivíduos ou quando tal estratégia não oferece segurança adequada na redução dos riscos envolvidos na atividade regulada. Com efeito, na medida em que essa abordagem põe toda a ênfase nos resultados regulatórios, relevando os meios a serem adotados para alcance dos padrões desejados, o regulador pode ser surpreendido, ao final, pelo não atendimento da performance requerida (MAY, 2010).

Não sem razão, um dos potenciais problemas apontados na adoção desse modelo é a capacidade do regulador de monitorar os resultados. Somente se essa premissa for válida, a flexibilidade da regulação baseada no desempenho produzirá uma maior relação custo-benefício. Quando isso não acontece, qualquer economia obtida pela flexibilidade dos padrões de desempenho pode custar benefícios para a sociedade. (COGLIANESE, 2015).

Assim, para que a teoria ora analisada seja exitosa em seu mister de transferir para os regulados a tarefa de encontrar os meios adequados para o alcance dos objetivos regulatórios, é preciso conferir flexibilidade com responsabilidade, avaliando-se devidamente os riscos, os custos, a viabilidade e razoabilidade de implementação dos padrões exigidos, bem como a possibilidade de sua verificação (MAY, 2003).

Ou seja, a fixação de padrões específicos de desempenho tende a funcionar melhor em contextos em que o regulador conhece bem o setor regulado e as ações necessárias para o alcance das metas; e quando as metas estabelecidas são semelhantes o suficiente para que possam ser impostas universalmente a um conjunto de regulados. Quando, pela natureza das atividades desenvolvidas ou em situações em que o setor regulado for muito amplo e heterogêneo, não for possível especificar os padrões de modo uniforme, tampouco mensurar os resultados alcançados, a regulação baseada no desempenho pode se tornar impraticável e não justificar o custo da regulação (COGLIANESE e LAZER, 2003; COGLIANESE, 2015).

Por isso se diz que a viabilidade da regulação baseada no desempenho depende não apenas dos seus benefícios, mas também do custo de se obter esses benefícios em comparação com outras alternativas regulatórias (BENNEAR, 2007) e que o debate sobre a implementação da regulação baseada no desempenho é menos sobre novas e inovadoras formas de se conceber regimes regulatórios e mais sobre a formulação e introdução de instrumentos baseados em desempenho (MAY, 2003).

Ademais, a regulação baseada no desempenho pode mostrar-se indesejável quando o regulador não puder confiar na atuação dos regulados, como foi o caso do escândalo de emissões indevidas de gases poluentes que envolveu a Volkswagen. Isso porque, se é verdade que a regulação prescritiva enfatiza a conformidade formal às regras, enquanto a regulação baseada no desempenho busca a conformidade material e substantiva, deve-se cuidar para não se oferecer flexibilidade excessiva aos regulados, pois a empresa pode não ser confiável, e seu comportamento tornar-se não só não aderente, mas, abusivo e reprovável (COGLIANESE, 2015; COGLIANESE; NASH, 2017; MAY, 2003).

Com isso, um desafio adicional à adoção do modelo de regulação baseado no desempenho deve ser considerado: em que medida é possível delegar e confiar totalmente aos regulados a responsabilidade pelos meios de consecução de objetivos socialmente desejados? Com efeito, pode estar havendo uma "fé ingênua" de que o mercado e os regulados adotarão as melhores práticas para alcançar os resultados regulatórios (MAY, 2003).

Assim, quando não acompanhada da necessária vigilância e escrutínio mínimo dos meios, a regulação baseada no desempenho pode permitir que regulados mal-intencionados se aproveitem da liberdade e flexibilidade conferidos para descumprirem os padrões de desempenho fixados. Por isso, também nesse modelo focado em resultados, mantém-se o conflito que desafia toda atividade regulatória: o de como garantir o necessário equilíbrio entre liberdade e controle. Em outras palavras, a flexibilidade da regulação baseada no desempenho mostra-se,

ao mesmo tempo, como a principal vantagem e o principal desafio dessa modelagem regulatória (COGLIANESE, 2017).

Nessa esteira, em circunstâncias em que a regulação baseada no desempenho não se apresenta como a mais indicada, seja porque os agentes regulados são muito heterogêneos, seja pela dificuldade de se monitorar a atividade, a regulação baseada na gestão pode ser considerada como melhor alternativa, uma vez que atribui ao regulador a responsabilidade por estabelecer critérios e parâmetros para o gerenciamento de processos a serem aplicados pelo regulado, bem como por certificar a conformidade das práticas aos padrões estabelecidos, valendo-se de informações prestadas pelos próprios regulados ou colhidas por terceiros (COGLIANESE, LAZER, 2003; COGLIANESE, NASH, 2017)[4].

Ressalte-se, no entanto, que reconhecer os limites da regulação baseada no desempenho não significa defender o fracasso do modelo ou recomendar que os governos nunca o adotem. Tampouco significa negar a sua vantajosa relação custo-benefício. Reconhecer os limites do modelo baseado no desempenho significa cobrar dos reguladores a necessária e responsável vigilância do processo e de sua realidade de implementação. Isso porque – sim, a regulação baseada no desempenho é, em tese, mais "moderna, superior e sofisticada" que a regulação prescritiva (REX DEIGHTON-SMITH, 2008), mas ela requer monitoramento permanente e efetivo, para que não se corra o risco de empresas começarem a se aproveitar da flexibilidade que os padrões de desempenho oferecem (COGLIANESE, 2015; COGLIANESE, 2017).

3. O modelo regulatório brasileiro de fomento à implantação de programas de *compliance* anticorrupção

O[5] Brasil assistiu, nos últimos tempos, a considerável avanço e fortalecimento das normas e políticas de prevenção e combate à corrupção. Influenciado pelo

4. A regulação baseada na gestão pode se valer de diferentes instrumentos para conformar as práticas e processos das empresas, que vão desde a simples exigência de que as empresas emitam uma declaração pública que explicite suas estratégias para atingir as metas regulatórias, as quais poderão ser fiscalizadas por terceiros; o estabelecimento de regras sofisticadas que exijam que empresas revisem amplamente seus processos e técnicas de produção; até regras que imponham a certificação ou aprovação externa dos seus processos pelo órgão regulador ou por um auditoria independente.

5. Ressalte-se que se parte da premissa, neste trabalho, de que a modelagem regulatória anticorrupção brasileira é constituída, basicamente, de instrumentos que atuam como

movimento internacional de promoção da ética nos negócios e de corresponsabilização do setor privado pelo problema da corrupção[6], o País adotou, em 2013, a Lei 12.846 (BRASIL, 2013), a chamada Lei Anticorrupção, que estabelece a punição de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira (CARVALHO, 2018).

A Lei brasileira não exige comprovação de dolo ou culpa da corporação ou de seus dirigentes, tampouco que haja ocorrido falha da organização, pois adotou como parâmetro de imputação do ilícito à pessoa jurídica o sistema de responsabilidade objetiva, segundo o qual basta que seja constatado que, no interesse ou benefício da empresa, ainda que de forma não exclusiva, foram praticados atos ilícitos, para que se atraia a responsabilidade da pessoa jurídica.

A Lei Anticorrupção brasileira previu, no entanto, a possibilidade de que essa responsabilidade seja atenuada caso a empresa demonstre possuir adequado *compliance* anticorrupção, os denominados programas de integridade, legalmente definidos como o conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e conduta, políticas e diretrizes com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira[7].

---

incentivos positivos na indução da implementação de programas de *compliance* e, por consequência, na conformação do comportamento das empresas a um padrão de ética e integridade em suas relações com a Administração Pública. Esses incentivos são: a mitigação das sanções, previstas na Lei 12.846, de 2013, e o benefício reputacional resultante do reconhecimento público do esforço voluntário das empresas, participantes do programa Pró-Ética, em se comprometer com a integridade e o combate à corrupção. Mais recentemente, outros tipos de instrumentos vêm surgindo, caracterizados como condicionantes ou sanções por negação de benefícios ou serviços governamentais, como a limitação de acesso a contratos, imposta por bancos públicos de fomento, a exemplo do BNDES, a empresas que não investem na adoção de programas anticorrupção.

6. Registre-se, nesse sentido, a celebração, nos últimos anos, de diversas convenções internacionais contra a corrupção, as quais estabelecem o compromisso dos Estados-membros de responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção e preveem medidas a serem adotadas pelo setor privado para prevenir e combater a corrupção. A Convenção da ONU, a mais abrangente delas, foi o primeiro tratado a dedicar capítulo específico ao setor, relacionando, em seu art. 12, diversas medidas objetivas que devem ser implementas pelas empresas nesse sentido.

7. A Lei Anticorrupção estabeleceu, em seu art. 7º, que deverão ser levados em consideração na aplicação das sanções os seguintes critérios: a gravidade da infração; a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; a consumação ou não da infração; o grau de lesão

Ou seja, o programa de *compliance* constitui um dos critérios de dimensionamento dessa responsabilidade, fornecendo elementos que permitam à empresa e seus dirigentes se defenderem, por meio da demonstração de que foram adotadas todas as medidas possíveis e de que todos os esforços foram empreendidos para se prevenir ou evitar a ocorrência do ilícito e que não houve falha de organização ou violação do dever de cuidado e vigilância (SAAVEDRA, 2016).

Para regulamentar a Lei 12.846 (BRASIL, 2013), foi editado o Decreto 8.420 (BRASIL, 2015), o qual estabelece 16 (dezesseis) parâmetros que serão considerados na avaliação da existência e aplicação do programa de integridade (art. 42)[8],

ou perigo de lesão; o efeito negativo produzido pela infração; a situação econômica do infrator; a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; 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 (programa de *compliance*); e o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados.

8. Os parâmetros são os seguintes: I – comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II – padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III – padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV – treinamentos periódicos sobre o Programa de Integridade; V – análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao Programa de Integridade; VI – registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII – controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; VIII – procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX – independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do Programa de Integridade e fiscalização de seu cumprimento; X – canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé; XI – medidas disciplinares em caso de violação do Programa de Integridade; XII – procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII – diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; XIV – verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;

bem como prevê que o porte e as especificidades da pessoa jurídica serão também considerados (art. 42, § 1º).

Para detalhar as regras de avaliação dos programas de integridade, a CGU editou a Portaria 909 (BRASIL, 2015), estabelecendo que, para fins de definição do percentual de redução da sanção imposta, levará em consideração as informações prestadas e sua comprovação, o grau de adequação do Programa ao perfil da empresa, bem como a efetividade do programa.

No processo de avaliação, a pessoa jurídica deve apresentar: relatório de perfil e relatório de conformidade do programa, devendo comprovar, pelos meios necessários, as informações apresentadas. O relatório de perfil tem por objetivo contextualizar o avaliador sobre as características da empresa e os riscos a que se submete para o exercício de suas atividades[9]. Tais informações são importantes para que os avaliadores possam analisar as medidas apresentadas conforme sua aptidão para mitigar os riscos, de acordo com as especificidades da empresa. Já no relatório de conformidade do programa, por sua vez, a empresa deve descrever as medidas implementadas, em atendimento aos parâmetros do Decreto 8420/2015[10]. Além disso, deve demonstrar a aplicação do programa em seu

XV – monitoramento contínuo do Programa de Integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei no 12.846, de 2013; e XVI – transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

9. O artigo 3º da Portaria (BRASIL, 2015) explicita o que deve ser informado pela empresa no relatório de perfil: "Art. 3º No relatório de perfil, a pessoa jurídica deverá: I – indicar os setores do mercado em que atua em território nacional e, se for o caso, no exterior; II – apresentar sua estrutura organizacional, descrevendo a hierarquia interna, o processo decisório e as principais competências de conselhos, diretorias, departamentos ou setores; III – informar o quantitativo de empregados, funcionários e colaboradores; IV – especificar e contextualizar as interações estabelecidas com a administração pública nacional ou estrangeira, destacando: a) importância da obtenção de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas atividades; b) o quantitativo e os valores de contratos celebrados ou vigentes com entidades e órgãos públicos nos últimos três anos e a participação destes no faturamento anual da pessoa jurídica; c) frequência e a relevância da utilização de agentes intermediários, como procuradores, despachantes, consultores ou representantes comerciais, nas interações com o setor público; V – descrever as participações societárias que envolvam a pessoa jurídica na condição de controladora, controlada, coligada ou consorciada; e VI – informar sua qualificação, se for o caso, como microempresa ou empresa de pequeno porte". (BRASIL, 2015)

10. O art. 4º da Portaria (BRASIL, 2015) estabelece o conteúdo do relatório de conformidade: "Art. 4º No relatório de conformidade do programa, a pessoa jurídica deverá:

cotidiano – histórico de dados, estatísticas, casos concretos – e o funcionamento do programa perante o ato lesivo objeto de apuração.

Segundo a referida Portaria (BRASIL, 2015), programas meramente formais e que se mostrem absolutamente ineficazes para mitigar o risco de ocorrência de atos lesivos da Lei 12.846, de 2013, não serão considerados na dosimetria da multa e a concessão do percentual máximo é condicionada ao atendimento pleno dos requisitos exigidos.

A Portaria (BRASIL, 2015) também prevê que, caso o Programa de Integridade avaliado tenha sido criado após a ocorrência do ato lesivo objeto da apuração, o potencial de atuação do programa na prevenção, detecção e remediação do ato lesivo será considerado automaticamente não atendido, podendo a autoridade realizar entrevistas e solicitar novos documentos para fins de avaliação do Programa.

Observe-se que esse incremento normativo gerou um forte movimento de mercantilização dos programas de *compliance*. De fato, as empresas se veem compelidas a investirem na adoção desses programas porque esses se mostram como o principal, senão o único instrumento de que dispõem para, em casos de processos administrativos ou judiciais, poderem discutir o escopo da responsabilidade da empresa e de seus dirigentes na prática de ilícitos ou na provocação de danos, afastando ou diminuindo as sanções impostas (FRAZÃO; MEDEIROS, 2018).

Nesse contexto, o desafio que se impõe é o de como induzir as empresas a adotarem programas de *compliance* que não sejam baseados apenas em *checklists* padrão, mas que busquem a real adequação e efetividade de suas medidas (FRAZÃO; COSTA, 2019)

4. A atuação da CGU na regulação do *compliance* anticorrupção

Para o bom desempenho de sua missão institucional, a CGU publicou, em 2018, o Manual Prático de Avaliação de Programa de Integridade no Âmbito de

I – informar a estrutura do programa de integridade, com: a) indicação de quais parâmetros previstos nos incisos do caput do art. 42 do Decreto 8.420, de 2015, foram implementados; b) descrição de como os parâmetros previstos na alínea 'a' deste inciso foram implementados; c) explicação da importância da implementação de cada um dos parâmetros previstos na alínea "a" deste inciso, frente as especificidades da pessoa jurídica, para a mitigação de risco de ocorrência de atos lesivos constantes do art. 5º da Lei 12.846, de 1o de agosto de 2013; II – demonstrar o funcionamento do programa de integridade na rotina da pessoa jurídica, com histórico de dados, estatísticas e casos concretos; e III – demonstrar a atuação do programa de integridade na prevenção, detecção e remediação do ato lesivo objeto da apuração". (BRASIL, 2015)

Processos Administrativos de Responsabilização – PAR (BRASIL, 2018e), com o objetivo de auxiliar os servidores que compõem as comissões responsáveis pela condução desses processos.

A metodologia de avaliação adotada está fundamentada na aplicação de questionário (Planilha de Avaliação) organizado em três blocos de análise: Cultura Organizacional de Integridade – COI; Mecanismos, Políticas e Procedimentos de integridade – MPI; Atuação da Pessoa Jurídica em relação ao ato lesivo – APJ, cada um composto por uma série de perguntas que visa a nortear o trabalho do avaliador no sentido de verificar a existência, a aplicação e a efetividade das medidas de integridade apresentadas pela pessoa jurídica.

As perguntas relacionadas à aplicação prática do Programa de Integridade possuem maior peso em geral do que as perguntas relacionadas à simples existência de medidas formais e, entre as primeiras, são mais valorizadas no cômputo da multa as perguntas referentes à Cultura Organizacional de Integridade. Todas as perguntas devem ser respondidas, salvo aquelas consideradas "não aplicável", cabendo ao avaliador apenas responder "não", "parcialmente" ou "sim" às perguntas de cada bloco de avaliação e indicar o documento apresentado que comprova a resposta. A resposta do avaliador é multiplicada pelo peso previamente atribuído à pergunta, e o resultado desse cálculo resultará na pontuação obtida ao final pela pessoa jurídica e indicará automaticamente o percentual de redução que deverá ser considerado para dosimetria da multa (BRASIL, 2018e).

A avaliação do Programa de Integridade é apenas um dos parâmetros previstos na legislação como mecanismo apto a reduzir o percentual da multa, sendo certo que a redução pode variar de 1,0% a 4,0% do faturamento bruto (base de cálculo), a depender do nível de efetividade do programa. Como existem outros parâmetros que impactam esse cálculo, o Manual da CGU (BRASIL, 2018e) recomenda que a comissão processante realize a análise dos demais critérios antes de iniciar a avaliação do programa, pois "entende-se desnecessária a análise do Programa de Integridade quando o resultado da análise dos demais parâmetros dos artigos 17 e 18 do Decreto 8.420 (BRASIL, 2015) já indicar uma alíquota igual ou inferior a zero".

Isso porque,

> "nessa circunstância, será aplicado o disposto no artigo 19 do Decreto n. 8.420 (BRASIL, 2015), o qual prevê que no caso de o resultado da análise dos parâmetros chegar a uma alíquota igual a zero ou negativa, o valor da multa corresponderá a 0,1% do faturamento bruto ou R$ 6.000,00, a depender do método de definição do faturamento bruto utilizado".

Adicionalmente, o documento prevê outra situação em que a comissão poderá deixar de realizar a análise do Programa de Integridade: quando verificar que a vantagem auferida pela pessoa jurídica com o ato lesivo sob apuração é igual ou superior a 20% do faturamento bruto anual (base de cálculo), uma vez que o inciso I do art. 6º da Lei 12.846 (BRASIL, 2013), ao dispor que a multa seria de 0,1% a 20% do faturamento bruto da pessoa jurídica, apontou também que a vantagem auferida seria o limite mínimo da multa. Nesse caso, o valor da vantagem auferida passa a ser o valor da multa, de forma que não mais se faz necessário, conforme orienta o documento, avaliar o Programa de Integridade.

Por essa razão, a comissão avalia sempre o Programa de Integridade da empresa apenas no momento da elaboração do relatório final, quando já possui um entendimento firmado sobre a responsabilização da pessoa jurídica processada e sobre a possibilidade de o Programa de Integridade impactar a redução do valor da multa e, ainda assim, que o faça desde que existentes, cumulativamente, as seguintes condições: conclusão pela proposição de multa; a ponderação dos demais parâmetros considerados no cálculo da multa indicam um percentual de multa superior a zero; a vantagem auferida pela empresa for inferior a 20% do faturamento bruto anual (BRASIL, 2018e).

Além do Manual ora analisado, a CGU editou documentos que orientam a avalição dos programas de integridade no âmbito do Programa Pró-Ética. Trata-se de iniciativa criada ainda em 2010[11], com o objetivo de promover e reconhecer[12] a adoção voluntária de medidas de integridade e prevenção da corrupção pelo setor privado (BRASIL, 2018a).

O Pró-Ética divulga lista de empresas que, voluntariamente, submetem seus programas de *compliance* anticorrupção à avaliação e aprovação do Comitê-Gestor do projeto. Para participar, a empresa interessada deve realizar sua inscrição durante o período divulgado, atendendo todos os requisitos do processo[13], o qual

11. A iniciativa, pioneira na América Latina, foi da CGU em parceria com o Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social.

12. Conforme dispõe o Regulamento do Programa, "O Pró-Ética não é uma certificação e a aprovação para integrar a lista de Empresas Pró-Ética não gera à empresa quaisquer direitos, garantias ou privilégios em suas relações com o setor público". Não obstante, é recorrente o debate acerca da possibilidade de se conceder outros benefícios às empresas qualificadas, além do reconhecimento público, como vantagens em processos licitatórios junto a órgãos e entidades do governo federal (BRASIL, 2018a).

13. Para ser aprovada no Pró-Ética, não podem existir contra a empresa processos administrativos ou judiciais, denúncias ou quaisquer notícias desabonadoras que possam

compreende, basicamente, o preenchimento de formulários eletrônicos, em resposta a um questionário de análise do perfil da empresa – com perguntas sobre área de atuação, estrutura, relação com a Administração Pública, entre outras, que visam a permitir ao avaliador compreender melhor o grau de exposição da empresa a risco de corrupção e fraudes – e a um questionário de avaliação das medidas anticorrupção adotadas (BRASIL, 2018a).

As respostas fornecidas pelas empresas devem ser acompanhadas de documentos que comprovem as informações prestadas e, caso julgue necessário ou conveniente, a equipe avaliadora da CGU pode realizar visitas *in loco* com o objetivo de verificar ou observar na prática a implementação de medidas de ética e integridade, inclusive por meio de entrevistas a funcionários e colaboradores.

Desde o seu início, e ainda hoje, o Programa requer da empresa, entre outras medidas, "a adoção de regras formais de relacionamento com o setor público, códigos de conduta, canais internos de denúncias, sistemas de controle e auditoria, programa de *compliance* e política de transparência." (BRASIL, 2018a)

Em 2014, o Programa Pró-Ética foi submetido a uma primeira reformulação, com objetivo de adequá-lo às mudanças trazidas pela Lei 12.846/2013, facilitar o acesso de micro e pequenas empresas ao projeto e aumentar a divulgação em torno das empresas positivamente avaliadas. Foi desenvolvida nova metodologia de avaliação, que passou a ser realizada por meio de questionário aberto, complementado por análise prévia de perfil da empresa, na tentativa de se intensificar o exame qualitativo das medidas de integridade, exigindo-se, cada vez mais, a sua customização, ou seja, sua adequação às necessidades específicas da empresa (ALBRES, 2018).

Mais recentemente, em 2018, a CGU promoveu novas mudanças no formato do Programa: entre as mudanças, houve a alteração da pontuação das áreas de avaliação, passando os temas "Comprometimento da Alta Direção e Compromisso com a Ética" e "Políticas e Procedimentos" a ter maior peso na nota final (BRASIL, 2018a).

Atualmente, as diversas perguntas formuladas às empresas candidatas ao Programa estão organizadas em seis grandes temas: comprometimento da alta

provocar dúvidas ou questionamentos sobre o compromisso da empresa com a ética, a integridade e o combate a atos de fraude e corrupção. Ademais, a empresa é obrigada a assinar Termo de Compromisso com a Ética e a Integridade antes de seu nome ser divulgado. Conforme o Regulamento, o termo tem como objetivo "[...] declarar publicamente sua disposição para atuar e contribuir para um ambiente mais íntegro, ético e transparente no setor privado e em suas relações com o setor público." (BRASIL, 2018a)

direção e compromisso com a ética; políticas e procedimentos, que estão subdivididos em padrões de conduta, avaliação de parceiros de negócios e controles interno e externo; comunicação e treinamento; canais de denúncia e remediação; análise de riscos e monitoramento; e transparência e responsabilidade social (BRASIL, 2018a).

Também o questionário de avaliação foi reformulado para simplificar o preenchimento, agora voltado à comprovação documental das medidas implementadas, com o objetivo de gerar maior celeridade ao procedimento. Além disso, passou-se a disponibilizar espaço para que a empresa apresente comentários e explicações que possam auxiliar o avaliador na compreensão das evidências relacionadas às questões (BRASIL, 2018d).

Com efeito, é de se observar que o novo Documento Orientativo do Pró-Ética se inicia com a fixação do que denomina de "Regras de Ouro" do Programa: as respostas devem ser comprovadas documentalmente, acompanhadas de comentários e explicações diretas e objetivas, quando houver essa possibilidade; a relação de documentos indicados para a comprovação das respostas tem caráter exemplificativo e, portanto, a empresa pode anexar os documentos que entender necessários para melhor comprovar suas respostas; em uma avaliação de programa de integridade, espera-se verificar a existência, aplicação e efetividade das medidas, cabendo à empresa demonstrar que o programa está devidamente instituído, com procedimentos em prática na sua rotina e que, portanto, não se constitui mera declaração de intenções (BRASIL, 2018b).

Além disso, o Documento consigna que as evidências a serem apresentadas devem constar de documentos formais da empresa, datados e assinados, publicados ou com outro nível de formalização equivalente e que, caso haja necessidade de descaracterizar algum documento, seja para preservar sigilo pessoal ou comercial, a empresa deve fazê-lo, cuidando para que as partes não tarjadas sejam suficientes para a análise do documento. Por fim, acrescenta-se que rascunhos, versões preliminares e documentos pendentes de aprovação não serão considerados documentos comprobatórios de práticas e mecanismos de integridade (BRASIL, 2018b).

O novo regulamento do Programa prevê, também, a possiblidade de a CGU realizar testes de canais de denúncias e utilizar as constatações obtidas para confrontar as informações anteriormente repassadas pelas empresas, a fim de verificar a existência, funcionamento e confiabilidade desses canais (BRASIL, 2018a).

As alterações promovidas no questionário de avaliação do Pró-Ética expressam a tentativa de se evoluir para uma abordagem avaliativa mais centrada nas evidências sobre o desenho, a aplicação e a maturidade dos programas de

integridade apresentados. Isso porque o órgão reconhece os desafios de se implementar um programa dessa natureza, em especial de se identificar se os programas apresentados são efetivos, fundamentados em uma cultura organizacional forte e resultantes de um trabalho concreto para melhorar a integridade no ambiente corporativo (BRASIL, 2018a).

Segundo a CGU, ao longo da implementação do Programa nos últimos anos, não obstante todo o esforço de aprimoramento contínuo da metodologia, constatou-se, em muitos casos, que as empresas buscaram o Pró-Ética apenas como um fim em si mesmo, e não como o resultado de um processo consistente, que tivesse como foco a integridade institucional. Nesse sentido, o órgão admite que questões como adequação do programa ao perfil, com os riscos e especificidades de cada empresa, continuam sendo fundamentais no processo de avaliação (BRASIL, 2018b).

5. A avaliação de programas de *compliance* corporativo pelo *Department of Justice* (*DOJ*) dos EUA: em busca da efetividade

A criação de programas de *compliance* como instrumentos de gestão de riscos e de dimensionamento da responsabilidade da pessoa jurídica pela prática de ilícitos tem origem nos Estados Unidos, em 1906, com a promulgação do *Food and Drug Act e* a correspondente criação do *FDA,* o qual estabeleceu modelo regulatório e de fiscalização centralizados de determinadas atividades relacionadas à saúde alimentar e ao comércio de medicamentos, obrigando as empresas do setor a implementarem alguns princípios de *compliance* (SOLTES, 2018).

Posteriormente, em 1913, a cultura de conformidade foi fortalecida com a criação do *Federal Reserve System* (Banco Central dos EUA), o qual instituiu um sistema financeiro mais estável, seguro e adequado às leis, exigindo das instituições financeiras a adoção de medidas concretas de *compliance* (SOLTES, 2018).

Em 1977, como grande avanço desse processo, foi promulgado *o FCPA* (*Foreign Corrupt Practices Act*), que combate à corrupção transnacional, obrigando as empresas a manter livros e registros que reflitam precisamente as suas transações, bem como a estabelecer um sistema adequado de controles internos (KOEHLER, 2012b; SOLTES, 2018).

A medida não foi, no entanto, suficiente para fazer frente ao problema da corrupção. Na década seguinte, em 1985, após um grande escândalo envolvendo a indústria de defesa do país, 32 empresas do setor decidiram criar voluntariamente a *DII* (Iniciativa da Indústria de Defesa sobre Ética e Conduta Empresarial), a qual estabeleceu um conjunto de princípios e padrões elevados de ética e de boa

conduta para se autorregularem. Para as empresas, essa autorregulação se mostrou vantajosa, na medida em que lhes proporcionava mais controle sobre o processo e mitigava a regulação externa de suas atividades. Para os reguladores, a autorregulação também se mostrou atraente, por aliviar o seu trabalho de detecção de ilícitos, enquanto supostamente também reduz a má conduta das empresas (SOLTES, 2018; SOLTES, CHEN, 2018).

Mas o marco decisivo no enfrentamento das fraudes e corrupções corporativas se deu em 1991: impulsionado pelos benefícios advindos da autorregulação e a percepção de que as próprias empresas poderiam ser vítimas das ações de funcionários desonestos, o governo americano, por meio da Comissão de Penas dos EUA (*US Sentencing Commission)*[14], e visando a reduzir a imprevisibilidade, a discricionariedade e a disparidade das sentenças dos tribunais federais, editou o documento Diretrizes Federais para a Condenação – *Federal Sentencing Guidelines, FSG*[15], o qual estabelece, em seu capítulo 8, os parâmetros de um efetivo programa de *compliance* que são considerados pelos juízes norte-americanos para aplicação de penas a pessoas jurídicas (XAVIER, 2015; SOLTES, CHEN, 2018; USA, 2018).

Entre as regras expressas no capítulo 8 do *US Sentencing Guidelines*, destacam-se as que impõem, como critérios da fixação da pena, a gravidade da ofensa, medida pelo ganho ou perda pecuniária resultante do ilícito, e a culpabilidade da organização, geralmente determinada pelos seguintes fatores: o envolvimento ou tolerância à atividade criminosa; a história pregressa da organização; a violação de uma ordem; e a obstrução da justiça. Os dois fatores que mitigam a punição final de uma organização são: a existência de um programa eficaz de conformidade e ética; e o autorrelato, cooperação ou aceitação de responsabilidade (XAVIER, 2015; USA, 2018).

Ou seja, embora as Diretrizes não exijam que as empresas estabeleçam programas para prevenir, detectar e reportar condutas ilícitas, elas oferecem redução

14. A *US Sentencing Commission* é uma agência independente do Poder Judiciário criada pela *Sentencing Reform Act,* de 1984. O Congresso promulgou esse ato em resposta à então disparidade generalizada na sentença federal. Desde 1987, a *US Sentencing Commission (USSC)* vem atualizando as diretrizes federais de sentenciamento, que são usadas no cálculo de sentenças em casos federais.

15. O *US Sentencing Guidelines* dos Estados Unidos são regras que estabelecem uma política uniforme para o sentenciamento de indivíduos e organizações condenados por crimes e delitos graves (Classe A) no sistema de justiça federal dos Estados Unidos. As Diretrizes não se aplicam a contravenções menos graves e, atualmente, são consideradas apenas como consultivas.

de até 95% do valor da multa para as empresas que demonstrarem a adoção de medidas de *compliance* (SOLTES, 2018).

Para regulamentar esse processo, as Diretrizes especificam os elementos centrais mínimos – os "sete passos" – requeridos de um programa de *compliance:* 1) a implementação de um código de conduta, políticas e procedimentos; 2) a especificação das responsabilidades; 3) a não delegação de poderes a indivíduos que têm propensão a se envolverem em atividades criminosas; 4) comunicação e treinamento; 5) monitoramento e auditoria, incluindo canal para denúncias; 6) atitude adequada e consistente processo disciplinar; e 7) remediação e ações corretivas, incluindo revisão periódica do programa de compliance (SNYDER, 2014; USA, 2018).

A adoção desse guia foi seguida pela publicação de uma série de Memorandos do Departamento de Justiça, os quais incrementaram, sucessivamente, o papel dos programas de *compliance* como instrumentos de dimensionamento da responsabilidade das empresas pela prática de condutas ilícitas (SOLTES, 2018).

Nos últimos 25 anos, relevância, impacto, custo, abrangência e complexidade dos programas de *compliance* aumentaram significativamente: a existência e funcionamento de processos de conformidade são utilizados como parâmetros por agências americanas em diversos setores regulatórios para determinação do valor das multas civis e da imputação criminal, como na Agência de Proteção Ambiental ("EPA"), Departamento de Saúde e Serviços Humanos ("HHS") e *Securities Exchange Commissio*n ("SEC"), além do *DOJ,* que detém competência para declarar se o programa de c*ompliance* de uma empresa é eficaz ou deficiente (SOLTES, 2018).

Em 2012, o *DOJ*, em conjunto com a *SEC*, publicou o Guia *FCPA* (USA, 2012), o qual estabelece as dez características de um programa de c*ompliance* efetivo, tomadas como parâmetros nos processos de investigação de suborno transnacional: 1) compromisso da Gerência Sênior e política claramente articulada contra a Corrupção; 2) Código de Conduta e Políticas de *Compliance* e procedimentos; 3) supervisão, autonomia e Recursos; 4) Avaliação de Risco; 5) treinamento contínuo; 6) incentivo e Medidas Disciplinares; 7) *Due Diligence* de Terceiros e Pagamentos; 8) denúncia confidencial e investigação interna; 9) melhoria contínua: exames periódicos e avaliação; e 10) Fusões e Aquisições: *Due Diligence* de pré-aquisição e da integração de pós-aquisição (XAVIER, 2015; USA, 2012).

Não obstante todo o avanço ocorrido nos EUA, nas últimas décadas, no fortalecimento do papel e da responsabilidade das empresas no combate à corrupção, por meio, principalmente, da implementação de programas de *compliance*, há questões, ainda em aberto, acerca da própria legitimidade da atuação do DOJ,

no que tange à exigência e avaliação de programas de *compliance* corporativo na aplicação do *FCPA* (KOEHLER, 2012a), assim como intenso debate acerca da efetividade dessas medidas e de como mensurá-las (WELLNER, 2005; KOEHLER, 2010; STUCKE, 2013; SOLTES, 2018).

Para os promotores e juízes que atuam nos processos de responsabilização corporativa, a questão assume peso ainda maior, pois a avaliação dos programas de *compliance* é o elemento central na punição das empresas e essas não devem obter "créditos" para a leniência se possuírem um programa "de papel", de mera aparência de eficácia (SNYDER, 2014).

Ocorre que a dificuldade, ou mesmo incapacidade, de se avaliar a eficácia e efetividade dos programas de *compliance* não resulta simplesmente de uma falta de consenso acerca da metodologia a ser adotada, mas da ausência básica de dados gerais mínimos produzidos ou levantados pelas empresas, que sejam apropriados à realização de uma avaliação dessa natureza (SOLTES, 2018).

Essa situação acabou por gerar críticas e questionamentos, nos EUA, acerca da conveniência de se continuar adotando modelo de redução de penalidades de empresas, fundado na existência de programas de *compliance* que parecem simplesmente atender a espécie de *checklist* e são chamados de *box-ticking* ou *one size fits all approach to compliance* (KOEHLER, 2010; XAVIER, 2015).

Com efeito, não obstante toda a ênfase colocada nesses programas nos últimos anos, não há, ainda, pesquisa empírica que comprove que eles estejam atingindo seu objetivo WELLNER (2005)[16]. Ademais, eles não foram capazes de impedir a corrupção praticada por instituições financeiras, que resultou na grave

16. Estudos apontam a existência de quatro modelos de programas de *compliance*: *compliance-based*, concentrado em prevenir, detectar e punir as violações da lei; *values-based*, dedicado a promover valores e a incentivar o comprometimento ético dos empregados; *external stakeholder*, com foco na satisfação dos clientes, fornecedores e da comunidade em que a empresa opera; e o modelo *top management protection*, com abordagem de proteção do alto escalão da empresa, isentando-o de culpa em caso de falhas éticas ou legais. Em metade das organizações analisadas nos estudos, predomina o modelo *compliance-based*, adotado apenas para atender ao *US Sentencing Guidelines*, ao passo que pesquisas sugerem que o modelo de programa *values-based compliance* é o mais efetivo para deter práticas corruptas. Por isso, discute-se se o modelo de *checklist* adotado não estaria criando benefícios questionáveis, distorções e desincentivos, na medida em que: (i) encorajam as empresas a adotarem programas subótimos, aquém daqueles que poderiam adotar caso tais elementos não existissem, (ii) privilegiam executivos de alta hierarquia, e (iii) desencorajam pequenas e médias empresas devido ao alto custo de implementação (WELLNER, 2005).

crise econômica de 2008 e parecem estar sendo adotados não com o objetivo de promover uma efetiva mudança de cultura, mas apenas como um "seguro barato" (*cheap insurance policy*) contra uma possível penalidade contra a empresa (STUCKE, 2013).

Assim, em vez de prescreverem a adoção de um rígido *checklist,* as autoridades devem incentivar as empresas a desenvolverem uma cultura organizacional ética, permitindo a implementação de programas adaptados à realidade de cada negócio e avaliando não o atendimento à parâmetros fixos, mas se as ações da empresa são adequadas para impedir a corrupção (WELLNER, 2005; SNYDER, 2014; STUCKE, 2013).

Os crescentes questionamentos e críticas a esse modelo de responsabilização empresarial acabaram levando, em 2015, a uma profunda mudança de foco do Departamento de Justiça norte-americano (DOJ), o qual anunciou, por meio da publicação do Memorando *Yates*[17], a adoção de uma nova política para o controle de ilícitos corporativos, passando a concentrar o foco das investigações fundamentalmente nas pessoas físicas (FELDENS; ARAÚJO, 2016).

A principal inovação estabelecida pelo referido Memorando, que abrange as Divisões Antitruste, Civil, Criminal, Meio Ambiente e Fiscal do *DOJ*, foi condicionar a celebração de acordos de leniência com pessoas jurídicas à demonstração de seus esforços para identificar as pessoas físicas responsáveis pelo cometimento dos ilícitos corporativos, uma vez que, até então, admitia-se a realização de acordos mesmo quando a empresa não tivesse identificado os responsáveis pelo ato. No anúncio do lançamento do Memorando, a Vice Procuradora-Geral dos EUA, Sally Yates, chegou a reconhecer que, com essa nova política, a principal preocupação do DOJ deixaria de ser o ressarcimento de

17. As principais diretrizes do *Memo Yates* são: para ser elegível a qualquer "crédito" de cooperação, as empresas devem fornecer ao DOJ todos os fatos relevantes sobre os indivíduos envolvidos na infração corporativa, o que exige das empresas que promovam profundas investigações internas e que reportem todos os fatos e informações levantados; investigações corporativas criminais e civis devem se concentrar em indivíduos desde o seu início; procuradores criminais e civis devem estar rotineiramente em comunicação; salvo circunstâncias extraordinárias, nenhum acordo deve oferecer imunidade civil ou criminal a qualquer indivíduo, somente se admitindo a exclusão de responsabilidades em situações excepcionais e mediante aprovação do Procurador-Geral; acordos de cooperação não devem ser firmados sem um plano claro para apuração dos casos individuais relacionados; e procuradores civis devem focar nos indivíduos, avaliando a possibilidade de mover ação contra esses mesmo em casos em que eles não tenham capacidade de pagar as potenciais multas (FELDENS; ARAÚJO, 2016).

valores ao Estado, mas a punição dos responsáveis pelos ilícitos corporativos[18] (FELDENS; ARAÚJO, 2016).

Nessa mesma linha, em abril de 2016, a Divisão de Fraudes do *DOJ*, responsável pela aplicação do *FCPA*, anunciou um programa-piloto (USA, 2016), pelo período de um ano, com o objetivo de promover maior responsabilização de empresas e indivíduos mediante estratégias para motivar a autodenúncia voluntária e sua cooperação plena. O intento da medida era incentivar as empresas a implementarem programas de *compliance* com o fim de prevenir e detectar casos de corrupção. Para tanto, foi oferecida, como contrapartida, a possibilidade de concessão, no âmbito dos acordos, de um "crédito adicional" às empresas que voluntariamente delatarem infrações praticadas por seus funcionários, cooperarem plenamente com as investigações das autoridades, bem como promoverem as alterações necessárias em seus programas de *compliance* (FELDENS; ARAÚJO, 2016; USA, 2016).

Se por um lado, no entanto, as autoridades americanas buscavam revisar a política de combate à ilícitos corporativos, por meio da punição dos indivíduos responsáveis pelos atos, por outro, avançava-se, também, no enfrentamento do problema da efetividade dos programas de *compliance,* mediante o aprimoramento de sua metodologia de avaliação. Para tanto, ainda em 2015, a Seção de Fraude do *DOJ* contratou a consultora em *compliance* Hui Chen com o objetivo de desenvolver padrões de avaliação e monitoramento desses programas (SOLTES, 2018).

Sob a liderança de *Chen*, em fevereiro 2017, o *DOJ* publicou o documento denominado Avaliação de Programas de Conformidade Corporativa (*Evaluation of Corporate Compliance Program)*[19], que traz uma extensa relação exemplificativa

18. Registre-se que, como reflexo imediato dessa nova postura adotada pelo DOJ, de enfatizar a responsabilização de indivíduos, e não de empresas, nos ilícitos corporativos, ganhou força nos EUA o debate acerca da legalidade de o Estado pressionar empresas, no curso de investigações internas, a coagir seus funcionários no intuito de reunir as informações necessárias à obtenção do "crédito adicional" oferecido pelas autoridades (FELDENS; ARAÚJO, 2016).

19. As questões estabelecidas para atestar a eficácia de um programa de *compliance* ficaram conhecidas como "Fatores de Filip" e estão divididas nos seguintes tópicos: a. análise e remediação; b. envolvimento da alta administração; c. autonomia e recursos do setor de *compliance* e qualificação apropriada da equipe desse setor para proceder com auditorias, investigações *e due-diligence* de terceiros; d. políticas e procedimentos de conformidade; e. avaliação e gestão de riscos; f. treinamento e comunicação; g. relatórios confidenciais, canal de denúncia e processos de investigação; h. incentivos e medidas

de perguntas, que enfatizam o que acontece "na vida real e diária" das empresas, as quais devem ser feitas pelos procuradores para avaliarem a efetividade dos programas de *compliance,* distinguindo um "programa de papel" de um "programa real"[20]. São 11 (onze) tópicos, organizados em 119 (cento e dezenove) perguntas diversas, com foco em questões que possibilitem a mensuração concreta das medidas adotadas, que visam, além de orientar a atuação das autoridades, conferir maior transparência para as empresas e para a sociedade sobre como os procuradores analisam programas de *compliance* e quais os parâmetros utilizados, funcionando, também, como valiosa referência às organizações que desejam implantar, revisar ou fortalecer seus programas (SOLTES, 2018).

Assim, pela primeira vez em mais de duas décadas, desde que "efetivo cumprimento" foi inserido no processo de regulação do *compliance* nos Estados Unidos, como elemento de responsabilização corporativa, a avalição da efetividade desses programas foi objetivamente disciplinada com a definição de uma lista de questões e perguntas que devem ser formuladas pelas autoridades ao examinarem um programa (SOLTES, 2018).

Ressalve-se, todavia, que o documento não define requisitos ou fatores específicos a serem atendidos por esses programas, pois reconhece que o perfil de risco de cada companhia e as soluções desenhadas e implementadas para mitigar esses riscos são, e devem ser, diferentes e que cada programa de conformidade corporativa deve ser avaliado no contexto específico de uma investigação criminal. Ou seja, a proposta não é que o documento seja utilizado como uma lista de verificação, tampouco como uma "fórmula rígida" a ser indistintamente aplicada pelas autoridades, uma vez que os programas não podem ser implementados ou avaliados segundo o princípio *one size fits all* (USA, 2017; SOLTES, 2018).

Posteriormente, em abril de 2019, foi publicada nova versão do referido Guia de Avaliação de Programas de Conformidade Corporativa (USA, 2019), com o objetivo de atualizar e melhor harmonizar as orientações com outras diretrizes e padrões estabelecidos pelo *DOJ*. Embora os pontos centrais tenham sido integralmente mantidos, o novo documento se vale das três "questões fundamentais",

disciplinares; i. monitoramento e melhoria contínua; j. gestão de terceiros; k. *due-diligence* em fusões e aquisições (USA, 2017).

20. Como exemplo, o Guia recomenda, em uma seção sobre treinamento e comunicação, que a pergunta a ser feita não é sobre quantos eventos ou ações foram realizados ou o número de funcionários contemplados, mas como a empresa mediu a eficácia do treinamento para assegurar o cumprimento de seu objetivo no que tange à qualidade do seu conteúdo e, principalmente, a sua compreensão e apreensão (SOLTES, 2018).

que devem nortear a avaliação dos programas, para categorizar os tópicos que o Departamento de Justiça frequentemente considerou mais relevantes em sua atuação: se o programa é bem formulado, se está sendo aplicado com sinceridade e boa-fé e se ele funciona na prática (USA, 2019) [21].

A nova orientação é, também, muito mais abrangente que a anterior: 18 (dezoito) páginas, em comparação com as 7 (sete) páginas da primeira versão e quase 200 (duzentas) perguntas[22] para orientar agora o trabalho avaliativo dos procuradores (USA, 2019).

6. O modelo regulatório anticorrupção brasileiro e o risco da implantação de programas de fachada

A Teoria da Regulação baseada no Desempenho, como visto, preconiza a adoção de um modelo que parte do pressuposto de que as entidades reguladas são capazes de escolher a melhor forma de alcançar os fins visados pela regulação, inclusive quanto à melhor relação custo-benefício das soluções de conformidade. Tal abordagem regulatória se contrapõe às estratégias prescritivas de comando e controle endógeno porque oferece maior discricionariedade ao regulado para desenvolver suas próprias respostas à regulação, adotando as ações necessárias à sua realidade para alcançar os padrões estabelecidos. Ou seja, a regulação

21. Para apoiar o exame da primeira "questão fundamental" estabelecida, o documento relaciona questões sobre Avaliação de Risco, Políticas e Procedimentos, Treinamento e Comunicações, Estrutura de Relatório Confidencial e Processo de Investigação, Gerenciamento de Terceiros e Fusões e Aquisições; para a análise da segunda "questão fundamental" são fornecidas perguntas sobre: Compromisso da Alta e Média Gerência, Autonomia e Recursos e Incentivos e medidas disciplinares; e para a avaliação da terceira "questão fundamental" são apresentados quesitos sobre Melhoria Contínua, Testes Periódicos e Revisão, Investigação de má conduta e Análise e Remediação de Qualquer Má Conduta Subjacente (USA, 2019).

22. Há avanços interessantes nas orientações, como questões que buscam a coleta de informações mais detalhadas e concretas sobre treinamentos (avaliar se a empresa tem transmitido informações de uma forma adaptada ao tamanho do público, sofisticação ou experiência sobre o assunto e fornecido conselhos e orientações baseados em casos práticos que abordem cenários da vida real), sobre a eficácia do canal de denúncia (A empresa possui um canal de denúncia anônima e, em caso negativo, por que não? Como o canal de denúncia é divulgado para os funcionários da empresa? Ele tem sido usado?) e sobre controles internos (como a empresa define quais queixas ou *red flags* merecem uma investigação mais aprofundada? Como a empresa determina quem deve conduzir uma investigação e quem é responsável por essa decisão?) (USA, 2019).

baseada no desempenho exige que as empresas se envolvam no processo regulatório e desenvolvam os meios apropriados para cumprir os objetivos públicos.

Ao se analisar o marco legal brasileiro de fomento à implantação de programas de *compliance* anticorrupção, bem como a atuação da CGU nesse processo, observa-se que o desenho e a prática regulatórios adotados, a par de não atenderem aos princípios do modelo de regulação baseado no desempenho, podem estar, na verdade, estimulando a implementação de programas de fachada, na medida em que privilegiam meios específicos, e não os resultados.

Ocorre que, para a Teoria da Regulação baseada no Desempenho, em vez de o regulador estabelecer, de forma rígida e inflexível, o que os regulados devem fazer e como devem fazer, propõe que os padrões de desempenho sejam o foco da regulação e que seja conferida liberdade, com responsabilidade, aos regulados para implementá-los, já que se parte do pressuposto de que eles são capazes de escolher a melhor forma de atingir os resultados. Como visto, tal abordagem tende, inclusive, a incentivar as empresas a encontrar formas mais eficientes, eficazes e inovadoras de alcançar ou até mesmo ultrapassar as metas de desempenho previstas, valendo-se da vantagem informacional que os regulados possuem.

Ora, na contramão do que recomenda a Teoria da Regulação baseada no Desempenho, o sistema regulatório anticorrupção brasileiro relaciona de forma detalhada o cardápio de medidas que deve ser implementado pelas empresas, deixando pouca ou nenhuma margem de discricionariedade para que elas desenvolvam suas próprias respostas regulatórias.

Com efeito, a Lei 12.846 (BRASIL, 2013) especifica exatamente quais são as medidas de integridade adotadas pelas empresas que serão necessariamente levadas em consideração quando da aplicação das sanções e o Decreto 8.420 (BRASIL, 2015) descreve, pormenorizadamente, os 16 (dezesseis) parâmetros que serão considerados na avaliação da existência e aplicação do programa de integridade.

É fato que esse modelo regulatório anticorrupção prescritivo não constitui criação, tampouco exclusividade do sistema pátrio. Na verdade, apesar de as leis anticorrupção dos países se valerem de diferentes terminologias para se referir aos programas de *compliance*, há um conteúdo já bem estabelecido, que geralmente é reproduzido nas legislações e nos manuais e guias publicados por organismos e entidades internacionais, o qual identifica o conjunto de medidas consideradas essenciais em qualquer programa (ALBRES, 2018).

Ocorre que a modelagem regulatória anticorrupção adotada pelo Brasil não só prioriza a implementação formal de medidas, que podem ser tipicamente consideradas como meio, nos termos da Teoria da Regulação baseada no Desempenho, mas se restringe a elas, sem conseguir avançar, ainda, na aferição da efetividade

dessas medidas, que deve consubstanciar o processo de mudança de cultura organizacional das empresas.

Certamente, não se pode negar o esforço de se adequar a abordagem regulatória às caraterísticas peculiares de cada empresa ao se prever, no referido Decreto, que o porte e as especificidades da pessoa jurídica também serão considerados na avaliação do *compliance* anticorrupção. Esse empenho do regulador foi ratificado e reforçado pela Portaria CGU 909 (BRASIL, 2015), que obriga o preenchimento de um relatório de perfil, cujas informações são utilizadas para avaliar, conforme as especificidades da empresa, a aptidão das medidas implementadas de mitigar os riscos aos quais se submete no desempenho de suas atividades.

Também não se pode desconsiderar o afinco da CGU em buscar, cada vez mais, além da análise do grau de adequação do programa de integridade ao perfil da empresa, a avaliação da real implantação do programa, por meio da crescente exigência de comprovação, por parte das empresas, das informações prestadas. Esse esforço pode ser particularmente percebido nas alterações promovidas, em 2018, no Regulamento do Pró-Ética, cuja principal ênfase está na comprovação documental das respostas fornecidas pelas empresas, a fim de demonstrar que "o programa está devidamente instituído, com procedimentos em prática na sua rotina e que, portanto, não se constitui mera declaração de intenções" (BRASIL, 2018a).

Entretanto, não obstante todo o extraordinário empenho do órgão para avançar no aprimoramento do processo avaliativo em tela, a efetividade de um programa de *compliance* anticorrupção não pode ser medida somente, e enfaticamente, por meio de documentos e informações formais, colhidas das próprias empresas, a partir de respostas "não", "parcialmente" ou "sim" a questionário, e verificadas à distância e *a posteriori* pelo avaliador.

Nessa linha, observa-se que, não sem razão, a própria CGU atribui maior peso em suas avaliações a questões referentes à cultura organizacional da empresa, assim como valoriza com maior pontuação os temas "Comprometimento da Alta Direção e Compromisso com a Ética" nas avaliações conduzidas" (BRASIL, 2018a).

É forçoso reconhecer, como admite a própria CGU (BRASIL, 2018b), que a avaliação de programas de integridade não constitui tarefa simples, em especial, quando essa avaliação é realizada no âmbito de um processo, que apura a responsabilidade de empresa pela prática de ilícito e pode impactar diretamente o valor da multa a ser aplicada. De fato, nesses casos, a tendência é de se buscar a máxima objetividade e formalidade do processo, com a documentação e indicação precisa, quase matemática, dos fundamentos da avaliação, inclusive como forma de

conferir segurança jurídica e higidez ao processo e de preservar os próprios servidores responsáveis pela condução da avaliação contra questionamentos.

Todavia, deve-se encontrar um ponto de equilíbrio nessa equação, pois não se pode equiparar, ou até mesmo reduzir, a avaliação de um programa de integridade, com todos os complexos elementos e nuances relacionadas à ação e reação humana que o compõem, à espécie de auditoria, que busca excessivamente a evidenciação documental da implantação, ou não, de medidas, seguida da correspondente recomendação padrão de adoção do rol de ações ainda não cumprido.

Tome-se, por exemplo, os relatórios das análises de programas de integridade realizadas pela CGU em sede de processo administrativo de responsabilização – PAR[23]. Em todos os casos, a postura avaliativa da CGU segue padrão praticamente idêntico: as recomendações, muito semelhantes, demonstram prevalecer a preocupação com a adoção uniforme de um conjunto prefixado de medidas, com forte destaque para o controle e gestão de riscos[24], ao passo que nenhuma das recomendações feitas contemplam ações referentes à formulação e implantação do necessário processo de mudança de cultura organizacional.

Em outras palavras, o modelo regulatório adotado parece partir do pressuposto de que a implantação formal de um cardápio obrigatório de medidas resultará automática e imperiosamente na instituição de uma nova cultura empresarial, baseada na ética e integridade.

Da mesma forma, também os relatórios de avaliação dos programas de integridade das empresas aprovadas no Pró-Ética[25] expressam mais a preocupação

23. A CGU passou a disponibilizar, em 2019, em consulta específica no Portal da Transparência ([www.portaldatransparencia.gov.br/sancoes/acordos-leniencia?ordenarPor=dataInicioAcordo&direcao=asc]), a íntegra dos acordos de leniência firmados pelo órgão, em conjunto com a Advocacia-Geral da União (AGU). Quando da elaboração deste artigo, eram 6 (seis) os acordos com informações divulgadas. Como louvável exemplo de transparência, a CGU publica, nesse *link*, também os resumos das avaliações dos programas de integridade dessas empresas, as quais orientaram a cominação das sanções aplicadas.

24. Embora se perceba o esforço da CGU em customizar as recomendações, adequando-as às especificidades e necessidades do perfil cada empresa, as medidas de aprimoramento dos programas de integridade, impostas pela CGU, praticamente se repetem em todos os casos.

25. Registre-se, também nesse caso, a notável iniciativa da CGU, adotada a partir de 2017, de se dar transparência à integra dos relatórios de avaliação das empresas aprovadas no Pró-Ética, disponíveis em: [www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica/relatorios-de-avaliacao].

prevalente da CGU de confirmar o cumprimento do *checklist* e evidenciar documentalmente os pontos que contribuíram positivamente para a avaliação, do que buscar aferir informações sobre a efetividade das ações implantadas. Verifica-se, por exemplo, que no bloco de perguntas da área III, no qual são avaliadas questões sobre comunicação e treinamento, essas poderiam oferecer ricas informações sobre a real compreensão e internalização de valores e regras sobre ética, integridade e anticorrupção pelos funcionários e sobre a percepção que eles têm acerca do efetivo comprometimento da empresa e de sua alta direção com o tema, contribuindo para uma melhor apreensão dos avaliadores sobre a existência de um efetivo processo de mudança de cultura na organização analisada[26].

É certo que a própria CGU sinaliza reconhecer a necessidade de complementar e aprimorar a avaliação que conduz ao prever a realização de visitas *in loco* às empresas com o objetivo de verificar ou observar na prática a implementação de medidas de ética e integridade, inclusive por meio de entrevistas a funcionários e colaboradores, embora não se tenha registro ou notícia de que, em sede de

26. Para avaliar esse tema, o questionário da CGU formula perguntas apenas sobre os seguintes tópicos: "Estratégia para divulgação de temas relacionados à ética e ao programa de integridade", "Acesso ao Código de Ética e às demais normas do programa de integridade", "Plano de treinamento ligado aos temas de ética e integridade", e "Alcance dos treinamentos". Ao descrever os pontos que contribuíram positivamente para a avaliação da empresa, a CGU, em regra, destaca as seguintes ações: número de ações de comunicação; ações de comunicação interna das normas sobre ética e integridade realizadas por diferentes áreas (como Compliance, Ouvidoria e Controles Internos e Gestão de Riscos, p. ex); utilização de diversos recursos, mídias e canais de comunicação para divulgação das normas sobre ética e integridade; publicação das normas sobre ética e integridade no site na internet e na intranet da empresa; os novos contratados recebem cópia do Código de Conduta e Ética quando admitidos e, em alguns casos, são obrigados a assinar Termo de Compromisso em que declaram conhecer as normas sobre ética e integridade e firmam o compromisso de segui-las; a empresa realiza treinamentos periódicos dos funcionários sobre o Código de Conduta e a aplicação e monitoramento do programa de integridade, inclusive com testes de retenção de conteúdo; treinamento presencial da alta direção sobre a Lei Anticorrupção, com a confirmação comprovada pelo envio de listas de presença. Ressalte-se, ademais, o empenho das empresas, demonstrado em todos os relatórios de avaliação analisados, de comprovar as informações prestadas, conforme exigido pela CGU. Para evidenciar as ações de Comunicação e Treinamento, por exemplo, as empresas têm apresentado lista de presença de treinamentos; fotos de eventos de capacitação e de distribuição de códigos de ética para os funcionários; printscreen de telas de plataforma on line de treinamentos e de e-mails enviados a funcionários e fornecedores, como prova de capacitação sobre o código de conduta etc.

PAR ou no âmbito do Pró-Ética, já tenha realizado tal procedimento (BRASIL, 2018a; BRASIL, 2018b).

Essa tentativa de se avançar na análise da efetividade dos programas de *compliance* parece ter sido aprofundada com a contratação, pelo órgão, em 2018, da ex-consultora do *DOJ* americano, Hui Chen, encarregada de elaborar e entregar: (i) manual de monitoramento de programas de integridade e de ações de remediação adotadas por pessoas jurídicas que celebraram acordos de leniência com a CGU; (ii) manual de entrevista/questionamento de executivos de pessoa jurídica, que negocia acordo de leniência, com relação às medidas de investigação interna, remediação e aperfeiçoamento do programa de integridade face aos atos lesivos previstos na Lei 12.846/13; e (iii) metodologia a ser aplicada para avaliação/medição do grau de efetividade e maturidade do programa de integridade e da cultura empresarial da pessoa jurídica[27].

Não se sabe se o Manual Prático para Avaliação de Programas de Integridade em Processo Administrativo de Responsabilização de Pessoas Jurídicas – PAR, publicado pela CGU, em 2018 (BRASIL, 2018e), já seria produto da referida consultoria, uma vez que o documento avança, ainda que de forma tímida e incipiente, na formulação de perguntas que buscam permitir um melhor exame da efetividade dos programas.

De todo modo, uma análise dessa natureza exigiria maior capacidade operacional e orçamentária do órgão, assim como uma ampliação significativa da equipe técnica responsável por essa tarefa no âmbito da CGU, atualmente bastante reduzida e insuficiente para atender à crescente demanda por sua atuação.

Não obstante, a alternativa para enfrentamento dessa limitação parece vir do próprio órgão ao estabelecer, nos acordos de leniência firmados com empresas[28], que vai monitorar diretamente o funcionamento dos programas de integridade, durante toda a vigência do acordo celebrado. As ações de monitoramento incluirão, mas não se restringirão, segundo consta dos acordos a: análise de relatórios semestrais sobre o aperfeiçoamento do Programa, com a respectiva documentação comprobatória, encaminhados pela pessoa jurídica durante os 3 (três) primeiros anos de vigência do acordo; ações de supervisão e verificações *in loco*; solicitação de relatórios e informações adicionais; e obtenção da ISO 37.001 por

27. Informações disponíveis em [www.cgu.gov.br/sobre/licitacoes-e-contratos/contratos/exercicios-anteriores/2018/contrato-18-2018].

28. Informações disponíveis em [www.portaldatransparencia.gov.br/sancoes/acordos-leniencia?ordenarPor=dataInicioAcordo&direcao=asc].

empresa certificadora acreditada pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – Inmetro.

Observe-se com isso que, apesar de a CGU indicar, novamente, que não abrirá mão da ênfase na análise formal e documental dos programas de integridade, há, pelo menos, o indicativo de que, com a supervisão e verificação *in loco* previstas, o órgão possa começar a contemplar, também, mecanismos de avaliação de processos de efetiva mudança de valores e de cultura organizacional da empresa punida, a qual não é passível de ser mensurada pela simples análise objetiva, burocrática e à distância de documentos e informações.

Com efeito, não se pode partir de uma presunção quase absoluta de que a adoção de um cardápio específico de medidas levará, necessariamente, à mudança de valores e da cultura de uma organização, a qual envolve indução, mas, também, gestão, monitoramento e controle do processo. Sem se avançar na regulação dessa matéria, corre-se o sério risco de acabar por se estimular, em vez da ética e integridade, a adoção de meros programas de fachada pelas empresas.

A avaliação adequada da efetividade de um programa de *compliance* deve reconhecer a diferença entre as empresas e seus riscos, bem como admitir que nem todas as medidas precisam ser implementadas indistintamente para o que objetivo de conformidade seja alcançado. Ou seja, a avaliação de efetividade deve ser flexível quanto às necessidades específicas de um programa (SOLTES, 2018; FRAZÃO; MEDEIROS, 2018).

Diante de todo o exposto, denota-se que, embora se constate a grande e progressiva evolução do sistema brasileiro, normativo e institucional, de prevenção e combate à corrupção, em especial na adoção, de forma inédita, de modelagem regulatória dedicada a induzir a ética e a conformidade do comportamento das empresas em suas relações com a Administração Pública, bem como se reconheça o excepcional esforço da CGU nesse processo, conclui-se que, à luz da Teoria da Regulação baseada no Desempenho, é preciso avançar para que os objetivos e resultados regulatórios, e não os meios, possam ter sua avaliação privilegiada.

Considerações finais

O presente artigo teve por objetivo analisar, sob a égide da Teoria da Regulação baseada no Desempenho, o modelo regulatório anticorrupção brasileiro, adotado pela Lei 12.846/2013 e seus regulamentos, e implementado pela Controladoria-Geral da União (CGU).

A pesquisa baseou-se na Teoria da Regulação baseada no Desempenho, cuja abordagem prioriza a consecução dos objetivos regulatórios, oferecendo flexibilidade ao regulado para que ele adote as estratégias necessárias e adequadas para o alcance dos resultados estabelecidos. Valendo-se da referida Teoria, foram avaliadas as normas que compõem o marco legal que disciplina o modelo regulatório anticorrupção brasileiro, bem como os manuais e demais documentos oficiais publicados pela CGU, que expressam a prática institucional do órgão.

O artigo evidenciou que, não obstante o avanço na tentativa de se estabelecer, de forma inédita no sistema pátrio, modelagem regulatória dedicada a induzir a ética e a conformidade do comportamento das empresas em suas relações com a Administração Pública, o desenho adotado está baseado na regulação prescritiva e rígida de ações, que privilegia a implementação de meios específicos, e não a consecução de resultados.

Ou seja, em contraposição ao que preceitua a Teoria da Regulação baseada no Desempenho, o sistema regulatório estudado estabelece, detalhadamente, as medidas que devem ser implementadas pelas empresas, deixando pouca ou nenhuma margem de discricionariedade para que elas desenvolvam, de forma mais eficiente, eficaz e inovadora, suas próprias respostas regulatórias. Além disso, a verificação do cumprimento das medidas prescritas ocorre por meio de *checklist*, preenchido pelas próprias empresas, e cujas informações são avaliadas de modo formal, objetivo e à distância pela CGU.

Assim, em vez de encorajar o alcance dos objetivos regulatórios, referentes à conformação do comportamento das empresas, de modo a eliminar as práticas de corrupção em suas relações com a Administração Pública, o modelo regulatório adotado pode estar, ao revés, induzindo a adoção de meros programas de fachada.

Ao se analisar o debate internacional sobre o assunto, em especial a experiência recente dos EUA, observa-se que o tema da efetividade dos programas de *compliance* ganhou significativa centralidade nos últimos anos. O consenso é que a adoção de meros processos formais não se mostra suficiente para garantir a consecução de valores de ética e integridade, ao contrário, há apontamentos no sentido de que esse forte processo de indução estatal do *compliance* acabou por gerar a mercantilização do tema e a implementação de "programas de papel".

Como visto, é verdade que a CGU tem feito contínuos esforços para melhorar a sua metodologia de avaliação. Em anos recentes, o órgão buscou simplificar o processo de avaliação para as empresas, garantindo, ao mesmo tempo, uma melhor informação qualitativa para seus exames. Entre as inovações adotadas, destaca-se a possibilidade de a CGU tomar a iniciativa de testar diretamente o funcionamento dos canais de denúncia das empresas candidatas ao Pro-Ética e

monitorar *in loco* a implementação das medidas de integridade recomendadas em acordos de leniência.

No entanto, apesar dessas mudanças positivas, o foco da CGU ainda está na busca excessiva da evidenciação e comprovação formal e documental das medidas de conformidade, e não na avaliação do impacto substancial dessas medidas na prevenção e combate à corrupção, ou seja, na sua efetividade. A CGU está exigindo nos acordos de leniência, por exemplo, que as empresas obtenham a certificação do ISO 37000, que é baseada, como todas as outras espécies de ISOs, em uma avaliação de processos. Assim, para realmente avançar nessa seara, faz-se indispensável aprimorar o desenho regulatório anticorrupção brasileiro e as práticas institucionais de atuação da CGU, com a construção de uma metodologia que permita melhor aferir a efetividade dos programas, principalmente por meio da avaliação de questões que realmente possibilitem apurar se houve mudança de valores e de cultura no âmbito da organização e se essa mudança se reflete nas práticas da empresa e nas condutas dos indivíduos que a compõem.

Certamente, o debate sobre avaliação da efetividade de programas de *compliance* não se constitui tarefa fácil. Mas a intenção deste trabalho foi mais sugerir perguntas do que oferecer respostas ao problema. Perguntas que possam contribuir para a reflexão sobre como alcançar o necessário equilíbrio no dilema regulatório clássico entre liberdade e prescrição e entre controle de meios e controle de desempenho.

Este debate tende a ser um pouco mais difícil em contextos específicos. Contextos em que o modelo burocrático de gestão pública ainda predomina. Contextos que privilegiam e incentivam a legalidade estrita, oferecendo pouco ou nenhum espaço para a discricionariedade do servidor público no processo de tomada de decisão. Contextos em que o controle prevalece, porque permeia a desconfiança.

Referências bibliográficas

AAS, D. Performance based regulation: theory and applications in California. UC Berkeley: Berkeley, 2016 (Report to the California Public Utilities Commission). Disponível em: [www.cpuc.ca.gov/uploadedFiles/CPUC_Public_Website/Content/About_Us/History/Aas%20PBR%20Paper%20Final_May_16.pdf]. Acesso em: 04.12.2018.

ALBRES, Hevellyn Menezes. Política pública para promoção da integridade corporativa: estudo de caso do Programa Pró-Ética. Dissertação (mestrado) – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas e Desenvolvimento, Brasília, 2018. Disponível em: [www.mestradoprofissional.gov.br/sites/images/mestrado/turma2/hevellyn_menezes_albres.pdf]. Acesso em: 15.09.2018.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation*: transcending the deregulation debate. Nova York: Oxford Univ. Press, 1992.

BENNEAR, Lori Snyder. Are management-based regulations effective? Evidence from state pollution prevention programs. *Journal of Policy Analysis and Management*, 26, 327-348, 2007. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/pam.20250]. Acesso em: 26.10.2018.

BENNEAR, Lori Snyder. Evaluating management-based regulation: a valuable tool in the regulatory toolbox? In: COGLIANESE, Cary; NASH, Jennifer (Ed.), *Leveraging the private sector*: management-based strategies for improving environmental performance. Washington: RFF Press, 2006. Disponível em: [http://people.duke.edu/~lds5/papers/Bennear_RFF_Chapter.pdf]. Acesso em: 27.10.2018.

BRAITHWAITE, John. Enforced self-regulation: a new strategy for corporate crime control. 80 *Michigan Law Rev.,* 1466-1507, 1982. Disponível em: [http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/03/Enforced_Self_1982.pdf]. Acesso em: 25.08.2018.

CARVALHO, André Castro. Criação da cultura de *compliance:* treinamentos corporativos. In: CARVALHO, André Castro; VENTURINI, Otavio; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa. *Manual de* compliance. São Paulo. GEN/Forense, 2018.

COGLIANESE, Cary. Performance-based regulation: concepts and challenges. In: BIGNAMI, F; ZARING, D. (Ed.)*: Comparative law and regulation: understanding the global regulation process*. Northampton, MA: Edward Elgar, 2016. Disponível em: [http://onlinepubs.trb.org/onlinepubs/PBRLit/Coglianese3.pdf]. Acesso em: 22.09.2018.

COGLIANESE, Cary. The limits of performance-based regulation. *University of Michigan Journal of Law Reform*, V. 50, p. 525, 2017. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3014768]. Acesso em: 19.10.2018.

COGLIANESE, Cary. What Volkswagen reveals about the limits of performance-based regulation. *RegBlog*. 2015. Disponível em: [www.theregreview.org/2015/10/05/coglianese-volkswagen-performance-based-regulation/]. Acesso em: 12.11.2018.

COGLIANESE, Cary; LAZER, David. Management-based regulation: prescribing private management to achieve public goals. *Law & Society Review*, v. 37, n. 4, 2003. Disponível em: [www.davidlazer.com/sites/default/files/23%20Coglianese%20Lazer%202003.pdf]. Acesso em: 22.09.2018.

COGLIANESE, Cary; LAZER, David. Management-Based regulation: using private-sector management to achieve public goals. *SSRN Electronic Journal. 10.2139/ssrn.297162*, 2001. Disponível em: [www.researchgate.net/publication/4892588_Management-Based_Regulation_Using_Private-Sector_Management_to_Achieve_Public_Goals]. Acesso em: 24.09.2018.

COGLIANESE, Cary; MENDELSON, E. Meta-regulation and self-regulation. In: BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, p. 146-168, 2010. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2002755]. Acesso em: 28.08.2018.

COGLIANESE, Cary; NASH, Jennifer; OLMSTEAD, Todd. Performance-based regulation: prospects and limitations in health, safety, and environmental protection. *Administrative Law Review*, 55(4): 705-729, 2003. Disponível em: [www.belfercenter.org/sites/default/files/legacy/files/Performance%20Based%20Regulation.pdf]. Acesso em: 14.09.2018.

COGLIANESE, Cary; NASH, Jennifer. The law of the test: performance-based regulation and diesel emissions control. University of Pennsylvania Law School. *Penn Law: Legal Scholarship Repository. Faculty Scholarship*, 1712, 2017. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1712/]. Acesso em: 13.11.2018.

DEIGHTON-SMITH, Rex. Process and performance-based regulation: Challenges for regulatory governance and regulatory reform. In: CARROLL, Peter; DEIGHTON-SMITH, Rex; SILVER, Helen; WALKER, Chris (Ed.). *Minding the* gap: re-visiting the promise and performance of regulatory reform in Australia. Canberra: ANU E Press, chapter 7: p. 89-104, 2008. Disponível em: [http://scholar.google.com.br/scholar_url?url=https://www.oapen.org/download%3Ftype%3Ddocument%26docid%3D459375%23page%3D105&hl=pt-BR&sa=X&scisig=AAGBfm24JrTccJ5lKI5QNHruuTltnIgCbA&nossl=1&oi=scholar]. Acesso em: 15.11.2018.

DOLLE, Johanna; FAUST, Bridget; LARSEN, TYGE. Evaluating the applicability of performance based regulations to high hazard industries. Paper prepared for Performance Management Public Affairs 895 taught by Don Moynihan, 2016. Disponível em: [www.lafollette.wisc.edu/images/publications/performance-management/Perf-Mgmt-High-Hazard-Industries-FINAL.pdf]. Acesso em: 17.11.2018.

FELDENS Luciano; AZAMBUJA, Marcelo. Araujo. Criminalidade corporativa e diretrizes do *Departament of Justice* (USA): realidades e tendências. In: FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Direito penal econômico e empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FRAZÃO, Ana; COSTA, Natália Lacerda Macedo. *Desafios aos programas de* compliance: como avaliar efetividade das políticas de conformidade e criar um sistema de incentivo para a sua implementação, 2019. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/desafios-aos-programas-de-compliance-23102019]. Acesso em: 20.02.2020.

FRAZÃO, Ana; MEDEIROS. Ana Rafaela Martinez Medeiros. Desafios para a efetividade dos programas de *compliance*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Forum, 2018. v. 1.

GUNNINGHAM, Neil. From compliance to best practice in OHS: the role of specification, performance, and systems-based standards. *Australian J. of Labor Law* 221-246, 1996. Disponível em: [www.researchgate.net/publication/311572337_From_Compliance_to_best_practice_in_OHS_the_role_of_specification_performance_and_systems_based_standards]. Acesso em: 05.11.2018.

GUNNINGHAM, Neil. Compliance, enforcement, and regulatory excellence. *RegNet Research* Paper n. 124, 2017. Disponível em SSRN: [https://ssrn.com/abstract=2929568] Acesso em: 18.10.2018.

KOEHLER, Mike. The facade of FCPA enforcement. November 8, 2010. *Georgetown Journal of International Law,* v. 41, n. 4, 2010. Disponível em: SSRN: [https://ssrn.com/abstract=1705517]. Acesso em: 28.01.2019.

KOEHLER, Mike. Revisiting a foreign corrupt practices act compliance defense. January 10, 2012a. *Wisconsin Law Review* 609. Disponível em: SSRN: [https://ssrn.com/abstract=1982656]. Acesso em: 29.01.2019.

KOEHLER, Mike. The story of the foreign corrupt practices act. December 5, 2012b. *Ohio State Law Journal*, v. 73, n. 5, 2012. Disponível em: SSRN: [https://ssrn.com/abstract=2185406]. Acesso em: 30.01.2019.

LEVI-FAUR, David. Regulation & Regulatory Governance. *Handbook on the Politics of Regulation*. Edward Elgar Publishing, 2010. Disponível em: [www.researchgate.net/publication/254908793_Regulation_Regulatory_Governance]. Acesso em: 05.09.2018.

MAY, Peter J. Performance-based regulation and regulatory regimes: the saga of leaky buildings. *Law and Policy* 25 (4): 381-401, 2003. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.0265-8240.2003.00155.x]. Acesso em: 25.10.2018.

MAY, Peter J. Performance-based regulation. jerusalem papers in regulation & Governance working Paper nº 2 April 2010. Disponível em: [http://regulation.huji.ac.il/papers/jp2.pdf]. Acesso em: 28.10.2018.

PARKER, Christine. Introduction: Corporate self-regulation in the new regulatory State. In: PARKER, Christine (Coord.). *The open corporation*: effective self-regulation and democracy. Cambridge: Cambridge University Press. 2002a.

PARKER, Christine. The pathologies of self-regulation. In: PARKER, Christine (Coord.). *The open corporation*: effective self-regulation and democracy. Cambridge: Cambridge University Press. 2002b.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Compliance* criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual. *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, v. 8, n. 15, maio-ago., p. 239, 2016. Disponível em: [https://faculdadedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/375]. Acesso em: 20.02.2020.

SNYDER, Brent. *Compliance is a culture, not just a policy*. Joint antitrust compliance workshop. 09.09.2014. Disponível em: [www.justice.gov/atr/file/517796/download]. Acesso em: 02.02.2019.

SOLTES, Eugene. Evaluating the effectiveness of corporate compliance programs: establishing a model for prosecutors, courts, and firms. *Journal of Law & Business*, New York University, v. 14, n. 3, Summer 2018. Disponível em: [https://docs.wixstatic.com/ugd/716e9c_d2bbd781bef742ba8f74bd65206dd0b2.pdf]. Acesso em: 25.01.2019.

SOLTES, Eugene; CHEN, Hui. Why Compliance programs fail: and how to fix them. *Harvard Business Review 96*, n. 2, p. 116–125, March-April 2018. Disponível em: [https://hbr.org/2018/03/why-compliance-programs-fail]. Acesso em: 12.12.2018.

STUCKE, Maurice E. *In search of effective ethics & compliance programs*. 2013. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2366209]. Acesso em: 11.08.2018.

SUNSTEIN, Cass. *After the rights revolution*. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

WELLNER, Philip A. Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions. *Cardozo Law Review*, Nova York, v. 27:1, p. 497-528, 2005. Disponível em: [www.friedfrank.com/sitefiles/publications/cdb6714353b1b712d3a5db85f508483e.pdf]. Acesso em: 13.11.2018.

XAVIER, Christiano Pires Guerra. Programas de *compliance* anticorrupção no contexto da Lei 12.846/13: elementos e estudo de caso. 2015. 98 f. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A nova lei anticorrupção e o compliance, de Marcella Blok – *RDB* 65/263-318 (DTR\2014\15162); e
- Criminal compliance - prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial, de Rodrigo Sánchez Rios e Caio Antonietto – *RBCCrim* 114/341-375 (DTR\2015\9154).

Deve o crime de lavagem de dinheiro proteger bens jurídico-penais?

Should the money laundering crime protect criminal legal goods?

Tomás Grings Machado

Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS (2017). Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS (2008). Especialista em Ciências Penais pela PUCRS (2006). Graduado em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (2005). Professor da Graduação do curso de Direito da Unisinos desde 2009. Atualmente integra a comissão de Coordenação do Curso de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Também é professor do Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal (UNISINOS). Advogado Criminalista.
ORCID: 0000-0001-6050-1542
tomasmachado@unisinos.br

Recebido em: 30.05.2019
Aprovado em: 19.02.2020
Última versão do autor: 19.02.2020

Áreas do Direito: Processual; Penal; Administrativo

Resumo: O presente artigo procura estabelecer as premissas que justificam a criminalização do crime de lavagem de dinheiro no Brasil e debater a atual importância do conceito de bem jurídico-penal para a sua delimitação e legitimação. Identificada a fundada dúvida e imprecisão quanto ao bem jurídico-penal protegido no crime de lavagem de dinheiro e os problemas daí decorrentes, busca-se aproximar a discussão da legitimidade da criminalização da lavagem de dinheiro a partir da perspectiva do *common law*, especialmente a partir do denominado *harm to other principle*. Ao final apresenta-se conclusão no sentido de reconhecer a legitimidade da criminalização da lavagem de dinheiro por parte do legislador, não mais a partir do conceito de bem jurídico-penal, mas sim a partir da noção

Abstract: The present article tries to establish the premises that justify the criminalization of the money laundering crime in Brazil and to discuss the current importance of the concept of criminal legal good for its delimitation and legitimation. Once the established doubts and inaccuracies regarding the criminal legal good protected in the money laundering crime and the resulting problems have been identified, it seeks to approximate the discussion of the legitimacy of the criminalization of money laundering from the common law perspective, especially from the so-called harm to other principle. In the end, the conclusion is reached in order to recognize the legitimacy of the criminalization of money laundering by the legislator, no longer from the concept of criminal legal good, but from the

de *remote harm*. Utiliza-se o método de revisão bibliográfica sobre os temas, além da análise comparada do estudo do crime.

Palavras-chave: Direito Penal econômico – Lavagem de dinheiro – Legitimidade do direito penal – Bem jurídico-penal – *Harm principle*.

concept of remote harm. The method of bibliographic review on the themes is used, as well as the comparative analysis of the study of crime.

Keywords: Economic criminal law – Money laundering – Legitimacy of criminal law – Criminal legal good – Harm principle.

Sumário: 1. Introdução. 2. A respeito da (in)determinação do bem jurídico-penal protegido no crime de lavagem de dinheiro: observações e críticas. 3. Ante a ausência de definição relativa ao bem jurídico-penal protegido no crime de lavagem de dinheiro, que caminho seguir?. 4. Premissas e construção do interesse público protegido no crime de lavagem de dinheiro à luz do *harm principle*. 5. Considerações finais: o crime de lavagem de dinheiro como hipótese de danos remotos (*remote harm*) ou hipótese de extensão do *harm principle*. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O texto que aqui é apresentado parte da necessidade de análise de três questões fundamentais que estruturam o texto. A primeira referente à análise acerca do bem jurídico-penal que é possível de ser identificado e protegido no crime de lavagem de dinheiro (qual é, então, o bem jurídico-penal protegido?). A segunda, e diretamente relacionada à primeira, na qual se buscará perquirir se o crime de lavagem de dinheiro deve ser estruturado a partir do bem jurídico-penal identificado e se esse bem jurídico-penal ainda é capaz de atestar a legitimidade da criminalização, além da manter sua capacidade crítica em relação à legislação presente e relativa à legislação futura (estamos diante de um real bem jurídico-penal protegido no crime de lavagem de dinheiro?). E, por fim, uma terceira questão, pela qual se deve questionar se a proposta do *harm principle* pode ser uma alternativa possível e viável diante das respostas negativas a respeito da identificação e atendimento das funções atribuídas ao conceito de bem jurídico-penal (é possível legitimar a criminalização da lavagem de dinheiro a partir do *harm principle*?). Adota-se, para esse fim, o método de revisão bibliográfica e crítica a respeito dos temas objeto deste artigo.

Com efeito, o desenvolvimento que segue toma por base os apontamentos de Fiandaca e Di Chiara, no sentido de se notar atualmente um verdadeiro desencanto em relação à teoria do bem jurídico-penal e sua efetiva capacidade de orientar as escolhas legislativas de forma racional.[1] Nesse momento, iremos nos ocupar

1. FIANDACA, Giovanni; DI CHIARA, Giuseppe. *Una introduzione al sistema penale*. Per una lettura costituzionalmente orientate. Napoli: Jovene, 2003. p. 122. No mesmo

das tradicionais indicações apontadas a respeito de qual o bem jurídico-penal[2] presente no crime de lavagem de dinheiro. Antes, contudo, importa destacar que a Lei 9.613/98, assim como a Lei 12.683/12, que promoveu uma significativa mudança na lei originária, são frutos de um claro movimento internacional orientado, originariamente, no sentido da repressão contra o tráfico internacional de entorpecentes, e hoje guardam relação com a repressão de inúmeras outras infrações penais que vão desde a criminalidade econômica até o terrorismo.[3] Nesse contexto, rapidamente notamos que o conceito de bem jurídico-penal, que deveria ser um importante balizador das reformas e mudanças legislativas, acaba por ser colocado em segundo plano, precisamente pelo fato de que, em relação ao crime de lavagem de dinheiro, da sua origem até hoje, percebemos uma nítida

sentido, BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 281.

2. Chamamos a atenção para o fato de que o conceito de bem jurídico-penal passa a encontrar o seu lugar no direito e no contexto da ciência do direito penal com o claro objetivo de servir ao propósito de limitar e, dessa forma, racionalizar o uso o poder punitivo para, assim, atuar como verdadeiro limite externo à legislação penal. Além disso, é graças a essa função de delimitação que se torna possível exercer um controle crítico da legislação existente, não sendo mais possível ao legislador criminalizar qualquer comportamento e, uma vez criminalizado esse comportamento, sempre ser possível analisar e criticar o tipo penal à luz do conceito de bem jurídico-penal (PAWLIK, Michael. El delito, ¿lesión de un bien jurídico? *InDret*, Barcelona, n. 2, abr. 2016. p. 3; STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Ed.). *La teoría del bien jurídico*: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 105).

   Todavia, destacamos que nossas preocupações decorrentes do conceito de bem jurídico-penal proveem, essencialmente, da sua excessiva indeterminação, que, antes de limitar de forma efetiva o espaço de legítima intervenção do direito penal, acaba por ser um conceito invocado para justificar toda e qualquer intervenção penal, permitindo, ao fim e ao cabo, uma verdadeira ampliação material da aplicação do referido crime (STRATENWERTH, Günther. Zur Legitimation von "Verhaltensdelikten". In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Mediating Principles*: Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung. Baden-Baden: Nomos, 2006. p. 164).

3. ALLDRIDGE, Peter. *Money laundering law*: forfeiture, confiscation, civil recovery, criminal laundering and taxation of the proceeds of crime. Oxford: Hart, 2003. p. 6-7; PIETH, Mark; AIOLFI, Gemma. *A comparative guide to anti-money laundering*: a critical analysis of systems in Singapore, Switzerland, the UK and the USA. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 15-17.

mutação em relação ao bem jurídico-penal protegido, o que nos leva a reconhecer que esse conceito muito pouco tem a dizer quando invocado para tratar desse tipo de crime, especialmente no tocante à sua limitação. Salienta-se ainda que, muito embora identifiquemos uma indeterminação[4] ou mesmo uma ausência[5] quanto ao bem jurídico-penal protegido em relação ao crime de lavagem de dinheiro, podemos reconhecer que a criminalização desse comportamento sempre teve por objetivo servir de mecanismo de proteção da ordem econômica.[6]

2. A respeito da (in)determinação do bem jurídico-penal protegido no crime de lavagem de dinheiro: observações e críticas

Como restou dito, o crime de lavagem de dinheiro, enquanto crime autônomo e independente[7], nasce para o contexto internacional a partir da ideia reitora de repressão ao tráfico internacional de drogas.[8] Sobre o movimento inicial, rela-

4. PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 6, n. 24, out.-dez. 1998. p. 212; GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. *Do crime de branqueamento de capitais*: introdução e tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001. p. 125-126.

5. Nesse sentido, STRATENWERTH, Günther. A luta contra o branqueamento de capitais por meio do direito penal: o exemplo da Suíca. *Lusíada. Direito*, Lisboa, n. 3, 2005. p. 87; STRATENWERTH, Günther. Zur Legitimation von "Verhaltensdelikten". In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Mediating Principles*: Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung. Baden-Baden: Nomos, 2006. p. 165.

6. Nesse sentido, a própria exposição de motivos apresentada para a Lei 9.613/96 deixa transparecer essa preocupação quando apresenta que a referida lei também tem por objetivo a defesa do Estado e da Economia, tendo nessa defesa os fundamentos para a autonomia do comportamento proibido pela referida lei (especialmente itens 31 e 33 da Exposição de Motivos) ([www.coaf.fazenda.gov.br/menu/legislacao-e-normas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf/view]. Acesso em: 15.05.2019).

7. Veja-se BONACCORSI, Daniela Villani. *A atipicidade do crime de lavagem de dinheiro*: análise crítica da Lei 12.684/12 a partir do emergencialismo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 175-197; ANGELINI, Marco. *Il reato di riciclaggio (art.648* bis *c.p)*: aspetti dogmatici e problemi applicativi. Torino: Giappichelli Editore, 2008. p. 209-226; ZANCHETTI, Mario. Il riciclaggio di denaro proveniente da reato. Milano: Giuffrè, 1997. p. 170-182; PISAPIA. Osservazioni sul delitto di riciclaggio. *Rivista della Guardia di Finanza Milano*, 1980. p. 754; FERRARO. Osservazioni su taluni aspetti problematici del delitto di riciclaggio. *Cassazione Penale*. Milano: Giuffrè, 1984. p. 2207.

8. VAN DUYNE, Petrus C.; GROENHUIJSEN, Marc S.; SCHUDELARO, A. A. P. Balancing financial threats and legal interests in money-laundering policy. *Crime, Law Social*

tivo à repressão do tráfico internacional de drogas, salienta-se que é justamente com base na Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas – Convenção de Viena, ratificada pelo Brasil em 20 de dezembro de 1988[9] – e também a partir dos compromissos assumidos no âmbito das Organizações dos Estados Americanos – Regulamento-Modelo da OEA de 1992 – que o Brasil passa a reprimir jurídico-penalmente as condutas de lavagem de dinheiro.[10] É dizer, busca-se, nitidamente, por meio da punição da lavagem de capitais e da reconhecida ineficácia do direito penal no tratamento do tráfico de drogas, "controlar os fluxos financeiros provenientes daquela atividade ilícita."[11] Para além da Convenção de Viena, deve-se ainda chamar a atenção para o art. 6.º da Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000),

Change, n. 43, 2005. p. 121; LEWISCH, Peter. Money laundering laws as a political instrument: the social cost of arbitrary money laundering enforcement. *European Journal of Law and Economics*, n. 26, 2008. p. 407.

9. No preâmbulo da Convenção resta reconhecida que a criminalização da lavagem de dinheiro é necessária devido aos vínculos identificados entre o tráfico e outras condutas usualmente atribuídas à criminalidade organizada, que "minam as economias lícitas de ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados". Além disso, justifica a criminalização proposta a partir do argumento de que: os valores obtidos pelo tráfico de drogas permitiriam a seus agentes "invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas". E, ao final, encontra-se como motivação o objetivo de "privar as pessoas dedicadas ao tráfico ilícito do produto de suas atividades criminosas e eliminar, assim, o principal incentivo a essa atividade" ([www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm]. Acesso em: 15.05.2019).

10. Decreto 154, de 26 de junho de 1991. O mesmo se extrai da Exposição de Motivos 692 do Ministério da Justiça a respeito da Lei 9.613/98. Apontando para a importância internacional do referido diploma, veja-se ALLDRIDGE, Peter. *Money laundering law*: forfeiture, confiscation, civil recovery, criminal laundering and taxation of the proceeds of crime. Oxford: Hart, 2003. p. 96; GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. Do crime de branqueamento de capitais: introdução e tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001. p. 253; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1083; GOMES, Luiz Flávio et al. *Legislação criminal especial*. São Paulo: Ed. RT, 2009. v. 6. p. 516; BRANDÃO, Nuno. *Branqueamento de capitais*: o sistema comunitário de prevenção. Coimbra: Coimbra Ed., 2002. p. 15 e ss.

11. GOMES, Luiz Flávio et al. *Legislação criminal especial*. São Paulo: Ed. RT, 2009. v. 6. p. 516. No mesmo sentido, veja-se PIETH, Mark; AIOLFI, Gemma. *A Comparative Guide to Anti-Money Laundering*: a critical analysis of systems in Singapore, Switzerland, the UK and the USA. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 3-5.

a partir da qual ficam claras algumas importantes linhas a respeito da forma que a repressão estatal deve possuir quando adotada.[12]

12. A saber: "Artigo 6 – Criminalização da lavagem do produto do crime – 1. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticada internacionalmente:

a) i) A conversão ou transferência de bens, quando quem o faz tem conhecimento de que esses bens são produto de crime, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens ou ajudar qualquer pessoa envolvida na prática da infração principal a furtar-se às consequências jurídicas dos seus atos.

ii) A ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens e direitos a eles relativos, sabendo o seu autor que os ditos bens são produto do crime.

Artigo 7 – Medidas para combater a lavagem de dinheiro

1. Cada Estado Parte:

a) Instituirá um regime interno completo de regulamentação e controle dos bancos e instituições financeiras não bancárias e, quando se justifique, de outros organismos especialmente susceptíveis de ser utilizados para a lavagem de dinheiro, dentro dos limites da sua competência, a fim de prevenir e detectar qualquer forma de lavagem de dinheiro, sendo nesse regime enfatizados os requisitos relativos à identificação do cliente, ao registro das operações e à denúncia de operações suspeitas;

b) Garantirá, sem prejuízo da aplicação dos Artigos 18 e 27 da presente Convenção, que as autoridades responsáveis pela administração, regulamentação, detecção e repressão e outras autoridades responsáveis pelo combate à lavagem de dinheiro (incluindo, quando tal esteja previsto no seu direito interno, as autoridades judiciais), tenham a capacidade de cooperar e trocar informações em âmbito nacional e internacional, em conformidade com as condições prescritas no direito interno, e, para esse fim, considerará a possibilidade de criar um serviço de informação financeira que funcione como centro nacional de coleta, análise e difusão de informação relativa a eventuais atividades de lavagem de dinheiro.

2. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de aplicar medidas viáveis para detectar e vigiar o movimento transfronteiriço de numerário e de títulos negociáveis, no respeito pelas garantias relativas à legítima utilização da informação e sem, por qualquer forma, restringir a circulação de capitais lícitos. Estas medidas poderão incluir a exigência de que os particulares e as entidades comerciais notifiquem as transferências transfronteiriças de quantias elevadas em numerário e títulos negociáveis.

3. Ao instituírem, nos termos do presente Artigo, um regime interno de regulamentação e controle, e sem prejuízo do disposto em qualquer outro artigo da presente Convenção, todos os Estados Partes são instados a utilizar como orientação as iniciativas pertinentes tomadas pelas organizações regionais, inter-regionais e multilaterais para combater a lavagem de dinheiro.

4. Os Estados Partes diligenciarão no sentido de desenvolver e promover a cooperação à escala mundial, regional, sub-regional e bilateral entre as autoridades judiciais, os

Dentro desse novo contexto normativo criado, no sentido da repressão ao crime de lavagem de dinheiro, é também necessário referir, ao menos em linhas gerais, o que se compreende como sendo o crime de lavagem de dinheiro. Tal análise preliminar justifica-se, sobretudo, pela necessidade de apresentação de um panorama a respeito da dinâmica e do processo que essa atividade criminosa exige para a sua caracterização. Nesse sentido, o crime de lavagem de dinheiro é aqui compreendido como processo ou "atividade de desvinculação ou afastamento do dinheiro da sua origem ilícita para que possa ser aproveitado."[13] Maia, por seu turno, define a lavagem de dinheiro como sendo um "conjunto complexo de operações, integrado pelas etapas de conversão (*placement*), dissimulação (*layering*) e integração (*integration*) de bens, direitos e valores."[14] Tais condutas são realizadas com o objetivo de tornar legítimos – ou com aparência de legítimos – os ativos obtidos a partir da prática de atos criminosos, mascarando, por meio de tais condutas, a origem desses bens, direitos ou valores, para que os responsáveis possam escapar da ação repressiva da Justiça. No mesmo sentido, afirma Barros que o crime de lavagem de dinheiro apresenta-se como a realização de operações financeiras ou transações comerciais realizadas com o objetivo de "ocultar ou dissimular a incorporação, transitória ou permanente, na economia ou no sistema financeiro do país, de bens, direitos ou valores que, direta ou indiretamente, são resultado de outros crimes, e a cujo produto ilícito se pretende dar lícita aparência."[15]

---

organismos de detecção e repressão e as autoridades de regulamentação financeira, a fim de combater a lavagem de dinheiro." (Decreto 5.015/2004).

13. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1084. Na mesma linha, VILARDI, Celso Sanchez. O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.47, mar.-abr., 2004; PEREIRA, Flávio Cardoso Pereira. Princípio da intervenção mínima e lavagem de capitais. *Ciências Penais*, São Paulo, ano 3, jan.-jun. 2006. p. 237-239.

14. MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro* – Lavagem de ativos provenientes de crime – Anotações às disposições criminais da Lei 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 53; no mesmo sentido, BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1085.; GOMES, Luiz Flávio et al. *Legislação criminal especial*. São Paulo: Ed. RT, 2009. v. 6. p. 518; e, BRANDÃO, Nuno. *Branqueamento de capitais*: o sistema comunitário de prevenção. Coimbra: Coimbra Ed., 2002. p. 15-16. Em suma, todos aqui seguem as orientações estabelecidas pelo FATF (Financial Action Task Force on Money Laundering).

15. BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 92. No mesmo

Diante disso, fácil é de se perceber que as condutas aqui punidas jurídico-penalmente devem, necessariamente, ter dois momentos: o primeiro representado pelo crime ou infração penal antecedente apta a produzir algum produto de riqueza ou de caráter patrimonial; e, um segundo momento, representado pela efetiva conduta de lavagem, isto é, uma conduta realizada no sentido de promover ocultamento ou dissimulação da origem ilícita dos valores anteriormente obtidos. Diante desse quadro, compete-nos indagar: qual seria o bem jurídico-penal protegido no crime de lavagem de dinheiro?[16]

Vale ainda chamar a atenção para o fato de que a definição a respeito do bem jurídico-penal aqui protegido refletirá necessariamente o sentido, a delimitação e a própria interpretação que o tipo penal de lavagem de dinheiro comportará. Nessa linha, o que aqui se pretende é problematizar de forma efetiva os limites que o modelo de crime como ofensa a um bem jurídico-penal enseja quando estamos tratando do crime de lavagem de dinheiro. Isso porque, conforme será apresentado, a incondicional preservação desse modelo no plano legislativo apresenta inúmeros problemas e dificuldades de aplicação em relação ao crime de lavagem de dinheiro.

Em um primeiro momento, identificamos que o bem jurídico-penal protegido pelo crime de lavagem de dinheiro seria o mesmo bem jurídico-penal protegido pelo crime antecedente[17], bem jurídico-penal esse que estaria, no momento

---

sentido, GOMES, Luiz Flávio et al. *Legislação criminal especial*. São Paulo: Ed. RT, 2009. v. 6. p. 518.

16. Trata-se de questão recorrente na doutrina e que acaba por gerar diversas respostas possíveis, para tanto, veja-se LOMBARDERO EXPÓSITO, Luis Manuel. Blanqueo de capitales: prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria. Barcelona: Bosch, 2009. p. 144-145; DE GRANDIS, Rodrigo. O exercício da advocacia e o crime de "lavagem" de dinheiro. In: DI CARLI, C. V. (Org.). *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 119; CAIERO, Pedro. A decisão-quadro do Conselho de 26 de junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa. *Direito penal económico e europeu*: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. v. 3. p. 389; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 58, p. 141-154, 1996.

17. Nesse sentido, veja-se GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. In: FARIA COSTA, José de; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais:* visão luso-brasileira. São Paulo: Quarter Latin, 2006. p. 162-163; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. p. 684.

da realização da conduta de lavagem, sendo "novamente ou mais intensamente lesado com a prática da lavagem."[18] Afirma-se, portanto, que essa dupla proteção do bem jurídico-penal presente no crime antecedente permitiria uma verdadeira "superproteção ao bem jurídico do crime antecedente."[19] Vale mencionar que essa forma de compreensão a respeito do bem jurídico-penal protegido pelo crime de lavagem de dinheiro somente encontraria algum sentido no momento inicial da repressão jurídico-penal da lavagem. Isto é, uma leitura assim realizada apenas encontra alguma razão de ser quando estritamente ligada às denominadas leis de primeira geração, nas quais o crime antecedente previsto era exclusivamente o tráfico de drogas, justamente pelo fato de que a lavagem de dinheiro era colocada como verdadeiro instrumento de combate ao tráfico de entorpecentes.[20] Em razão disso, o crime de lavagem de dinheiro acabava por ser compreendido, curiosamente, como um crime que tutelava a saúde pública, mesmo que tivesse por objetivo manifesto e declarado a repressão do braço econômico do tráfico de drogas.[21] Destaque-se que um entendimento nesse sentido não encontra mais razão de ser, tanto em razão da ampliação do espectro de atuação que o crime de lavagem de dinheiro nitidamente assume hoje quanto em relação à absoluta incongruência que a identificação do bem jurídico-penal saúde pública representa para o crime de lavagem de dinheiro. Tal situação decorre, justamente, em razão de que, hoje, no contexto brasileiro, a noção de infração penal antecedente ao crime de lavagem de dinheiro acaba por englobar ofensas aos mais diversos bens jurídico-penais protegidos, sem qualquer relação necessária com o tráfico ilícito de entorpecentes. Além disso, atualmente é possível perceber que,

18. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1085.

19. GOMES, Luiz Flávio et al. *Legislação criminal especial*. São Paulo: Ed. RT, 2009. v. 6. p. 523.

20. BRANDÃO, Nuno. *Branqueamento de capitais*: o sistema comunitário de prevenção. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 20.

21. GOMES, Luiz Flávio et al. *Legislação criminal especial*. São Paulo: Ed. RT, 2009. v. 6. p. 523; CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 23-24. CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Manole, 2004. p. 131-134; SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. *Advocacia e lavagem de dinheiro*: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal São Paulo: Saraiva, 2010. p. 58; RIDER, Barry. The crusade against money laundering: time to think. *Política Criminal, Derechos Humanos y Sistemas Jurídicos en el siglo XXI*: volumen de homenaje al Prof. Dr. Pedro R. David en su 72º aniversario. Buenos Aires: Depalma, 2001. p. 682-683.

mais do que um instrumento de repressão ao tráfico de drogas, na sua vertente econômica, o crime de lavagem de dinheiro acaba por ser um crime voltado à repressão tanto de crimes dotados de caráter econômico, quanto de crimes relacionados ao financiamento do terrorismo.

Outro entendimento, muito próximo desse, é no sentido de reconhecer que o crime de lavagem de dinheiro protege o mesmo bem jurídico-penal presente no antigo rol de crimes antecedentes elencados pelo legislador como sendo pressuposto para o crime de lavagem de dinheiro e presente nas denominadas leis de segunda geração. Nesses casos, o raciocínio desenvolvido é o mesmo. Isto é, não será possível identificar uma nova ofensa ao mesmo bem jurídico-penal protegido pelo crime antecedente. Ou seja, não se consegue, nesse caso, perceber, *v.g.*, uma nova ofensa aos bens jurídico-penais protegidos pelo crime de extorsão mediante sequestro, previsto no Código Penal (art. 159), no momento em que o alguém pratica alguma conduta voltada à lavagem do dinheiro obtido por meio desse crime. Além disso, podemos ainda acrescentar que essa superproteção ao bem jurídico-penal protegido pelo crime antecedente acaba por trazer uma curiosa situação dogmática. Afirmamos isso, pois nesse caso estaríamos reconhecendo legitimidade para permitir a punição autônoma de uma situação envolvendo o exaurimento do crime antecedente. Até esse momento nada há demais, pois temos como possível a criação de novos crimes a partir da consolidação de uma outra infração penal que torne possível o reconhecimento de um novo, autônomo e diverso prejuízo. Contudo, a punição, no caso apresentado, que envolveria a punição autônoma do exaurimento do crime antecedente, reconhecendo nesse novo crime uma nova ofensa ao mesmo bem jurídico-penal protegido pelo crime antecedente, encontraria fundamento, não em razão de este exaurimento representar uma ofensa a outro bem jurídico-penal, mas antes pelo fato de a conduta de lavagem de dinheiro ofender o mesmo bem jurídico-penal da infração penal antecedente. Tal quadro, no mínimo, acaba por colocar uma situação dogmaticamente interessante quando se trata de localizar de forma precisa o momento consumativo do crime antecedente e o início da execução do crime de lavagem de dinheiro que, inclusive, é punido na sua forma tentada, além da necessidade de acertamento da proporcionalidade das penas relativas ao crime antecedente e ao crime de lavagem de dinheiro, tanto por parte do legislador quanto por parte do magistrado no momento da dosimetria da pena. Ademais, a identificação do mesmo bem jurídico-penal protegido no crime antecedente e no crime de lavagem determina, por parte do legislador, uma redobrada atenção em relação à definição típica do crime antecedente e, da mesma forma, em relação à determinação do crime de lavagem de dinheiro. Em todo o caso, uma cautela que não podemos identificar, especialmente levando em conta o contexto do direito

penal brasileiro e a forma ampla com que o tipo penal de lavagem de dinheiro resta estabelecido pelo legislador.

De outra parte, podemos também identificar que o bem jurídico-penal da ordem econômica ou socioeconômica é apontado como sendo o bem jurídico-penal tutelado nos crimes de lavagem de dinheiro[22], e assim o é, uma vez que, com a prática do crime de lavagem de dinheiro, restaria afetada a ordem econômica. Tal situação ocorre justamente pelo fato de que, na maior parte dos casos, a lavagem de dinheiro ocorrerá a partir da utilização ou do contato das condutas de lavagem de dinheiro com o sistema financeiro. Além disso, normalmente aponta-se que a lavagem é "um obstáculo para a atração de capital estrangeiro lícito, além de comprometer a confiança, que é essencial ao funcionamento do sistema financeiro, afetar o equilíbrio do mercado e a livre concorrência".[23] No mesmo sentido, objetiva-se por meio dessa leitura empreender uma efetiva "proteção da ordem econômico-financeira, funcionando a lavagem como obstáculo à atração de capital estrangeiro, afetando o equilíbrio do mercado e a livre concorrência."[24]

22. PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro*: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 77-79; MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. ¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales? Reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la 'participación' en el delito. In: BAJO FERNÁNDEZ, M.; BACIGALUPO, S. (Ed.). *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 110; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 58, 1996. p. 141-145; LOMBARDERO EXPÓSITO, Luis Manuel. Blanqueo de capitales: prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria. Barcelona: Bosch, 2009. p. 152; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 97-102; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Aspectos gerais sobre o crime de lavagem de dinheiro. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sérgio F. (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. 18; CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 314-323; BRANDÃO, Nuno. *Branqueamento de capitais*: o sistema comunitário de prevenção. Coimbra: Coimbra Ed., 2002. p. 22.

23. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1086.

24. GOMES, Luiz Flávio et al. *Legislação criminal especial*. São Paulo: Ed. RT, 2009. v. 6. p. 523-524. No mesmo sentido, BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas:* com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 98. Nesse mesmo sentido, Aránguez Sánchez salienta que, além da promoção da segurança interna do Estado, a ideia de livre concorrência também resta

É dizer, como decorrência da lavagem de dinheiro, a doutrina aponta, entre os seus principais efeitos, "o comprometimento do fluxo normal de capitais, a concorrência desleal, a criação de monopólios ou grupos dominantes, a pouca visibilidade das operações financeiras, o abuso do poder econômico, a facilitação da corrupção etc."[25] Por fim, na mesma linha de entendimento apontado, é possível

protegida pelo crime de lavagem de dinheiro. É dizer, mais do que a estrita questão econômica, extrai-se da Constituição da Espanha, a promoção de uma ordem socioeconômica justa, de tal sorte que não se poderia tolerar a participação de capitais de origem criminosa no mercado financeiro oficial (ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 97-102). Em sentido crítico, deve ter em mente que o reconhecimento da concorrência como um bem jurídico protegido pelo crime de lavagem de dinheiro enseja sérios problemas uma vez que seria possível de se reconhecer que todo crime que gera algum tipo de lucro seria capaz de determinar algum prejuízo à concorrência (GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. *Do crime de branqueamento de capitais*: introdução e tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001. p. 132). No mesmo sentido crítico, vale salientar que não há por parte dos mercados internacionais uma rejeição absoluta em relação à presença de ativos ilíticos no circuíto econômico official (CASTILHO, Ela Wiecko de. Crimes antecedentes e lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, v. 47, p. 53-55, mar.-abr. 2004; COBO DEL ROSAL, Manuel; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos. *Blanqueo de capitales*: abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios (Repercusión en las leyes españolas de las nuevas directivas de la Comunidad Europea) (Estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial de las infracciones y de los delitos de blanqueo de capitales). Madrid: CESEJ, 2005. p. 94). Por fim, ressalte-se que recentemente o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), instituído pela Lei 13.254/2016, tornou possível que valores ocultos e que tivessem caráter ilícito por serem o produto de crimes, pudessem vir a ser "visíveis" mediante o pagamento de multas correspondentes, permitindo assim que estes valores ilícitos ingressassem na economia formal, como se lícitos fossem. Com relação ao perigo representado pelo movimento de anistia e repatriamento de ativos, veja-se MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. ¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales? Reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la 'participación' en el delito. In: BAJO FERNÁNDEZ, M.; BACIGALUPO, S. (Ed.). *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 111; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 86-87.

25. GOMES, Luiz Flávio et. al. *Legislação criminal especial*. São Paulo: Ed. RT, 2009. v. 6. p. 523-524. No mesmo sentido, BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas:* com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 98; CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Manole, 2004. p. 140-141; CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 321. Em síntese, os autores apontam que esse resultado decorre, essencialmente, do fato de que os capitais ilícitos

a identificação de alguns complementos feitos, no sentido da materialização da ordem econômica protegida pelo crime de lavagem de dinheiro, ordem essa que restaria materializada na "circulação lícita dos bens no mercado, como elemento indispensável para seu normal funcionamento e da economia em geral"[26], bem como na proteção da transparência e a integridade do sistema econômico e financeiro em uma dupla vertente, nacional e internacional.[27] Nesse sentido, vale destacar que, uma vez reconhecida a ordem econômica como bem jurídico-penal protegido, a atividade de lavagem de dinheiro seria capaz de colocar em risco bens jurídico-penais individuais e coletivos como um todo, especialmente a partir de resultados como a desestabilização do sistema financeiro e da ordem econômica em razão da perda da credibilidade. Tal quadro, por sua vez, acabaria por impedir o desenvolvimento econômico ou mesmo ocasionar uma forte desestabilização do câmbio e do mercado de capitais a partir da súbita transferência de grandes volumes de valores de capitais entre economias.[28]

Os argumentos anteriormente apresentados, curiosamente, acabam por nos colocar, novamente, no problema antes apontado relativo à proteção do mesmo bem jurídico-penal tutelado pela infração penal antecedente nas hipóteses em que a infração penal antecedente já tem por bem jurídico a ordem econômica ou o sistema financeiro nacional. Nesse sentido, então, importa definir com maior precisão de que forma o bem jurídico-penal aqui apontado estaria sendo ofendido e em que medida essa ofensa não seria ou poderia já se encontrar abarcada pela figura típica da infração penal antecedente. Tal questionamento justifica-se, sobretudo,

---

ao aportarem no circuito econômico, arcam, no total, com custos muito menores do que aqueles custos presentes nos capitais lícitos, pois a sua produção somente ocorre a partir do investimento, aquisição de insumos e realização de investimentos ao custo do mercado, enquanto os capitais ilícitos enfrentam custos inferiores. Nesse aspecto Alldridge aponta que "clean money–money untainted by criminal association–can be invested in profitable activities, or spent on consumption, more or less conspicuous, without risk of incrimination. Dirty money can generally only be invested or spent less profitably, less visibly, and at the risk of punishment. It also carries the risk of being used as evidence of the initial crime" (ALLDRIDGE, Peter. *Money laundering law*: forfeiture, confiscation, civil recovery, criminal laundering and taxation of the proceeds of crime. Oxford: Hart, 2003. p. 1).

26. FRANCO, Alberto Silva et. al. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2001. v. 2. p. 2099.

27. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1086.

28. BRANDÃO, Nuno. *Branqueamento de capitais*: o sistema comunitário de prevenção. Coimbra: Coimbra Ed., 2002. p. 22-23.

pelo fato de que, entre as hipóteses de infração penal antecedente, identificamos inúmeros casos que terão o condão de afetar, não a ordem econômico-financeira de modo abstrato, como é apontado pela doutrina, mas seus setores específicos, como *v.g.*, os crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei 7.492/86). Com isso, torna-se possível questionar: estamos diante de um novo e autônomo bem jurídico-penal protegido pelo crime de lavagem de dinheiro? Ou aqui se está diante de uma distinta forma de ofensa ao bem jurídico-penal protegido, e que não foi prevista pelo legislador quando criminalizou a forma específica de ofensa à ordem econômica? Salienta-se ainda que, nas hipóteses de prejuízo à livre concorrência ou mesmo à ordem econômica e financeira, é de suma importância verificar se tais condutas já não se encontram previstas na legislação penal própria, no intuito de se evitar um desnecessário e complexo conflito aparente de normas penais que poderia ser ocasionado justamente pela sobreposição de tipos penais que venham a proteger o mesmo bem jurídico penal ou mesmo por situações de verdadeiro *bis in idem*.[29]

Entre as principais críticas apontadas a essa linha de entendimento acerca do bem jurídico-penal protegido no crime de lavagem de dinheiro, podemos apontar que reconhecer a ordem econômica, ou, como bem refere Silva Franco, a honesta economia do mercado[30], como sendo o bem jurídico-penal protegido pelo crime de lavagem de dinheiro, nada mais é do que reconhecer que o direito penal deverá realizar uma verdadeira análise futurística. Isso porque, segundo Silva Franco, para se proteger o mercado, por meio desse tipo de crime, "seria necessário fazer um juízo de 'adivinhação', já que se partiria da premissa (nem sempre verdadeira), de que o dinheiro, fruto da lavagem, irá efetivamente alterar a circulação dos bens no mercado, causando uma desleal concorrência."[31] Além disso, seria necessário pressupor que o mercado, efetivamente, resta configurado de uma forma igualitária e com reais e equânimes possibilidades para os seus participantes, de modo a assim as condutas influenciarem e prejudicarem a livre participação.[32]

Acrescenta-se também, em relação ao argumento de risco de desestabilização do câmbio e dos mercados de capitais, que essa situação não ocorre apenas em

29. Nesse sentido, veja-se: Lei 8.078/90; Lei 8.137/90; Lei 8.176/91; Lei 12.529/11.

30. FRANCO, Alberto Silva et al. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2001. v. 2. p. 2099.

31. FRANCO, Alberto Silva et al. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2001. v. 2. p. 2099.

32. FRANCO, Alberto Silva et al. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2001. v. 2. p. 2099.

razão do aporte de capitais ilícitos do circuito econômico oficial. Isso porque esse tipo de oscilação pode muito bem ocorrer a partir do aporte e da movimentação de capitais lícitos, sendo esse tipo de operação plenamente permitida e facilitada pelo atual sistema financeiro e bancário, o que militaria contra a criminalização a partir desse argumento.[33] Nota-se que o argumento a favor da criminalização e, portanto, de proteção a esse bem jurídico-penal falha, pois, mesmo situações absolutamente lícitas, decorrentes muitas vezes da concentração do poder econômico nas mãos de determinados titulares, acaba sempre por colocar em risco a economia como um todo, pouco importando se os valores são de origem lícita ou ilícita, não sendo possível identificar uma diferenciação qualitativa minimamente clara entre risco permitido ou proibido dentro desse contexto. Por fim, haveria ainda crimes que teriam uma baixa capacidade de gerar riqueza, de tal sorte que esses valores seriam absolutamente baixos e incapazes de colocar em risco a ordem econômica no momento em que fossem ocultados ou dissimulados na economia oficial.[34] Claro que a razão da criminalização, nesse caso, estaria relacionada à tentativa de preservação dos níveis de risco tolerados e aceitos para o funcionamento do mercado de capitais e de câmbio, sendo o aporte de valores de origem ilícita uma hipótese de incremento da situação de risco já presente. Todavia, não nos parece adequado definir esse abstrato equilíbrio econômico como um bem jurídico-penal, precisamente em razão da excessiva amplitude e indeterminação que esse conceito apresenta e que, por essa razão, não nos permitiria ter no conceito de bem jurídico-penal um elemento de efetiva limitação da atuação do legislador.

Destacamos que, muito embora seja esse o entendimento que prevaleça na doutrina pátria, *i.e.*, de que o bem jurídico-penal protegido no crime de lavagem de dinheiro é a ordem econômica ou socioeconômica, faz-se necessário considerar os perigos que a definição demasiadamente aberta do conceito de bem jurídico-penal acaba por trazer à própria delimitação do tipo penal. É importante destacar que o elevado grau de volatilidade e a absoluta impossibilidade de precisar dogmaticamente a ofensa efetiva a um bem jurídico-penal assim estabelecido acaba por gerar excessivos problemas relativos à aplicação do crime de lavagem de dinheiro. Ora, se o conceito de bem jurídico-penal tem a pretensão de ser o fundamento de legitimidade da criminalização de condutas, ou mesmo se tem

33. ALLDRIDGE, Peter. *Money laundering law*: forfeiture, confiscation, civil recovery, criminal laundering and taxation of the proceeds of crime. Oxford: Hart, 2003. p. 32-40.

34. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi, 1997. p. 195-196.

a pretensão de ser um elemento crítico de interpretação da norma penal vigente, como será possível que um conceito demasiadamente vago, indeterminado e aberto – como é a noção de ordem socioeconômica – venha a tornar possível a realização de qualquer dessas tarefas? Para além disso, um conceito de bem jurídico-penal assim configurado acaba por tornar impossível ao legislador descrever, ainda que de forma mínima, a ofensa ao bem jurídico protegido. Por fim, a leitura empreendida nesse sentido não seria minimamente adequada para o propósito de limitação e de garantia do direito penal, uma vez que o conceito de bem jurídico reconhecido enquanto fórmula genérica, nada mais seria do que reconhecer, como Silva Franco, que "a expressão ordem socioeconômica, é, a nosso ver, uma daquelas definições que tudo é, mas nada diz."[35]

Outra linha de entendimento a respeito do bem jurídico-penal protegido pelo crime de lavagem de dinheiro objetiva demonstrar que nesse crime identificamos dois bens jurídico-penais protegidos, tratando-se, por força disso, de um crime complexo.[36] Nesse sentido, afirma-se que o crime de lavagem de dinheiro tutela a ordem econômico-financeira de forma mediata, e o bem jurídico-penal tutelado pelo crime antecedente, de forma imediata. Com isso, afirma-se que, ao serem analisados os bens jurídico-penais anteriormente indicados, teremos "afetado a ordem socioeconômica através da circulação de bens no mercado. Assim como no crime de receptação, se faz necessário para configurar o crime de lavagem de capitais, a existência de um crime prévio que se pretende, em última análise, evitar."[37]

35. FRANCO, Alberto Silva et al. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2001. v. 2. p. 2099. No mesmo sentido, afirma Aránguez Sánchez que "el orden socioeconómico carece de la concrección necesaria para ser considerado como bien jurídico, pues más bien es una categoría que se articula en distintos intereses" (ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 84).

36. COBO DEL ROSAL, Manuel; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos. *Blanqueo de capitales*: abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios (Repercusión en las leyes españolas de las nuevas directivas de la Comunidad Europea) (Estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial de las infracciones y de los delitos de blanqueo de capitales). Madrid: CESEJ, 2005. p. 93; ÁLVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. *Manual de prevención del blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 335; SANCTIS, Fausto Martin de. Antecedentes do delito de lavagem de valores e os crimes contra o sistema financeiro nacional. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sérgio F. (Orgs.). *Lavagem de dinheiro*: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 58.

37. GOMES, Luiz Flávio et al. *Legislação criminal especial*. São Paulo: Ed. RT, 2009. v. 6. p. 525.

Verifica-se, portanto, que, segundo esse entendimento, a afetação à ordem socioeconômica ocorreria apenas de forma mediata nos mesmos moldes do que ocorre no crime de receptação e de favorecimento real[38], a partir do qual "faz-se necessário, para se configurar o crime de lavagem de capitais, a existência de um crime prévio e é esse que se pretende, em última análise, evitar."[39]

Ocorre que, uma vez postas as questões nesses termos, percebe-se que o crime de lavagem de dinheiro, ao ser considerado um crime complexo (pluriofensivo)[40], passa a colocar problemas inerentes a esse tipo de estruturação da figura típica que antes seriam inexistentes, justamente em razão de se tutelar apenas um único bem jurídico-penal. É dizer, os problemas que surgem se encontram justamente relacionados com a identificação do momento consumativo do crime de lavagem de dinheiro: qual seria o exato momento consumativo de um crime complexo dessa natureza?; o crime de lavagem de dinheiro restaria consumado com a ofensa ao bem jurídico-penal tutelado pelo crime antecedente?; com

38. GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. *Do crime de branqueamento de capitais*: introdução e tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001. p. 241; CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 134-135; SANCTIS, Fausto Martin de. Antecedentes do delito de lavagem de valores e os crimes contra o sistema financeiro nacional. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sérgio F. (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. 60.

39. FRANCO, Alberto Silva et al. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2001. v. 2. p. 2099.

40. LOMBARDERO EXPÓSITO, Luis Manuel. *Blanqueo de capitales*: prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria. Barcelona: Bosch, 2009. p. 149-54; CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 322.; PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 6, n. 24, p. 209-222, out.-dez. 1998, p. 212; COBO DEL ROSAL, Manuel; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos. *Blanqueo de capitales*: abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios (Repercusión en las leyes españolas de las nuevas directivas de la Comunidad Europea) (Estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial de las infracciones y de los delitos de blanqueo de capitales). Madrid: CESEJ, 2005. p. 93; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 91; MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. ¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales? Reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la 'participación' en el delito. In: BAJO FERNÁNDEZ, M.; BACIGALUPO, S. (Ed.). *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 116-22.

a afetação mediata à ordem econômica? Se a reposta dada for no sentido de que o momento consumativo do crime de lavagem de dinheiro ocorre com a ofensa ao bem jurídico-penal tutelado pelo crime antecedente, voltamos aos problemas apresentados anteriormente. De outra parte, o melhor caminho não nos leva a definir o momento consumativo do crime de lavagem de dinheiro na mediata afetação à ordem econômico-financeira, uma vez que se trata, como já restou dito antes, de noção absolutamente vaga, imprecisa e indeterminada, não podendo, por esse motivo, servir de bem jurídico-penal protegido no crime de lavagem de dinheiro. Da mesma forma, cabe salientar que uma definição desse modo não permite qualquer diferenciação em relação aos crimes ou infrações penais antecedentes, especialmente naqueles casos em que a infração penal antecedente também venha a ser direcionada à afetação da ordem econômico-financeira, tal qual ocorre nos casos envolvendo crimes contra o sistema financeiro nacional. Por sua vez, o mesmo problema é identificado se exigirmos a ofensa a ambos os bens jurídico-penais; isso porque, em relação à identificação da ofensa ao bem jurídico-penal da infração penal antecedente, não haveria maiores dificuldades na sua identificação. Contudo, em relação ao segundo bem jurídico-penal ofendido pelo crime de lavagem de dinheiro, a afetação mediata da ordem econômico-financeira, esta seria absolutamente impossível de ser descrita pelo tipo penal, pois sua descrição não seria suficientemente precisa.

Por derradeiro, identificamos o entendimento de que o bem jurídico-penal protegido nos crimes de lavagem de dinheiro é a administração da justiça. Nesse ponto, a ofensa à administração da justiça resta aqui compreendida como "a ideia de que o cometimento desses crimes torna difícil a recuperação do produto do crime e isso dificultaria a ação da Justiça, sendo este o bem jurídico principal, ao lado da ordem econômica e do sistema financeiro."[41] Segundo esse entendimento, o crime de lavagem de dinheiro tutela a administração da justiça, pois, uma vez cometido, dificulta-se a ação da justiça no sentido de efetuar a recuperação dos valores que foram lavados. Nesse aspecto, importa salientar que a questão fundamental se encontra no fato de que a conduta ou o processo de lavagem de dinheiro somente encontram sentido e razão de ser nas hipóteses em que existe, por parte de seu autor, o interesse em ocultar ou dissimular a origem dos valores e bens adquiridos a partir da prática de uma infração penal antecedente. Mais do

41. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p.1085. No mesmo sentido: MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro* – Lavagem de ativos provenientes de crime – Anotações às disposições criminais da Lei 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 54; GOMES, Luiz Flávio et al. *Legislação criminal especial*. São Paulo: Ed. RT, 2009. v. 6. p. 523.

que objetivar tutelar o mesmo bem jurídico-penal do crime antecedente, a ordem econômico-financeira ou ambos, o que aqui se está a punir é a conduta que visa a impossibilitar ou ao menos a dificultar a correta e concreta administração da justiça, especificamente no que tange ao pleno cumprimento dos efeitos de uma sentença penal condenatória imposta em razão do reconhecimento do cometimento de uma das infrações penais antecedentes.[42] É dizer, portanto, que o bem jurídico-penal que se objetiva tutelar por meio do crime de lavagem de dinheiro "é a busca desse Estado justo que legitima a punição do agente que está a impedir a eficaz atividade judiciária, fazendo com que seja ela frustrada em sua finalidade de luta contra o crime."[43] De forma muito simples, se ao Estado não compete determinar comportamentos colaborativos para a concretização da prestação da correta administração da justiça, de outra parte mostra-se justificável que as pessoas abstenham-se de realizar quaisquer condutas que possam vir a prejudicar o bom andamento da administração da justiça.[44]

A leitura assim empreendida a respeito do bem jurídico-penal protegido pelo crime de lavagem de dinheiro, ao mesmo tempo em que torna possível identificar aspectos positivos, especialmente no tocante à determinação e concretização do bem jurídico-penalmente protegido, acaba também por impor alguns sérios problemas que, a nosso sentir, acabam por se mostrar incontornáveis. Entre esses problemas, chamamos a atenção para o fato de que a administração da justiça sempre é compreendida enquanto um bem jurídico-penal de caráter nacional e não encontra sentido quando projetado em uma dimensão internacional, que é essencial e mesmo fundante do crime de lavagem de dinheiro. Daí porque vemos com reserva a identificação desse bem jurídico-penal como sendo o bem jurídico-penal protegido pelo crime de lavagem de dinheiro, permitindo-nos questionar: como delimitar ou identificar uma administração da justiça de

42. Interessante notar que Alldridge, embora com base em outro referencial de análise da legitimidade de uma lei penal, venha a considerar que neste caso não teríamos uma justificativa para a criminalização do comportamento, mas apenas um argumento válido para determinar o confisco destes produtos ou proveitos de uma infração penal (ALLDRIDGE, Peter. The moral limits of the crime of money laundering. *Buffalo Law Review*, v. 5, n. 1, p. 282-286, apr. 2001; ALLDRIDGE, Peter. *Money laundering law:* forfeiture, confiscation, civil recovery, criminal laundering and taxation of the proceeds of crime. Oxford: Hart, 2003. p. 25).

43. FRANCO, Alberto Silva et al. Leis *penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2001 v. 2. p. 2099.

44. FRANCO, Alberto Silva et al. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2001 v. 2. p. 2099.

caráter internacional?; ou ainda, qual a possibilidade de tutela da administração da justiça de um Estado a partir de um ato de lavagem realizado em outro Estado que não teve qualquer ato executório relativo ao crime antecedente?[45]

Além disso, pelo fato de ser reconhecido o crime de lavagem de dinheiro como um processo de ocultação ou dissimulação da origem de bens obtidos por meio do cometimento de crimes, identificamos a necessidade de que deveria ser exigido, para a caracterização do crime de lavagem, a efetiva confirmação da existência da infração penal antecedente, que seria responsável pela obtenção do valor que está sendo dissimulado ou ocultado, enquanto verdadeira materialização da suposta ofensa à administração da justiça. Todavia, a legislação penal pátria não faz essa exigência e permite que a denúncia pelo crime de lavagem de dinheiro reste oferecida apenas com indícios de que os bens tenham sido adquiridos por meio de origem ilícita ou mesmo em hipóteses em que a infração penal antecedente encontre-se prescrita, de tal sorte a se colocar um sério questionamento a respeito da autonomia material do crime de lavagem de dinheiro diante da infração penal antecedente.[46] Diante disso, se efetivamente estamos falando de um crime contra a administração da justiça, para a sua configuração seria necessário reconhecer a existência da infração penal anterior e a posterior frustração da correta administração da justiça daquele caso, em razão das condutas de dissimulação ou ocultação da origem ilícita desses bens ou valores. Isso porque o crime de lavagem, mais do que acessório em relação a uma infração penal

45. Em situção fática similar, mas não levando em conta a questão do bem jurídico-penal protegido, veja-se Van Duyne, Greonhuijsen e Schudelaro quando apresentam "for example: the European Union has introduced the European arrest warrant and Poland requests the extradition of the director of an illegal abortion clinic who has wired the proceeds to Germany or the Netherlands, where abortion is legal. From the Polish point of view the director is a launderer, which makes the request for extradition difficult to refuse, even if according to Dutch or German law there is no predicate offence. But that is not the issue they have to respond to: that concerns laundering, albeit for a Polish predicate offence. There are many variations to this theme, like environmental crimes, the proceeds of which may be wired to a jurisdiction in which such offences do not exist" (VAN DUYNE, Petrus C; GROENHUIJSEN, Marc S.; SCHUDELARO, A. A. P. Balancing financial threats and legal interests in money-laundering policy. *Crime, Law Social Change*, n. 43, 2005. p. 140).

46. Para mais detalhes, veja-se MACHADO, Tomás Grings. (Re)discutindo os limites da autonomia material do crime de lavagem de dinheiro: primeiras impressões. In: FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Direito penal econômico e empresarial*: estudos dos Grupos de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial da PUCRS e da FGV Direito SP. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 99 e ss.

antecedente, passa aqui a ser verdadeiramente dependente dela. Entender em sentido contrário, tal qual ocorre a partir da nossa legislação, é reconhecer que o crime de lavagem de dinheiro não exige qualquer confirmação da frustração da correta prestação da administração da justiça, o que seria, ao fim e ao cabo, reconhecer que o crime de lavagem de dinheiro não protege esse bem jurídico-penal.

3. Ante a ausência de definição relativa ao bem jurídico-penal protegido no crime de lavagem de dinheiro, que caminho seguir?

Uma vez reconhecidos os limites relativos ao conceito de bem jurídico-penal e a sua incapacidade de atender aos postulados e funções que esse conceito deveria desempenhar dentro do direito penal, busca-se agora analisar a possibilidade de limitação do crime de lavagem de dinheiro a partir da perspectiva representada pelo denominado *harm to other principle*[47].

47. Para o presente artigo utilizamos, na essência, as ideias preconizadas por Joel Feinberg, quando de forma abreviada, busca identificar quais seriam as justificativas necessárias para que possa superar a presunção em favor da liberdade individual e assim determinar a proibição de um determinado comportamento. O autor busca assim identificar as boas razões e justificativas que sustentam a edição de uma lei penal, especialmente se essa lei será capaz de ser eficaz na proposta de impedir, eliminar ou mesmo reduzir o dano causado a pessoas diversas do agente a partir da proibição do comportamento. Nota-se assim que a decisão pela restrição da liberdade por meio de uma lei penal apenas será possível quando o resultado pretendido não puder ser atingido por nenhum outro meio. Além disso, a opção pela lei penal não poderá representar um custo mais elevado do que o valor que se pretende proteger – em linhas gerais a opção pela lei penal deve ser racional e proporcional. Em suma, no primeiro volume da obra, discute-se o que é possível de ser definido como dano que deve possuir relevo para a opção por uma lei penal e assim servir de guia para o legislador (FEINBERG, Joel. *Harm to others*: the moral limits of the criminal law. Oxford: Oxford University Press, 1984. p. 22-26). Por sua vez, no segundo volume, temos o desenvolvimento do chamado *offense to others principle*, que pode ser compreendido como o sendo a ideia representada pelo prejuízo ou afetação/distúrbio a terceiros. Não se trata mais do dano ou do perigo, mas antes um sentimento de mal-estar e incômodo determinado pela ação praticada. Com isso, propõe Feinberg que sempre haverá uma boa razão que sustenta uma proposta de proibição penal quando esta proibição for necessária para impedir uma grave ofensa a pessoas diversas e que esta proibição venha a ser um meio eficaz para este fim (FEINBERG, Joel. *Offense to others*: the moral limits of the criminal law. Oxford: Oxford University Press, 1985. p. 1-3; No terceiro volume, temos a estruturação do conceito de paternalismo jurídico a partir do qual sempre estamos diante de uma boa razão para autorizar uma proibição penal quando essa lei é, provavelmente, necessária para impedir um dano físico praticado

Para tanto, devemos apontar que é possível identificarmos um esforço doutrinário recente a partir do qual busca-se a aproximação e complementação da teoria do bem jurídico-penal e do *harm principle*, objetivando, assim, obter elementos para circunscrever o espaço legítimo de deliberação por parte do legislador em matéria penal e ser possível a realização de um diálogo entre as matrizes teóricas distintas.[48] Trata-se de uma aproximação possível de ser realizada, muito

pelo próprio agente ao próprio agente. Nesse ponto, Feinberg procura delinear as diferenças fundamentais entre o denominado paternalismo forte, que aquele que justifica a intervenção penal direcionado a impedir o dano também a comportamentos que sejam fruto de condutas perfeitamente voluntárias; e, o chamado paternalismo débil, de forte matriz liberal, no sentido de que a intervenção do Estado somente estaria legitimada nos casos em que a conduta não seja perfeitamente voluntária, daí porque, nesses casos, o Estado teria legitimidade para buscar (re)estabilizar a vontade deste sujeito (FEINBERG, Joel. *Harm to self*: the moral limits of the criminal law. Oxford: Oxford University Press, 1986. p. 3-5); por fim, no quarto volume, Feinberg analisa o chamado moralismo jurídico como princípio limitador da liberdade individual, isso porque, o direito penal impõe um determinado sistema moral que passa a ser adotado como modelo de vida a partir do qual poderá ser moralmente legítimo proibir uma conduta com base no fato de que este comportamento possa vir a ser considerado intrinsecamente imoral, ainda que não venha a causar dano ou moléstia ao agente ou terceiros (FEINBERG, Joel. Harmless *Wrongdoing*: the moral limits of the criminal law. Oxford: Oxford University Press, 1990. p. 3-8). Veja-se também SCHONSHECK, Jonathan. *On criminalization*: An essay in the philosophy of the criminal law. New York: Springer Science Business Media Dordrecht, 1994. p. 31-32.

48. ESER, Albin. The principle of "harm" in the concept of crime: a comparative analysis of the criminally protected legal interests. *Duque University Law Review*, v. 4, 1966. p. 345 e ss.; PERŠAK, Nina. *Criminalising harmful conduct*: the harm principle, its limits and continental conterparts. New York: Springer, 2007. p. 95 e ss.; HÖRNLE, Tatjana. 'Rights of others' in criminalization theory. In: SIMESTER, A. P., BOIS-PEDAIN, Antje Du; NEUMANN, Ulfrid (Ed.). *Liberal criminal theory*: essays for Andreas von Hirsch. Oxford: Hart Publishing, 2014. p. 171-176; HASSEMER, Winfried. The harm principle and the protection of 'legal goods' (*Rechtsgüterschutz*): a german perscpective. In: SIMESTER, A. P., BOIS-PEDAIN, Antje Du; NEUMANN, Ulfrid (Ed.). *Liberal criminal theory*: essays for Andreas von Hirsch. Oxford: Hart Publishing, 2014. p. 187-204; WOHLERS, Wolfgang. Criminal liability for offensive behaviour in public spaces. In: SIMESTER, A. P., BOIS-PEDAIN, Antje Du; NEUMANN, Ulfrid (Ed.). *Liberal criminal theory*: essays for Andreas von Hirsch. Oxford: Hart Publishing, 2014. p. 253 e ss.; COSTA, Helena Regina Lobo da. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do harm principle. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Org.). *Direito penal como crítica da pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 140-144; HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el "principio del daño". In: HEFENDEHL,

embora a matriz continental da teoria do bem jurídico-penal parta de premissas e de categorias dogmáticas distintas daquelas preconizadas pela matriz pertencente ao *common law*.

Nesse ponto, nota-se que a proposta de Feinberg relativa ao *harm principle* é clara no sentido de promover uma tentativa de restringir fortemente a esfera do penalmente relevante, orientando a atuação do legislador e ressalvando que a intervenção do direito penal deve sempre buscar assegurar a proteção dos denominados *welfare interests*, restando, assim, excluídos do âmbito do direito penal todos aqueles comportamentos consentidos pelo titular do interesse e também aqueles comportamentos que se apresentam como meramente imorais ou que não causem qualquer tipo de prejuízo a interesses individuais ou públicos. Essa proposta é capaz de, em grande parte, afastar do âmbito do direito penal todas aquelas criminalizações que são tradicionalmente reconhecidas como sendo portadoras de caráter simbólico, e que acabam por ser incorporadas ao âmbito do direito penal de forma equivocada.

A proposta da teoria do *harm principle* tem por objetivo ser uma orientação segura e clara para o legislador em matéria penal, mas, diferentemente da teoria do bem jurídico-penal, não tem por objetivo ser cogente a ponto de imediatamente determinar a ilegitimidade de uma criminalização quando estiver ausente. Isso porque, no âmbito da análise da legitimidade de uma lei penal elaborada no contexto da *common law*, leva-se em conta, além do *harm principle*, o denominado

Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Ed.). *La teoría del bien jurídico*: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 41-52; WITTIG, Petra. Teoría del bien jurídico, *harm principle* y delimitación de ámbitos de responsabilidad. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Ed.). *La teoría del bien jurídico*: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 341-342; SEELMANN, Kurt. El concepto de bien jurídico, el *harm principle* y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Ed.). *La teoría del bien jurídico*: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 374-375; BUNZEL, Michael; SCHMIDT, Juana; STOLLE, Peer. Primera sesión. Teoría del bien jurídico y *harm principle*. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Ed.). *La teoría del bien jurídico*: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 417-424; DUBBER, Markus D. Foundations of state punishment in modern liberal democracies: toward a genealogy of american criminal law. In: DUFF, R. A.; GREEN, Stuart P. *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 89 e ss.

offense principle. Além disso, a proposta do *harm principle* é clara no sentido de ser um conjunto de elementos a serem ponderados pelo legislador no momento em que este delibera a respeito da necessidade ou não do recurso ao direito penal. Isso porque, mesmo diante da teoria do *harm principle*, a decisão final é sempre do legislador. Claro que essa proposta de não cogência e de respeito à decisão tomada pelo legislador pressupõe que essas decisões sejam tomadas no âmbito de um Estado efetivamente liberal, em que os custos do sacrifício da liberdade sejam conhecidos e adequadamente ponderados pelo legislador.

Ademais, caso não tenhamos um verdadeiro caráter liberal, de verdadeiro e real comprometimento com as liberdades individuais, há o risco efetivo de que venhamos a incorrer nos mesmos vícios observados em relação ao conceito de bem jurídico-penal e a sua excessiva manipulação tal qual ocorre a partir do reconhecido por Fiandaca e Di Chiara.[49] Dito por outras palavras, o resultado prático dessa manipulação reconhecida é no sentido de que, diante da ausência de um legislador efetivamente liberal, acaba-se por justificar a criminalização a partir de outros critérios – não mais o bem jurídico-penal nem mais o *harm principle* – e, assim, nada mais limita a atuação do legislador, que passa a agir apenas a partir de uma orientação de escolha político criminal.

Diante desse quadro, fácil é de se notar que uma efetiva recepção e aplicação do *harm principle* acaba por permitir uma forte crítica à legislação presente e futura, nos exatos termos de que a proposta originária preconizada pelo conceito de bem jurídico-penal propunha. Reconhece-se, assim, que *harm principle* e bem jurídico-penal podem ser, em alguma medida, equivalentes funcionais. Isso porque, segundo a leitura empreendida pelo *harm principle*, temos a necessária subordinação da criminalização de um comportamento a partir do dano que este representa e que pode ser mensurado a partir da identificação do dano (*harm*) a um interesse, de tal sorte que a decisão no sentido da criminalização do comportamento deve sempre levar em conta a explicitação dos motivos que se encontrem na base da tutela daquilo que se define como interesse-alvo do dano (*harm*). De outra parte, sob a perspectiva da teoria do bem jurídico-penal, a criminalização de um comportamento apenas restará justificada quando se estiver diante de um comportamento capaz de ofender esse bem jurídico-penal, expressando, assim, um comportamento danoso. Há, portanto, se bem notamos, uma nítida aproximação das finalidades e das estruturas, além do fato de percebermos uma

49. FIANDACA, Giovanni; DI CHIARA, Giuseppe. *Una introduzione al sistema penale*. Per una lettura costituzionalmente orientate. Napoli: Jovene, 2003. p. 122.

clara aproximação entre os conceitos de interesse alvo do dano e de bem jurídico-penal alvo da ofensa.[50]

Claro que essa aproximação se torna possível apenas quando estamos diante de crimes que tenham por objeto interesse ou bens jurídico-penais individuais. Isso porque a noção de interesse, especialmente a noção de interesse público, acaba por ser mais ampla e dilatada do que aquilo que seria possível de ser abarcado pelo conceito de bem jurídico-penal coletivo. Em suma, o interesse público objeto do *harm principle* pode ser sempre um interesse que se encontra instrumentalizado a partir de um outro interesse individual, ao passo que o bem jurídico-coletivo deve ser uma realidade valiosa independentemente de qualquer instrumentalização a um outro bem jurídico-penal individual. Dito por outras palavras, sob a perspectiva do *harm principle*, deve-se proteger as condições de vida comuns do homem enquanto interesses importantes do indivíduo (tutela de interesses meio como dependentes e necessários). Ademais, sob a perspectiva do bem jurídico-penal, especialmente o bem jurídico-penal coletivo, temos que esse conceito procura ser desvinculado e independente de outros interesses individuais, figurando, assim, como verdadeiras realidades axiologicamente independentes e autônomas.

Em todo o caso, o *harm principle* surge como forma alternativa de desvelar as razões que sustentam a escolha das criminalizações de comportamento por parte do legislador. Dessa forma, após a realização da sua análise e diferenciação, quando confrontado com outros princípios também presentes no contexto anglo-saxão (*offense to others principle*, *legal paternalism* e *legal moralism*), constata-se que o *harm principle* apresenta o mérito de superar a noção de bem jurídico-penal e a sua rigidez conceitual inerente aos objetivos a que se propõe. Isso porque, por meio do *harm principle* e da ideia de proteção de interesses, percebe-se que a adoção do conceito de interesse protegido é compreendido como um conceito mais elástico que permite uma mais fácil identificação de critérios que devem ser observados pelo legislador no momento da decisão a respeito da criminalização de comportamentos para, dessa maneira, decidir no sentido da restrição

50. Em síntese, podemos reconhecer que o *harm principle*, juntamente com as suas *mediating maxims*, buscam servir de fundamento para a determinação de uma nova criminalização ou mesmo para a justificação de uma criminalização já existente, ao passo que a teoria do bem jurídico-penal teria por função estabelecer se uma criminalização é legítima ou não, a partir da identificação de um bem jurídico-penal carente de tutela penal, de tal sorte que uma vez presente, haveria a necessidade de criminalização deste comportamento.

do exercício da liberdade sempre que o seu exercício vier a causar dano (*harm*) a interesses particulares ou públicos. Nesse contexto, percebe-se que o recurso ao *harm principle* permite, com maior racionalidade, justificar a restrição da liberdade de forma funcional; é dizer, justifica-se o sacrifício da liberdade individual sempre que o exercício dessa liberdade vier a se encontrar funcionalmente ligado à prevenção de um dano (*harm*) a um interesse de terceiro.

Diante desse quadro, muitos defensores do conceito de bem jurídico-penal poderiam apontar que o *harm principle* não efetua uma limitação verdadeira, e que, na verdade, acaba por permitir que o direito penal venha a ser invocado para a proteção de interesses abstratos ou mesmo de meras imoralidades. Antes que esse tipo de argumentação prossiga, é importante pontuar que o recurso ao direito penal e o recurso ao *harm principle* apresenta mais elementos do que esse tipo de crítica. Além disso, se bem notamos, o próprio conceito de bem jurídico-penal apresenta um verdadeiro paradoxo, é dizer, conforme apontam Fiandaca e Di Chiara, "già nell'elaborazione di Birnbaum, si prestava a 'rilegittimare' la competenza del diritto penale ad apprestare tutela a beni spirituali di nattura coletiva quali anche le religione e la moralità in controtendenza rispetto ala maggior parte dei giuristi di orientamento illuministico"[51], e, dessa forma, antes de limitar, acaba por justificar um significativo crescimento do catálogo de comportamentos suscetíveis de serem objeto do direito penal, sem que seja possível, assim, reconhecer qualquer capacidade crítica ao conceito.

Destacamos que o recurso ao *harm principle* na atualidade é expressão de um verdadeiro recurso a ser utilizado no sentido de promover uma racional limitação ao uso do direito penal, especialmente diante da derrocada percebida em relação ao conceito de bem jurídico-penal; derrocada essa decorrente, sobretudo, da manipulação promovida em relação aos limites assumidos por esse conceito e à necessidade de identificação da sua correspondente ofensa. O alto potencial manipulativo e a consequente capacidade de invocação para o fim de justificar uma criminalização acabam por converter o conceito de bem jurídico-penal de verdadeiro conceito limitador do recurso ao direito penal, em elemento justificador trazido *a posteriori*, da intervenção penal. É dizer, conceitos vagos e indeterminados passam a ser rotulados de bem jurídico-penal e, assim, legitimam ao legislador penal optar pela intervenção penal sem que se analise, minimamente as consequências aplicativas destas decisões.

51. FIANDACA, Giovanni; DI CHIARA, Giuseppe. *Una introduzione al sistema penale*. Per una lettura costituzionalmente orientate, Napoli: Jovene, 2003. p. 108.

4. Premissas e construção do interesse público protegido no crime de lavagem de dinheiro à luz do *harm principle*

Alldrige reconhece que a criminalização da lavagem de dinheiro é problemática. O argumento de que os criminosos não devem ser autorizados a lucrar a partir de suas atividades criminosas é, sem dúvida alguma, um argumento válido para a determinação do confisco desses bens, mas não propriamente para a criminalização do ato de lavagem de dinheiro.[52] Isso porque, dentro de um contexto em que a liberdade venha a ser reconhecida como um valor, toda a restrição de liberdade decorrente de uma pena criminal apenas poderá ser justificada de forma legítima quando se estiver diante de atos capazes de gerar um dano suficientemente grave, nos termos do proposto pela teoria do *harm principle*. A decisão política no sentido da criminalização da lavagem de dinheiro enquanto crime independente[53] é reconhecida como sendo a resposta dada a iniciativas

52. ALLDRIDGE, Peter. The Moral Limits of the Crime of Money Laundering. *Buffalo Law Review*, v. 5, n. 1, apr., 2001. p. 282-286; ALLDRIDGE, Peter. *Money laundering law: forfeiture, confiscation, civil recovery, criminal laundering and taxation of the proceeds of crime*. Oxford: Hart, 2003. p. 25.

53. Reconhecer que o crime de lavagem de dinheiro é um crime independente, nada mais é do que reconhecer o atendimento aos comandos normativos internacionais no sentido da repressão uniforme e harmônica ao crime de lavagem de dinheiro enquanto crime próprio e que não se confunde com crimes já existentes no ordenamento jurídico ou mesmo com a infração penal antecedente. Para tanto, veja-se, entre outros: LEWISCH, Peter. Money laundering laws as a political instrument: the social cost of arbitrary money laundering enforcement. *European Journal of Law and Economics*, n. 26, 2008. p. 407-411; PIETH, Mark; AIOLFI, Gemma. *A comparative guide to anti-money laundering*: a critical analysis of systems in Singapore, Switzerland, the UK and the USA. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 3-36; STESSENS, Guy. *Money laundering*: a new international law enforcement model. New York: Cambridge, 2003. p. 82-129; ALLDRIDGE, Peter. *Money laundering law*: fortfeiture, confiscation, civil recovery, criminal laundering and taxation of the proceeds of crime. Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 89-106; AMBOS, Kai. *Lavagem de dinheiro e direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007. p. 15-21; ZANCHETTI, Mario. *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*. Milano: Giuffrè, 1997. p. 125-82; ANGELINI, Marco. *Il reato di riciclaggio (art.648* bis *c.p)*: aspetti dogmatici e problemi applicativi. Torino: Giappichelli Editore, 2008. p. 1-18; MÁRQUEZ DE PRADO, Ingnacio Martínez-Arrieta. *El autoblanqueo*: el delito fiscal como delito antecedente del blanqueo de capitales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. p. 13-23; CANAS, Vitalino. O *crime de branqueamento*: regime de prevenção e de repressão. Lisboa: Almedina, 2004. p. 23-30; BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais:

internacionais de repressão, sobretudo ao tráfico de drogas, mas que não são suficientemente claras ou debatidas, visto que mesmo no corpo desses diplomas identificamos elementos que transcendem o argumento de repressão ao tráfico e que hoje, certamente, vão muito além desta causa original. A partir disso, pune-se a lavagem de dinheiro em razão do dano envolvido na infração antecedente? Ou pune-se a lavagem de dinheiro realmente pelos efeitos que ela gera? A necessidade de resposta clara a esses questionamentos é determinante para a análise da legitimidade do crime de lavagem de dinheiro.

Uma resposta voltada ao reconhecimento da justificativa da criminalização da lavagem de dinheiro a partir do dano (*harm*) gerado pela infração antecedente seria o resultado do reconhecimento da falha do Estado em coibir a infração antecedente. Falhar na punição desse ato (pois um dos efeitos necessários de uma condenação é o perdimento do produto ou proveito do crime) e, assim, assumir a necessidade de criar um novo crime para, então, conseguir efetivamente punir o autor da infração antecedente. Trata-se claramente de uma justificativa problemática que não justifica a criação de um crime autônomo nos termos daquilo que identificamos no crime de lavagem de dinheiro.

Nesse ponto, Alldridge reconhece que a determinação da criminalização de um determinado comportamento – e não é diferente em relação ao crime de lavagem de dinheiro – tem como decorrência lógica a criação da imoralidade, justamente pelo fato de que "the law lays down the rules of the game, and, so long as everyone knows what the rules are and plays by them, there is no real moral obloquy in using them to advantage."[54] Vale aqui salientar que se alega que a criminalização de condutas voltadas à lavagem de dinheiro ocorre com o objetivo de se evitar a ocorrência de danos econômicos enquanto verdadeira expressão de uma política econômica liberal. Todavia, dificilmente se pode reconhecer que a proibição da lavagem de dinheiro é realmente uma condição imprescindível de uma

comentários à Lei 9.613/98, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 27-32; GÓMEZ INIESTA, Diego J. El delito de blanqueo de capitales en el derecho español. Barcelona: Cedecs Derecho Penal, 1996. p. 62; PRADO, Luiz Regis. Delito de lavagem de capitais: um estudo introdutório. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 860, p. 433-455, jun. 2007; e, FERNANDES, Arinda; OLIVEIRA, Fernando Henrique Fernandes de; BERSAN, Ricardo Resende. A lavagem de dinheiro no direito penal italiano: análise e considerações críticas. *Ciências Penais*, São Paulo, v. 15, p. 61-104, jul.-dez. 2011.

54. ALLDRIDGE, Peter. Making criminal law known. In: SHUTE, Stephen; SIMESTER, A. P. (Ed.) *Criminal Law theory*: doctrines of the general part. Oxford University Press: Oxford, 2002. p.109.

política liberal, especialmente quando os argumentos utilizados são de natureza tão ampla e tão pouco claros.[55] Nesse sentido, salienta-se que o reconhecimento do dano que se pretende evitar com o crime de lavagem de dinheiro é, essencialmente, um dano reconhecido e em grande parte determinado pelo FATF e pelo FMI, o que torna ainda mais complexo e de difícil compreensão determinar quais são as reais razões desta proibição.[56]

Além disso, Alldridge aponta críticas em relação à tentativa de legitimação da criminalização à luz do *harm principle*, reconhecendo e defendendo que não haveria justificativa válida para a criminalização da lavagem de dinheiro segundo essa teoria. Vale aqui uma ponderação e esclarecimento: muito embora Alldridge reconheça que não exista legitimidade à luz do *harm principle* para a criminalização da lavagem de dinheiro, justamente pelo fato de não identificar um dano (*harm*) apto a justificar a imposição de uma pena criminal, entendemos que essa conclusão não se mostra correta, uma vez que o referido autor acaba por se valer de uma visão excessivamente rígida do *harm principle* e que apenas reconheceria no dano, no caso específico da lavagem de dinheiro, no total colapso econômico do sistema, a legitimidade da criminalização do comportamento. Entre os seus argumentos, Alldridge reconhece que, de modo geral, a legitimação da reprovação moral – não necessariamente criminal – da lavagem de dinheiro encontra a sua razão na ideia geral de vedação, de que ninguém poderá se beneficiar de um crime que tenha sido cometido ou dos recursos que esse crime tenha gerado.[57] Claro que a justificativa para a criminalização da lavagem de dinheiro, levando-se em conta o *harm principle*, deve ser mais amplamente analisada a ponto de se também se levar em conta argumentos que permitam identificar dano (*harm*) a um interesse, argumentos de ordem moral, bem como argumentos de ordem econômica aptos a fundamentar a criminalização deste tipo de comportamento.

Em relação aos argumentos de ordem moral que buscam legitimar a criminalização da lavagem de dinheiro, Alldridge aponta e refuta os argumentos apresentados para justificá-la, os quais podem ser agrupados da seguinte forma: a) a criminalização da lavagem de dinheiro justifica-se, pois, assim, inibe o

55. ALLDRIDGE, Peter. Making criminal law known. In: SHUTE, Stephen; SIMESTER, A. P. (Ed.). *Criminal law theory*: doctrines of the general part. Oxford University Press: Oxford, 2002. p. 111.

56. ALLDRIDGE, Peter. The moral limits of the crime of money laundering. *Buffalo Law Review*, v. 5, n. 1, apr. 2001. p. 282.

57. ALLDRIDGE, Peter. The Moral Limits of the Crime of Money Laundering. *Buffalo Law Review*, v. 5, n.1, apr., 2001. p. 287.

cometimento de infrações penais antecedentes[58]; b) a criminalização da lavagem de dinheiro justifica-se, pois é uma forma de participação em relação às infrações antecedentes[59]; e, c) a criminalização da lavagem de dinheiro torna possível a punição dos "grandes criminosos".[60] Diante desse quadro, para Alldridge, não haveria como reconduzir o crime de lavagem de dinheiro aos limites propostos pelo *harm principle*, de tal sorte que não haveria justificativa moral para a criminalização da lavagem de dinheiro, mas apenas para a determinação do confisco dos lucros obtidos por meio de infrações penais.

Afastadas as razões morais apontadas para justificar a criminalização da lavagem de dinheiro, Alldridge procura redimensionar o dano presente nesse crime, não mais a partir de justificativas morais, mas sim por uma perspectiva econômica, o que nos parece ser absolutamente razoável, tendo em vista a própria razão de

58. De forma mais detida, em relação a este argumento, podem ser apontados dois argumentos contrários. O primeiro, no sentido de que, se esta justificativa está correta, bastaria que se tornasse mais efetiva a punição da realização da lavagem de dinheiro e, assim, teríamos uma menor a incidência do cometimento de infrações penais antecedentes. Este argumento é falho, pois não há uma correlação direta entre todas as infrações antecedentes e o crime de lavagem. Mesmo que a punição da lavagem fosse certa, o lucro obtido por meio das infrações antecedentes permaneceria existindo e estes crimes seguiriam sendo praticados, tal qual ocorre em relação ao tráfico de drogas. O segundo argumento contrário critica a decisão de criminalizar a lavagem de dinheiro pelo fato de que se a infração antecedente é um crime, qual razão existe para criminalizar a lavagem de dinheiro, se existe legitimidade para que se proceda a um confisco dos bens obtidos por meio da infração penal antecedente? Qual o real motivo de se criminalizar a simples disposição do dinheiro? (ALLDRIDGE, Peter. The Moral Limits of the Crime of Money Laundering. *Buffalo Law Review*, v. 5, n. 1, apr. 2001. p. 287-8).

59. Com relação a este argumento, Alldridge aponta duas elementos de crítica a esta visão. Primeiro, não fica claro a razão da reprovação da lavagem a partir da infração anterior. Ou seja, qual a razão de se punir a lavagem se a infração antecedente é um crime de tráfico de drogas? E segundo, para a criminalização da lavagem de dinheiro, não se leva em conta a natureza da infração antecedente em específico, basta que os bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal sem se considerar especificamente qual a infração penal (ALLDRIDGE, Peter. The Moral Limits of the Crime of Money Laundering. *Buffalo Law Review*, v. 5, n. 1, apr. 2001. p. 288-9).

60. O argumento aqui apresentado pode ser sintetizado na ideia de que o dinheiro, quando rastreado, vai levar aos grandes e reais criminosos, aqueles que se distanciam de forma fática e moralmente do cometimento dos crimes que geram os valores que estão sendo lavados. Nesse sentido, não fica suficientemente clara uma real razão para a criminalização da lavagem de dinheiro, muito embora fique clara a justificação para o confisco destes lucros rastreados (ALLDRIDGE, Peter. The Moral Limits of the Crime of Money Laundering. *Buffalo Law Review*, v. 5, n. 1, apr. 2001. p. 290-1).

ser do crime de lavagem de dinheiro e das consequências econômicas negativas que tradicionalmente são reconhecidas.[61] Nesse ponto, resta reforçada a ideia de que a repressão ao crime de lavagem de dinheiro apenas encontra sentido se ocorrer de forma unificada e harmonizada. Dito por outras palavras, o perigo representado pela lavagem de dinheiro apenas encontra sentido quando deixamos de considerar os seus efeitos apenas sobre um determinado Estado-nação, de tal sorte que a própria dimensão do impacto que a lavagem de dinheiro determina não poderá ser considerada levando-se apenas interesses individuais em conta. Claro que, ao tratarmos de argumentos econômicos, a questão dos custos que envolvem a repressão do crime de lavagem de dinheiro (burocracias, tribunais, prisões, impostos e outros custos menos tangíveis, como a privacidade daquelas pessoas que tiveram suas transações examinadas, não a partir de fundadas suspeitas de cometimento de lavagem de dinheiro, mas antes por força de controles prévios) acabam por ser colocados em discussão e não raro podem nos colocar diante de situações delicadas, tal qual ocorreu no ano de 2016 em relação ao Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), instituído pela Lei 13.254/2016 que, ao fim e ao cabo, permitiu que ativos ilícitos viessem a ser inseridos no sistema financeiro mediante o pagamento de taxas. Nesse caso, fica claro que, para a economia de um país, é certamente uma vantagem poder contar com a presença de dinheiro lavado na economia, enquanto outros Estados não contem com isso, ainda que, para tal fato ocorrer, sejam compartilhados custos econômicos traduzidos por multas e taxas específicas.[62]

Com relação aos argumentos econômicos que são apontados para justificar a criminalização da lavagem de dinheiro, podemos apontar os seguintes[63]: a) a lavagem de dinheiro tem a capacidade de minar mercados financeiros; b) a lavagem de dinheiro gera efeitos microeconômicos; c) a lavagem de dinheiro favorece a corrupção de profissionais; d) a lavagem de dinheiro gera danos ao sistema bancário; e e) a lavagem de dinheiro gera efeitos negativos menos visíveis de ordem macroeconômica.[64]

61. ALLDRIDGE, Peter. The Moral Limits of the Crime of Money Laundering. *Buffalo Law Review*, v. 5, n. 1, apr. 2001. p. 302-305.
62. ALLDRIDGE, Peter. The Moral Limits of the Crime of Money Laundering. *Buffalo Law Review*, v. 5, n. 1, apr. 2001. p. 302; ALLDRIDGE, Peter. Making criminal law known. In: SHUTE, Stephen; SIMESTER, A. P. (Ed.) *Criminal law theory*: doctrines of the general part. Oxford University Press: Oxford, 2002. p. 29.
63. ALLDRIDGE, Peter. The moral limits of the crime of money laundering. *Buffalo Law Review*, v. 5, n. 1, apr. 2001. p. 305-318.
64. ALLDRIDGE, Peter. The Moral Limits of the Crime of Money Laundering. *Buffalo Law Review*, v. 5, n. 1, apr. 2001. p. 312.

De forma mais detida, a capacidade de minar e prejudicar o regular funcionamento dos mercados financeiros em razão da lavagem de dinheiro é reconhecida como sendo o principal argumento econômico para a criminalização da lavagem de dinheiro. Trata-se da mescla e contaminação de atividades e operações lícitas com dinheiro ilicitamente obtido, de tal sorte que essa alocação de dinheiro sujo, junto ao sistema financeiro, gera, assim, distorções nas estatísticas econômicas. [65] Esse argumento, antes de justificar a criminalização da lavagem de dinheiro, apenas seria capaz de determinar a criação de mecanismos estatísticos mais seguros. Nesse mesmo contexto de capacidade de minar o sistema financeiro, a eficiência de alocação do dinheiro sujo a partir de operações junto ao sistema financeiro é, certamente, o mais sério de todos os argumentos. Isso porque um grande volume de dinheiro sujo rapidamente sendo deslocado pode gerar significativos efeitos negativos para a economia. Em termos de economia nacional, esse tipo de situação gerará efeitos sobre taxas de juro e de câmbio. Contudo, como temos hoje uma verdadeira integração econômica, um problema nacional transforma-se facilmente em um problema sistêmico. Todavia, antes de isso justificar a criminalização da lavagem de dinheiro em cada um dos Estados, esse argumento apenas justificaria a criminalização da lavagem de dinheiro internacional.[66]

Por sua vez, quanto aos efeitos microeconômicos decorrentes da lavagem de dinheiro[67], pode-se dizer que eles são mais tangíveis e podem ser compreendidos de forma mais visível. Por um viés bem pragmático, uma empresa que possui "financiamento" a partir de dinheiro sujo pode determinar a quebra de seus concorrentes e, assim, gerar a extinção de vagas de emprego no mercado, por valer-se da quebra da justa concorrência dentro do mercado. Aqui, podemos ter dois pontos de vista. O primeiro, no sentido de que há uma maximização desse efeito de quebra da livre concorrência no mercado; e um segundo, no sentido de que, sim, há essa quebra da livre concorrência, mas isso não seria justificativa para a criminalização

65. MASCIANDARO, Donato. Money laundering: the economics of regulation. *European Journal of Law and Economics*, v. 7, 1999. p. 227; GJONI, Mario; GJONI, Albana; KORA, Holta. Money Laundering Effects. In: HARRIZI, Edmond (Ed.). *Proceedings of the 4th UBT Annual International Conference on Business, Technology and Innovation Durres*, UBT, 2015, p. 15-16.

66. ALLDRIDGE, Peter. The Moral Limits of the Crime of Money Laundering. *Buffalo Law Review*, v. 5, n. 1, apr. 2001. p. 306.

67. ALLDRIDGE, Peter. Money *Laundering law*: fortfeiture, confiscation, civil recovery, criminal laundering and taxation of the proceeds of crime. Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 34; BUCHANAN, Bonnie. Money Laundering – a global obstacle. *Research in International Business and Finance*, n. 18, 2004. p. 122.

da lavagem de dinheiro, seria antes o reforço do direito concorrencial, isso porque o que realmente causa o dano à livre concorrência é o cruzamento entre recursos ilícitos e atividades lícitas, e não o fato de a fonte do recurso ilícito ser oriundo de uma infração penal. É dizer, essa quebra das condições de concorrência ideal pode ocorrer a partir de fontes lícitas que são utilizadas em empreendimentos, e nesse ponto seria possível se questionar se crimes tributários poderiam realmente ser antecedentes para o crime de lavagem de dinheiro. Em suma, o efeito de contaminação da lavagem de dinheiro sobre atividades e empreendimentos lícitos, antes de ser uma justificativa para criminalizar a lavagem de dinheiro, é uma razão para não se buscar, por meio da lavagem de dinheiro, regulamentar essa questão da contaminação e reservar essa matéria para o direito concorrencial.[68]

Quanto ao risco de corrupção de profissionais, especialmente advogados, banqueiros e contadores, tem-se também que esse argumento deve ser visto como pouco confiável para justificar a criminalização da lavagem de dinheiro. Isso porque, muito embora não exista uma evidência empírica capaz de justificar a afirmação de que o dinheiro sujo determina uma deterioração do sistema bancário a partir da corrupção dos seus agentes, ainda assim, caso essa evidência empírica existisse, existiria a necessidade de se afastar a possibilidade de ser suficiente a determinação do confisco para, somente depois, justificar-se a criminalização da lavagem de dinheiro. Além disso, o risco de corrupção dos funcionários de bancos e profissionais é, sem dúvida, um argumento muito genérico e que expressa, na verdade, um problema mais sério do que a lavagem de dinheiro propriamente dita.[69] Um problema que estaria relacionado a mecanismos de controle e supervisão das atividades e mesmo distorções morais daqueles sujeitos que venham a ser corrompidos.

Desse modo, o argumento geral de corrupção das profissões, antes de servir de justificativa para a criminalização da lavagem de dinheiro, é a justificativa do aumento de mecanismos de controle e de supervisão expressos por regras de *compliance* e de governança corporativa.[70] Na mesma linha, quanto ao argumento

68. ALLDRIDGE, Peter. The moral limits of the crime of money laundering. *Buffalo Law Review*, v. 5, n. 1, apr. 2001. p. 307; ALLDRIDGE, Peter. *Money Laundering law*: fortfeiture, confiscation, civil recovery, criminal laundering and taxation of the proceeds of crime. Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 32.

69. ALLDRIDGE, Peter. *Money laundering law*: fortfeiture, confiscation, civil recovery, criminal laundering and taxation of the proceeds of crime. Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 34-35.

70. ALLDRIDGE, Peter. The moral limits of the crime of money laundering. *Buffalo Law Review*, v. 5, n. 1, apr. 2001. p. 308-309.

apontado no sentido de que a lavagem de dinheiro gera danos ao sistema bancário, esse aspecto sempre costuma ser objeto de uma particular preocupação. Trata-se do risco de que a contaminação de instituições financeiras com valores ilícitos provenientes de infrações penais enseja para a solidez, liquidez e estabilidade dessas instituições.[71] Dito em outras palavras, a confiança no sistema financeiro, no seu conjunto, resta significativamente prejudicada quando há o reconhecimento de contato dessas instituições com valores ilícitos. Alldridge procura esclarecer esse ponto explicando que tal perda de confiança decorre do fato de que um banco que negocia com investidores que aportam recursos oriundos de fontes ilícitas acaba por adotar um perfil de investimento e demandas pouco previsíveis, quando comparados a investidores mais convencionais. Daí porque, para a manutenção da sua liquidez, um banco deverá possuir ativos disponíveis em proporção muito maior do que um banco sem esse tipo de clientela, para, assim, evitar o risco de colapso total.

No entanto, muito embora seja reconhecido que a lavagem de dinheiro coloca em perigo os bancos, o exemplo tradicional dessa situação resta expresso pelo caso envolvendo o BCCI (Bank of Credit and Commerce International), que chegou a um total colapso em razão do grande volume de operações e negócios realizados com dinheiro oriundo de crimes, com o objetivo de realizar a lavagem desse dinheiro.[72] Nesse ponto, é interessante analisar e questionar se é possível se estabelecer uma relação causal entre o colapso do banco e a lavagem de dinheiro, ou se esse colapso é gerado por força das inúmeras fraudes realizadas no seu âmbito, que combinaram com um banco que, além dessas fraudes, também permitiu o ingresso de grandes quantidades de valores provenientes de crimes. Ou seja, muito embora o caso envolvendo o BCCI encontre-se "inextricably connected in the public imagination with money laundering, it is by no means clear that the laundering, which undoubtedly took place, was a causal contributor to the fact that when the bank ceased to trade it was insolvent."[73]

71. VAN DUYNE, Petrus C; GROENHUIJSEN, Marc S.; SCHUDELARO, A. A. P. Balancing financial threats and legal interests in money-laundering policy. *Crime, Law Social Change*, n. 43, 2005. p. 123-124.

72. ALLDRIDGE, Peter. The Moral Limits of the Crime of Money Laundering. *Buffalo Law Review*, v. 5, n. 1, apr. 2001. p. 309; ALLDRIDGE, Peter. *Money laundering law*: fortfeiture, confiscation, civil recovery, criminal laundering and taxation of the proceeds of crime. Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 35-37.

73. ALLDRIDGE, Peter. The moral limits of the crime of money laundering. *Buffalo Law Review*, v. 5, n. 1, apr. 2001. p. 311.

Isso porque, no caso BCCI, o banco estava em estado de insolvência em razão da subtração do dinheiro, e não pelo fato de que tenha ocorrido em seu âmbito lavagem de dinheiro. O fato de um banco estar tomado de investimentos realizados por lavadores de dinheiro apenas atesta que o banco está sendo utilizado como lugar para armazenar o dinheiro proveniente de crimes, uma vez que, por parte do banco, esses valores serão utilizados como recursos que sequer necessitarão ser investidos de forma arriscada ou que possam colocar em risco a liquidez da instituição, pois o investidor de dinheiro ilícito não objetiva lucro, ele apenas quer armazenar os seus recursos.[74] Portanto, se a criminalização da lavagem de dinheiro justifica-se a partir de elementos empíricos relativos ao sistema bancário e à determinação do colapso em razão da lavagem de dinheiro, essas evidências e elementos empíricos devem ser apresentados de forma clara. Além disso, questiona-se: como explicar e justificar a criminalização da lavagem de dinheiro quando bancos não vierem a ser utilizados no processo? A exclusiva utilização de casas de câmbio ou mesmo operações informais de transferência não seriam capazes de justificar a criminalização da lavagem, pois não haveria risco de colapso do sistema bancário, uma vez que não haveria contato entre essas operações e o sistema bancário. Até porque, "there is no suggestion that bureaux de change or antiques markets will collapse as a result of failure to regulate against laundering".[75]

Por fim, com relação à justificativa de criminalização da lavagem de dinheiro em razão de efeitos negativos menos visíveis de ordem macroeconômica, Quirk aponta os seguintes efeitos: a) erros de decisões políticas ocasionados em razão de falsas estatísticas macroeconômicas determinadas pela lavagem de dinheiro; b) alterações na demanda por dinheiro não diretamente relacionado a suas causas (especialmente transações econômicas); c) volatilidade das taxas de câmbio e das taxas de juro, devido a transferências transfronteiriças imprevistas de fundos; d) outros efeitos distributivos específicos do país ou bolhas de preços de ativos ocasionados pela alienação do dinheiro sujo; e) desenvolvimento de uma base de responsabilidade instável e de estruturas de ativos deficientes de instituições financeiras individuais (ou grupos), criando riscos de crises sistêmicas e, portanto, gerando riscos de instabilidade monetária; f) efeitos sobre a arrecadação de impostos e sobre a alocação das despesas públicas; g) desvio de recursos

74. ALLDRIDGE, Peter. The moral limits of the crime of money laundering. *Buffalo Law Review*, v. 5, n. 1, apr. 2001. p. 311.

75. ALLDRIDGE, Peter. The Moral limits of the crime of money laundering. *Buffalo Law Review*, v. 5, n. 1, apr. 2001. p. 312.

ocasionados por distorções nos preços de ativos e *commodities* resultantes de atividades de lavagem (divergência entre preço real e preço de mercado e margem de lucro do negócio); e h) efeitos de contaminação em transações legais devido à possibilidade dessas operações estarem associadas a crimes.[76]

Diante desses argumentos todos, podemos sintetizar que os argumentos de ordem econômica são claramente no sentido de reconhecer no crime de lavagem de dinheiro um dano (*harm*) prejudicial, não certamente o dano com a dimensão proposta por Alldridge, no sentido de um total colapso da ordem econômica, mas antes uma efetiva colocação em risco do regular e instável funcionamento da ordem econômica e que pretendemos analisar ao final. Em uma leitura mais intensa, o reconhecimento desse prejuízo estaria assentado em elementos empíricos de demonstração de que os prejuízos econômicos decorrem diretamente da lavagem de dinheiro, o que, em todo o caso, demandaria uma comprovação e demonstração igualmente empírica.

Contudo, insistamos no argumento reconhecido de que a lavagem de dinheiro seja reconhecida como sendo economicamente prejudicial quando projetada em uma escala global. É dizer, cada ato individual de lavagem de dinheiro realizado contribui, na medida do volume de dinheiro lavado, para que, dentro do contexto da economia internacional, tenhamos um efeito de acumulação e, assim, danos para a economia. Esta situação, conforme afirma Alldridge, é suficiente para justificar o confisco, mas não o uso do direito penal. Isso porque, em primeiro lugar, deve-se demonstrar que o confisco não seria uma medida estatal suficiente e, em segundo lugar, também deve-se demonstrar que a criminalização do comportamento seria eficaz para o fim de prevenir danos a terceiros.[77]

---

76. QUIRK, Peter J. *Macroeconomic implications of money laundering in trends in organized crime*, v. 2, Issue 3, mar. 1997. p. 11-14; QUIRK, Peter J. *Money laundering*: mudding the macroeconomy. *Finance & Development*, mar. 1997. p. 7-9. No mesmo sentido, VAN DUYNE, Petrus C; GROENHUIJSEN, Marc S.; SCHUDELARO, A. A. P. Balancing financial threats and legal interests in money-laundering policy. *Crime, Law Social Change*, n. 43, 2005. p. 125; TANZI, Vito. Macroeconomic implications of money laundering. In: SAVONA, Ernesto Ugo (Ed.). *Responding to money laundering*: international perspectives. Netherlands: Harwood Academic Publishers, 1997. p. 91-99; MASCIANDARO, Donato. The illegal sector money laundering and the legal economy: a macroeconomic analysis. *Journal of Financial Crime*, v. 8, n. 2, 2000. p. 103.

77. ALLDRIDGE, Peter. The moral limits of the crime of money laundering. *Buffalo Law Review*, v. 5, n. 1, apr. 2001. p. 316; ALLDRIDGE, Peter. *Money laundering law*: fortfeiture, confiscation, civil recovery, criminal laundering and taxation of the proceeds of crime. Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 40.

Além disso, outro ponto de alta complexidade a ser analisado, ainda que brevemente, é: como é possível atribuir a um comportamento individual a possibilidade de gerar um colapso ao sistema econômico? Qual a capacidade causal de um comportamento individual para que se possa determinar qualquer um dos efeitos macroeconômicos apontados? Para Alldridge, se reconhecermos que o autor individual de um ato de lavagem de dinheiro é capaz apenas de contribuir minimamente para que o mercado venha a operar fora dos parâmetros de risco tolerado para o contexto econômico, tal ato não seria um dano propriamente dito e não seria legítima a punição deste comportamento. Isso porque estaríamos punindo alguém não pelo fato de estar utilizando recursos provenientes de crimes, mas antes pelo fato de que seu comportamento estaria, em alguma medida, aumentando a probabilidade de ocorrência de alguma catástrofe econômica ou mesmo política.[78]

Da análise empreendida, infere-se que Alldridge reconhece que, para a criminalização a partir do *harm principle*, é necessário, ao menos, um dano (*harm*) identificável e possível de ser atribuído a uma determinada pessoa. Além disso, deve-se também demonstrar que as alternativas não penais são inadequadas para que se possa reconhecer a legitimidade da criminalização, além de que a criminalização do comportamento se apresenta como capaz de atender ao objetivo de prevenir a ocorrência do dano (*harm*). Nota-se aqui a dificuldade, desde uma perspectiva liberal em reconhecer legitimidade na criminalização de comportamentos não diretamente relacionados com o dano (*harm*).[79]

Até o momento, apontamos as críticas e reservas que podem ser vinculadas ao reconhecimento da criminalização da lavagem de dinheiro, partindo-se do *harm principle* e dos argumentos e fundamentos de ordem econômica utilizados para justificar a ocorrência de um dano. É dizer, os argumentos morais apresentam falhas e os argumentos econômicos, muito embora possam servir de fundamento para justificar o confisco sobre os valores ilícitos provenientes de crimes, acabam por ser insuficientes para justificar a criminalização autônoma do crime de lavagem de dinheiro, pois estes efeitos não caracterizam danos (*harms*) propriamente ditos.[80]

78. ALLDRIDGE, Peter. The moral limits of the crime of money laundering. *Buffalo Law Review*, v. 5, n. 1, apr. 2001. p. 317.

79. HIRSCH, Andreas von. Harm and wrongdoing in criminalisation theory. *Criminal Law and Philosophy*, n. 8, 2014. p. 248.

80. ALLDRIDGE, Peter. The moral limits of the crime of money laundering. *Buffalo Law Review*, v. 5, n. 1, apr. 2001. p. 319.

5. Considerações finais: o crime de lavagem de dinheiro como hipótese de danos remotos (*remote harm*) ou hipótese de extensão do *harm principle*

Diferentemente do ponto de vista defendido por Alldridge, propomos uma resposta no sentido reconciliar a proposta de limitação do crime de lavagem de dinheiro à luz do *harm principle* para, assim, reconhecer que o crime de lavagem de dinheiro deve ser punido não em razão do dano (*harm*) diretamente causado, de forma efetiva, mas antes em razão das consequências negativas que esses atos podem gerar. É dizer, o dano (*harm*) a que estamos fazendo menção deve ser concretizado nos denominados danos remotos (*remote harms*)[81] e não danos imediatos (*immediate harms*).[82]

Tal forma de compreensão permite reconhecer que os efeitos econômicos negativos que a lavagem de dinheiro pode determinar são consequências desse ato e, por essa razão, pretende-se evitar, por meio da proibição, a realização desses

81. Com relação ao tema, veja-se SIMESTER, A. P.; HIRSCH, Andreas von. *Crimes, harms, and wrongs: on the principles of criminalization*. Oxford: Hart Publishing, 2014. p. 53-88; HIRSCH, Andrew von. Extending the harm principle: 'remote' harms and fair imputation. In: SIMESTER, A. P.; SMITH, A. T. H. (Ed.). *Harm and culpability*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 263-268; ASHWORTH, Andrew; HORDER, Jeremy. *Principles of criminal law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 38. Nesse caso, objetiva-se conectar o comportamento com eventuais consequências negativas a partir da escolha de comportamentos injustificados por parte do autor e que possam ser associadas a outros atores que igualmente atuam sobre este mesmo contexto (HIRSCH, Andreas von. Harm and Wrongdoing in Criminalization Theory. *Criminal Law and Philosophy*, n. 8, 2014. p. 252). Segundo Voorde, "in English, criminal offences that do not criminalize the actual causation of harms are called remote harms offences. What is criminalized is not the act that actually caused harm to others. A person can be held criminally liable because he created a danger that harm could be inflicted in the future (by himself or by another person, unknown to the person who committed the remote harms offence)" (VOORDE, Joren ten. Prohibiting remote harms: on endargerment, citzenship and control. *Utrecht Law Review*, v. 10, 2014. p. 164). Por fim, Voorde aproxima a noção de *remote harm* aos casos relacionados aos crimes de perigo (VOORDE, Joren ten. Prohibiting remote harms: on endargerment, citzenship and control. U*trecht Law Review*, v. 10, 2014. p. 166-168).

82. Nesta hipótese temos uma afetação direta sobre os interesses ou recursos de uma pessoa. O reconhecimento do caráter ilícito do comportamento decorre da violação injustificada da expectativa normativa existente sobre ele (HIRSCH, Andreas von. Harm and wrongdoing in criminalisation theory. *Criminal Law and Philosophy*, n. 8, 2014. p. 252).

comportamentos.[83] Tal reconhecimento, antes de ser compreendido como uma irrestrita e irresponsável ampliação dos limites do *harm principle*, traduz-se em uma ampliação limitada por meio da análise conjunta das noções de dano (*harm*) e injusto (*wrong*) e que torna possível uma racional limitação da extensão empreendida pelos chamados danos remotos (*remote harms*).[84] Com base nisso, em relação ao crime de lavagem de dinheiro, deve-se reconhecer que a criminalização aqui empreendida é fundada em um interesse público especialmente voltado para a manutenção da integridade, confiança, estabilidade dos governos, instituições financeiras e comerciais que passa a ser colocado em situação de perigo a partir de comportamentos voltados a ocultar ou dissimular a origem de valores ilícitos.[85] É, portanto, o resultado do reconhecimento de uma proteção de caráter público, em que a posterior punição desse comportamento, mais do que a expressão ou resultado de uma justificativa decorrente da violação de um interesse individual, é, na verdade, decorrência da violação deste interesse público. Trata-se de interesse reconhecidamente amplo, mas que representa inegável conexão com interesses individuais, enquanto verdadeira condição para o pleno desenvolvimento e realização de interesses de natureza individual.[86]

---

83. Com relação aos efeitos econômicos negativos, veja-se MASCIANDARO, Donato. The illegal sector money laundering and the legal economy: a macroeconomic analysis. *Journal of Financial Crime*, v. 8, n. 2, 2000. p. 108-109.

84. Nas palavras de Hirsch, "One can, for example, employ the wrongfulness requirement to restrict the criminalisation of conduct having remote harmful consequences, by requiring that there also must be a present wrongful act. Conversely, one can use the harmfulness requirement as means for restricting the criminalisation of wrongful acts. Considerations of harmfulness would provide reason, for example, for restricting the scope of offensive-behaviour prohibitions. Relying solely on wrongfulness, as legal moralists would have us do, could make it more difficult to develop criminalisation-norms with comparable limits" (HIRSCH, Andreas von. Harm and wrongdoing in criminalisation theory, *Criminal Law and Philosophy*, n. 8, 2014. p. 250).

85. JEREZ, Paulina. Proposed brazilian money laundering legislation: analysis and recommendations. *American University Journal of International Law and Policy*, 1997, p. 329; MASCIANDARO, Donato. The illegal sector money laundering and the legal economy: a macroeconomic analysis. *Journal of Financial Crime*, v. 8, n. 2, 2000. p. 111; MASCIANDARO, Donato. Money laundering: the economics of regulation. *European Journal of Law and Economics*, v. 7, 1999. p. 226.

86. Nesse ponto, não concordamos com as conclusões apontadas por Schorscher, no sentido de que, analisada sob a ótica do *harm principle*, a criminalização da lavagem de dinheiro seria resultado de um puro moralismo jurídico (*legal moralism*), o que determinaria a ilegitimidade dessa criminalização não apenas sob a perspectiva da teoria do

Nesse contexto, tem o Estado legitimidade para criar regras para minimamente regulamentar o mercado econômico-financeiro e, uma vez realizada a criminalização de determinadas condutas, resta estabelecido o padrão e aquilo que foge de seus limites, podendo, assim, delimitar o dano (*harm*) e injusto (*wrong*) necessários ao atendimento do *harm principle* – devidamente estendido em razão da legitimidade presente nos casos de *remote harms* – em razão da vinculação normativa entre o comportamento daquele que oculta ou dissimula a origem de valores ilícitos e em razão disso, aumenta os riscos já presentes no sistema econômico-financeiro.[87] Falamos em regulamentação mínima do mercado econômico-financeiro, precisamente pelo fato de que não é possível uma plena e completa regulamentação desse mercado, mas apenas uma regulamentação mínima a ponto de assegurar ao maior número de pessoas envolvidas as condições mais equilibradas de participação. Dito por outras palavras, o mercado financeiro e a volatilidade das questões econômicas não podem ser regrados de forma determinante por meio do Direito. A ambição de regulamentação encontra sentido apenas na determinação de parâmetros mínimos de riscos socialmente tolerados em relação à economia, sem a pretensão de blindar a economia de crises ou de oscilações inerentes a ela.

O que compete ao Direito, especificamente ao direito penal, é evitar que comportamentos relacionados à lavagem de dinheiro venham a potencializar os riscos de colapso do sistema financeiro e econômico, evitando-se, assim, os chamados *remote harms*. Daí porque qualquer ato que venha a determinar uma interferência negativa no mercado pode ser objeto de uma atenta análise por parte do *harm principle*, justamente com o objetivo de se restringir ao máximo a restrição

bem jurídico-penal, mas também a partir da teoria do *harm principle*, tal qual propõe Alldridge (SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro*: críticas penais. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2012. p. 161). Antes de reconhecermos na criminalização da lavagem de dinheiro o resultado de um puro moralismo jurídico, acreditamos estar diante de um real interesse passível de proteção legítima por parte do Estado. E afirmamos isso por uma razão muito simples, não identificamos qualquer movimento ou debate acadêmico no sentido da promoção da descriminalização do crime de lavagem de dinheiro. Ademais, mais do que o total silêncio a respeito desse debate também identificamos na segurança e confiança no mercado valores e interesses que podem ser intrumentalizados em benefício de interesses individuais, de tal sorte que passa a ser possível legitimar a restrição da liberdade nestes casos.

87. HIRSCH, Andreas von. Harm and wrongdoing in criminalisation theory. *Criminal Law and Philosophy*, n. 8, 2014. p. 251.

da liberdade de contato com o sistema econômico. Nesse sentido, o objetivo da proibição de atos voltados à realização da lavagem de dinheiro ocorre com o objetivo de se impedir a introdução de ativos obtidos por meios ilícitos no circuito econômico oficial.[88] Trata-se de verdadeira tentativa de efetivação do ditado "Ill gotten goods never thrive"[89], no exato sentido de que ganhos ilícitos não merecem prosperar, especialmente quando esses ganhos ilícitos são objeto de comportamentos realizados com o intuito de desvincular estes ganhos da sua origem ilícita. Em suma, o comportamento de ocultar ou de dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores ou direitos provenientes de forma direta ou indireta de infrações penais antecedentes para dispor desses recursos junto ao circuito econômico-financeiro oficial representa verdadeira interferência negativa junto ao mercado econômico-financeiro oficial, capaz de aumentar o grau de tensão das relações de concorrência e competitividade já presentes neste contexto.

Nota-se, assim, que a criminalização da lavagem de dinheiro encontra clara relação com os efeitos negativos que podem ser ocasionados para a economia e que, por esta razão, se pretende evitar. É dizer, mesmo que possamos identificar um interesse público legítimo na integridade e confiança do mercado e de empresas, esta proibição deve se dar de forma clara, reduzindo-se ao máximo quaisquer dúvidas a respeito dos seus limites.[90] Nesse sentido, a lavagem de dinheiro seria capaz de atingir diretamente a ordem socioeconômica, justamente pelo fato de que ensejaria o aporte de valores ilícitos no contexto da economia formal e, assim, permitiria uma falsa noção de liquidez, sinalizando um falso positivo em relação à real situação econômica de empresas, bancos e instituições de um modo geral.[91] A partir disso, são geradas falsas informações, além de uma

88. RIDER, Barry. The crusade against money laundering: time to think. *Política Criminal, Derechos Humanos y Sistemas Jurídicos en el siglo XXI*: volumen de homenaje al Prof. Dr. Pedro R. David en su 72o aniversario. Buenos Aires: Depalma, 2001. p. 685.

89. VAN DUYNE, Petrus C; GROENHUIJSEN, Marc S.; SCHUDELARO, A. A. P. Balancing financial threats and legal interests in money-laundering policy. *Crime, Law Social Change*, n. 43, 2005. p. 118.

90. SIMESTER, A. P.; HIRSCH, Andreas von. On the legitimate objectives of criminalization. *Criminal Law and Philosophy*, n. 10, 2016. p. 369; WELLMAN, Christopher Heath. Rights forfeiture and *mala prohibita*. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSCHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor (Ed.). *Constitution of the criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 84-85.

91. MASCIANDARO, Donato. The illegal sector money laundering and the legal economy: a macroeconomic analysis. *Journal of Financial Crime*, v. 8, n. 2, 2000. p. 109-110.

aparente expansão econômica e que apenas traria benefícios para algumas pessoas. Não bastasse isso, ainda são identificados efeitos relacionados ao prejuízo do regular funcionamento do sistema econômico-financeiro, especialmente efeitos relacionados ao surgimento de monopólios, à concorrência desleal, ao comprometimento do fluxo regular de capitais, à facilitação da corrupção e da falta de transparência das operações financeiras que, ao fim e ao cabo, acabam por afetar interesses individuais.[92] Em suma, todos esses efeitos negativos elencados, antes de serem a expressão de um dano (*harm*) expresso pelo colapso do sistema econômico-financeiro, são antes a expressão de danos remotos (*remote harms*) que legitimamente podem ser objeto de criminalização por parte do legislador.

6. Referências bibliográficas

ALLDRIDGE, Peter. Making Criminal Law Known. In: SHUTE, Stephen; SIMESTER, A. P. (ed.). *Criminal Law Theory: doctrines of the general part*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

ALLDRIDGE, Peter. *Money laundering law*: forfeiture, confiscation, civil recovery, criminal laundering and taxation of the proceeds of crime. Oxford: Hart, 2003.

ALLDRIDGE, Peter. The Moral Limits of the Crime of Money Laundering. *Buffalo Law Review*, v. 5, n. 1, apr. 2001.

ÁLVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. *Manual de prevención del blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

AMBOS, Kai. *Lavagem de dinheiro e direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007.

ANGELINI, Marco. *Il reato di riciclaggio* (*art.648* bis *c.p)*: aspetti dogmatici e problemi applicativi. Torino: Giappichelli Editore, 2008.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

92. Para tanto, veja-se SIMESTER, A. P.; HIRSCH, Andreas von. On the legitimate objectives of criminalization. *Criminal Law and Philosophy*, n. 10, 2016. p. 369; ALLDRIDGE, Peter. Money laundering law: forfeiture, confiscation, civil recovery, criminal laundering and taxation of the proceeds of crime. Oxford: Hart, 2003. p. 11; CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Ed, RT, 1998. p. 321-323; BRANDÃO, Nuno. *Branqueamento de Capitais: o sistema comunitário de prevenção*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002. p. 22; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro*: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Ed. RT, 2003. p.79; CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Manole, 2004. p. 140-141.

ASHWORTH, Andrew; HORDER, Jeremy. *Principles of criminal law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/98, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Ed. RT, 2012.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Aspectos gerais sobre o crime de lavagem de dinheiro. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sérgio F. (Org.). *Lavagem de dinheiro*: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas:* com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98. São Paulo: Ed. RT, 2004.BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi, 1997.

BONACCORSI, Daniela Villani. *A atipicidade do crime de lavagem de dinheiro*: análise crítica da Lei 12.684/12 a partir do emergencialismo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BRANDÃO, Nuno. *Branqueamento de capitais*: o sistema comunitário de prevenção. Coimbra: Coimbra, 2002.

BUCHANAN, Bonnie. Money laundering: a global obstacle. *Research in International Business and Finance*, n. 18, 2004.

BUNZEL, Michael; SCHMIDT, Juana; STOLLE, Peer. Primera Sesión. Teoría del bien jurídico y *harm principle in* HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Ed.). *La teoría del bien jurídico*: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

CAIERO, Pedro. A decisão-quadro do Conselho de 26 de junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa. *Direito penal económico e europeu*: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Ed, 2009. v. 3.

CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Manole, 2004.

CANAS, Vitalino. *O crime de branqueamento*: regime de prevenção e de repressão, Lisboa: Almedina, 2004.

CASTILHO, Ela Wiecko de. Crimes antecedentes e lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, v. 47, p. 53-55, mar.-abr. 2004.

CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Ed. RT, 1998.

COBO DEL ROSAL, Manuel; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos. *Blanqueo de capitales:* abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios (Repercusión en las leyes españolas de las nuevas directivas de la Comunidad Europea) (Estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial de las infracciones y de los delitos de blanqueo de capitales). Madrid: CESEJ, 2005.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do harm principle. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Org.). *Direito penal como crítica da pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

DE GRANDIS, Rodrigo. O exercício da advocacia e o crime de "lavagem" de dinheiro In: DI CARLI, C. V. (Org.). *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

DUBBER, Markus D. Foundations of state punishment in modern liberal democracies: toward a genealogy of american criminal law. In: DUFF, R. A; GREEN, Stuart P. *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2011.

ESER, Albin. The principle of "harm" in the concept of crime: a comparative analysis of the criminally protected legal interests. *Duque University Law Review*, v. 4, 1966.

FEINBERG, Joel. *Harm to others*: the moral limits of the criminal law. Oxford: Oxford University Press, 1984.

FEINBERG, Joel. *Offense to others*: the moral limits of the criminal law. Oxford: Oxford University Press, 1985.

FEINBERG, Joel. *Harm to self*: the moral limits of the criminal law. Oxford: Oxford University Press, 1986.

FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing*: the moral limits of the criminal law. Oxford: Oxford University Press, 1990.

FERNANDES, Arinda; OLIVEIRA, Fernando Henrique Fernandes de; BERSAN, Ricardo Resende. A lavagem de dinheiro no direito penal italiano: análise e considerações críticas. *Ciências Penais*, São Paulo, v. 15, p. 61-104, jul.-dez. 2011.

FERRARO. Osservazioni su taluni aspetti problematici del delitto di riciclaggio. *Cassazione Penale*. Milano: Giuffrè, 1984.

FIANDACA, Giovanni; DI CHIARA, Giuseppe. *Una introduzione al sistema penale*. Per una lettura costituzionalmente orientate. Napoli: Jovene, 2003.

FRANCO, Alberto Silva et. al. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2001. v. 2.

GJONI, Mario; GJONI, Albana; KORA, Holta. Money Laundering Effects. In: HARRIZI, Edmond (Ed.). *Proceedings of the 4th UBT Annual International Conference on Business, Technology and Innovation Durres*, UBT, 2015.

GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. *Do crime de branqueamento de capitais*: introdução e tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001.

GOMES, Luiz Flávio et. al. *Legislação criminal especial*. São Paulo: Ed. RT, 2009. v. 6.

GÓMEZ INIESTA, Diego J. *El delito de blanqueo de capitales en el derecho español*. Barcelona: Cedecs Derecho Penal, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. In: FARIA COSTA, José de; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais*: visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quarter Latin, 2006.

HASSEMER, Winfried. The harm principle and the protection of 'legal goods' (*rechtsgüterschutz*): a german perscpective. In: SIMESTER, A. P., BOIS-PEDAIN, Antje Du; NEUMANN, Ulfrid (Ed.). *Liberal criminal theory*: essays for Andreas von Hirsch, Oxford: Hart Publishing, 2014.

HIRSCH, Andreas von. Harm and wrongdoing in criminalisation theory. *Criminal Law and Philosophy*, n. 8, 2014.

HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el "principio del daño". In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Ed.). *La teoría del bien jurídico*: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

HIRSCH, Andrew von. Extending the harm principle: 'remote' harms and fair imputation. In: SIMESTER, A. P.; SMITH, A. T. H. (Ed.). *Harm and culpability*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

HÖRNLE, Tatjana. 'Rights of others' in criminalisation theory. In: SIMESTER, A. P., BOIS-PEDAIN, Antje Du; NEUMANN, Ulfrid (Ed.). *Liberal criminal theory*: essays for andreas von Hirsch. Oxford: Hart Publishing, 2014.

JEREZ, Paulina. Proposed brazilian money laundering legislation: analysis and recommendations. *American University Journal of International Law and Policy*. 1997.

LEWISCH, Peter. Money laundering laws as a political instrument: the social cost of arbitrary money laundering enforcement. *European Journal of Law and Economics*, n. 26, 2008.

LOMBARDERO EXPÓSITO, Luis Manuel. *Blanqueo de capitales: prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria*. Barcelona: Bosch, 2009.

MACHADO, Tomás Grings. (Re)Discutindo os limites da autonomia material do crime de lavagem de dinheiro: primeiras impressões. In: FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Direito penal econômico e empresarial*: estudos dos grupos de pesquisa em direito penal econômico e empresarial da PUCRS e da FGV Direito SP. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro* – Lavagem de ativos provenientes de crime – Anotações às disposições criminais da Lei 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 2004.

MÁRQUEZ DE PRADO, Ingnacio Martínez-Arrieta. *El autoblanqueo*: el delito fiscal como delito antecedente del blanqueo de capitales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

MASCIANDARO, Donato. Money laundering: the economics of regulation. *European Journal of Law and Economics*, v. 7, 1999.

MASCIANDARO, Donato. The illegal sector money laundering and the legal economy: a macroeconomic analysis. *Journal of Financial Crime*, v. 8, n. 2, 2000.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales? Reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la 'participación' en el delito. In: BAJO FERNÁNDEZ, M.; BACIGALUPO, S. (Ed.). *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

PAWLIK, Michael. El delito, ¿lesión de un bien jurídico? *InDret*, Barcelona, n. 2, abr. 2016.

PEREIRA, Flávio Cardoso Pereira. Princípio da intervenção mínima e lavagem de capitais. *Ciências Penais*, São Paulo, ano 3, jan.-jun. 2006.

PERŠAK, Nina. *Criminalising harmful conduct*: the harm principle, its limits and continental conterparts. New York: Springer, 2007.

PIETH, Mark; AIOLFI, Gemma. *A comparative guide to anti-money laundering*: a critical analysis of systems in Singapore, Switzerland, the UK and the USA. Cheltenham: Edward Elgar, 2004.

PISAPIA. Osservazioni sul delitto di riciclaggio. *Rivista della Guardia di Finanza*, Milano, 1980.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro*: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Ed. RT, 2003.

PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 6, n. 24, p. 209-222, out.-dez. 1998.

PRADO, Luiz Régis. Delito de lavagem de capitais: um estudo introdutório, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 860, p. 433-455, jun. 2007.

QUIRK, Peter J. Macroeconomic implications of money laundering. *Trends in Organized Crime*, v. 2, issue 3, mar. 1997.

QUIRK, Peter J. Money laundering: mudding the macroeconomy. *Finance & Development*, mar. 1997.

RIDER, Barry. The crusade against money laundering: time to think in política criminal. *Derechos Humanos y Sistemas Jurídicos en el siglo XXI*: volumen de homenaje al Prof. Dr. Pedro R. David en su 72º aniversario. Buenos Aires: Depalma, 2001.

SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. *Advocacia e lavagem de dinheiro*: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal São Paulo: Saraiva, 2010.

SANCTIS, Fausto Martin de. Antecedentes do delito de lavagem de valores e os crimes contra o sistema financeiro nacional. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sérgio F. (Org.). *Lavagem de dinheiro*: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHONSHECK, Jonathan. *On criminalization*: an essay in the philosophy of the criminal law. New York: Springer Science Business Media Dordrecht, 1994.

SCHORSCHER, Vivian Cristina. A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2012.

SEELMANN, Kurt. El concepto de bien jurídico, el *harm principle* y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Ed.). *La teoría del bien jurídico*: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

SIMESTER, A. P.; HIRSCH, Andreas von. On the Legitimate objectives of criminalisation. *Criminal Law and Philosophy*, n. 10, 2016.

SIMESTER, A. P.; HIRSCH, Andreas von. *Crimes, harms, and wrongs*: on the principles of criminalization. Oxford: Hart Publishing, 2014.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Ed.). *La teoría del bien jurídico*: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

STESSENS, Guy. *Money laundering*: a new international law enforcement model. New York: Cambridge, 2003.

STRATENWERTH, Günther. A luta contra o branqueamento de capitais por meio do direito penal: o exemplo da Suíça. *Lusíada. Direito*, Lisboa, n. 3, 2005.

STRATENWERTH, Günther. Zur Legitimation von "Verhaltensdelikten". In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Mediating principles*: Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung. Baden-Baden: Nomos, 2006.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 58, 1996.

TANZI, Vito. Macroeconomic implications of money laundering. In: SAVONA, Ernesto Ugo (ed.). *Responding to money laundering*: international perspectives. Netherlands: Harwood Academic Publishers, 1997.

VAN DUYNE, Petrus C; GROENHUIJSEN, Marc S.; SCHUDELARO, A. A. P. Balancing financial threats and legal interests in money-laundering policy. *Crime, Law Social Change,* n. 43, 2005.

VILARDI, Celso Sanchez. O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 47, mar.-abr. 2004.

VOORDE, Joren ten. Prohibiting remote harms: on endargerment, citzenship and control. *Utrecht Law Review*, v. 10, 2014.

WELLMAN, Christopher Heath. Rights Forfeiture and *Mala Prohibita.* In: DUFF, R.A; FARMER, Lindsay; MARSCHALL, S.E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. (Ed.) *Constitution of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

WITTIG, Petra. Teoría del bien jurídico, *harm principle* y delimitación de ámbitos de responsabilidad. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Ed.). *La teoría del bien jurídico*: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

WOHLERS, Wolfgang. Criminal liability for offensive behaviour in public spaces. In: SIMESTER, A. P., BOIS-PEDAIN, Antje Du; NEUMANN, Ulfrid (Ed.). *Liberal Criminal Theory*: essays for Andreas von Hirsch. Oxford: Hart Publishing, 2014.

ZANCHETTI, Mario. *Il Riciclaggio di denaro proveniente da reato*. Milano: Giuffrè, 1997.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Lavagem de dinheiro: a tutela penal sobre a transparência da ordem econômica, de Tapir Rocha Neto – ***RBCCrim*** 115/393-411 (DTR\2015\11459); e
- Prevenção à lavagem de dinheiro: novas perspectivas sob o prisma da lei e da jurisprudência, de Pierpaolo Cruz Bottini – ***RDB*** 67/163-195 (DTR\2015\7989).

Novas tecnologias probatórias e o papel do julgador no processo penal

New means of proof technologies and the judges roll in criminal law process

Alexandre Morais da Rosa

Doutor em Direito pela UFPR. Professor Universitário na UNIVALI/SC e UFSC. Pesquisa Novas Tecnologias, Big Data, Jurimetria, Decisão, Automação e Inteligência Artificial aplicadas ao Direito Judiciário, com perspectiva transdisciplinar. Coordena os Grupos de Pesquisa: Judiciário do Futuro (CNPQ UFSC) e o Novas Tecnologias, Big Data, Jurimetria, Automação e Inteligência Artificial aplicadas ao Direito. (CNPQ UNIVALI). Juiz de Direito (TJSC). ORCID n.: https://orcid.org/0000-0002-3468-3335
alexandremoraisdarosa@gmail.com

Daniel Kessler de Oliveira

Doutorando e Mestre (2013) em Ciências Criminais pela PUCRS. Bolsista CAPES. Professor nas áreas do direito penal e processo penal na Universidade Feevale, em Novo Hamburgo – RS. Advogado Criminalista. ORCID n.: https://orcid.org/0000-0002-4768-6025
danielkessleradv@gmail.com

Recebido em: 07.01.2019
Aprovado em: 11.11.2019
Última versão dos autores: 10.12.2019

Áreas do Direito: Processual; Penal; Digital

Resumo: A sociedade hiperacelerada e hiperconectada reinventou suas formas de relações ao passo que isso resulta em uma nova definição de modelo de processo penal e de provas a serem produzidas. O caminhar tecnológico se dá em amplo descompasso com o caminhar legiferante, sendo o magistrado chamado a decidir sobre a aceitação e a valoração dos meios de prova fruto de novas tecnologias. As vaguezas conceituais e as expectativas depositadas em torno do julgador influenciam sobremaneira na definição por parte do julgador, mas essa zona de incerteza representa uma ameaça aos direitos fundamentais.

Abstract: The hyper connected and accelerated society has reinvented its intercourses types while it results in a new definition of criminal process template and of proof to be presented. The technologic path turns out to be in a mismatch alongside the legislative process putting the Magistrate in the duty of deciding about accepting and valuing new proof technology. The lackness of concept and expectations placed inside the judges work weigh so much in the Judges decision, but this oblivion zone represent a threat to fundamental social rights.

Rosa, Alexandre Morais da; Oliveira, Daniel Kessler de. Novas tecnologias probatórias e o papel do julgador no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 167. ano 28. p. 239-261. São Paulo: Ed. RT, maio 2020.

Palavras-chave: Processo penal – Prova penal – Atuação do julgador – Novos meios de prova – Eficiência processual.

Keywords: Criminal process – Criminal proof – Judges acts – New means of proof – Procedural efficiency.

Sumário: Introdução. 1. A prova penal e os novos meios probatórios. 2. Anseios eficientistas e os limites impostos pela legalidade. 3. O papel do julgador e a definição da licitude probatória. 4. Expectativas e o posicionamento do STJ. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

Discutir a prova no processo penal representa discutir a sua essência e a sua função, pois a forma como se concebe e se lida com a prova define o modelo processual penal vigente.

Os limites probatórios, a função da prova e a participação defensiva na sua produção são elementos essenciais para que se possa definir um modelo de processo, uma vez que é nesse contexto que se insere e que se verifica a observância ou não dos preceitos constitucionais.

Não há, por exemplo, como se falar em presunção de inocência em um sistema que não exija um certo nível de prova a romper com o estado de incerteza que marca o início de um processo penal. Também, não há como se falar em contraditório e ampla defesa quando não é assegurado ao Acusado conhecer e contrapor a prova a ser produzida em seu desfavor. E, também, não há sentido sustentar um devido processo legal quando inexistirem consequências processuais para a atuação em desacordo com os limites legalmente estabelecidos.

Por tudo isso, a temática da prova é uma discussão fundamental na análise e no conhecimento do processo. Além disso, tendo a prova a finalidade de buscar a *captura psíquica do julgador*[1], é imperioso se debruçar sobre a atuação deste em relação aos novos meios de prova.

Os avanços tecnológicos, por razões óbvias, não foram acompanhados pela evolução legislativa, de modo que ao julgador é relegado um papel de admissão e valoração de meios de prova que, muitas vezes, carecem de um mínimo de regulamentação.

Essa solução casuística do julgador virá marcada pela sua subjetividade, em uma estrutura processual que acredita e superestima a atuação do julgador na "busca pela verdade", guiado e influenciado por essas expectativas o julgador

1. LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

terá de solucionar o impasse primeiro do processo penal que ganha novos e tormentosos contornos: lidar com o anseio punitivista e policialesco de uma estrutura hipervigiada e hipercontrolada em confronto com os direitos fundamentais do cidadão.

1. A prova penal e os novos meios probatórios

Este artigo não se ocupará de definições manualescas acerca dos tipos e meios de prova, sobreporá a apreciação conceitual de meio de prova, meio de obtenção de prova, tipos de provas etc.

A escolha por esse caminho não é por não enxergar relevância nos conceitos e nas clássicas definições, mas é resultado de uma escolha temática e metodológica que pretende avançar na discussão e que, para isso, necessita partir de um ponto que já tenha determinados conceitos como claros.

Como referido nas linhas introdutórias, a prova é marca fundamental na análise do processo, pois como nos ensina Ruth Gauer: "direito (processual penal) está envolto em uma perene questão de prova, visto que, pelo seu imanente caráter histórico-(re)construtivo, almeja sempre desvelar a 'verdade' acerca do fato delitivo ocorrido."[2]

As clássicas definições dos sistemas processuais penais perpassam por uma questão probatória, na medida em que a gestão da prova nas mãos do julgador, o sigilo e o amorfismo são marcas que configuram, tradicionalmente, um sistema inquisitório.

A própria finalidade da prova precisa ser devidamente estabelecida, pois irá influenciar sobremaneira as expectativas em torno dos atores judiciais e do próprio processo penal.

Em uma lógica amparada nas matrizes inquisitoriais que colocam o julgador como ente supremo do processo e que aspiram a revelação da *verdade real* como objetivo do processo, a prova terá uma finalidade distinta daquela que se verifica ao conceber o processo como um "caminho necessário para se chegar, legitimamente, a uma pena"[3], em que as partes atuem em paridade de condições e o julgador é um terceiro imparcial alheio aos interesses da causa.

2. GAUER, Ruth Maria Chittó. Conhecimento e aceleração (mito, verdade, tempo). In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *A qualidade do tempo*: para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 1.

3. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. v. 1. p. 9.

A tradição inquisitorial é marca indelével de nossa legislação e de nossa prática forense, o que explica uma série de crenças inabaláveis no protagonismo judicial, na busca pela verdade, na ausência de contaminações capazes de afetar a imparcialidade do julgador, entre outras.

Com isso, o regramento probatório é marcado por essa compreensão, que enxerga na prova um meio capaz de revelar a *verdade real* e, por isso, limites e restrições ao exercício probatório não são bem aceitos, tampouco compreendidos.

Quanto mais se evolui a tecnologia e mais restam ampliados os instrumentos de controle e vigilância por parte do Estado, mais próximo do "real" está a produção probatória a ser realizada no processo penal.

Sobre o tema, definem Yuri Felix e Alexandre Morais da Rosa, ao referir que a "ciência – e o avanço do desenvolvimento tecnológico – tem como finalidade eliminar o impossível; este é o nó, o ponto imbricado de tensão verdade/ciência/processo na sociedade da velocidade e informação".[4]

Portanto, a prova se reinventa a partir de novas tecnologias, pois como sustenta Nereu Giacomolli:

> "Provar no processo penal é demonstrar ao julgador, dar-lhe a conhecer a existência de um determinado fato(que), num espaço (onde) e tempo (quando) razoáveis. Também é proceder a verificação dos impulsos criadores do fato (porque) e as circunstâncias deste (como), para que possa ser emitido um juízo acerca das situações processuais que se desenvolvem nos autos, bem como acerca da responsabilidade penal do imputado."[5]

Todos esses anseios imediatistas influenciarão o julgador, que terá de decidir sobre licitude ou ilicitude de provas que, muitas vezes, já são de conhecimentos de pessoas, inclusive, para além do processo.

Quando o senso comum já fora seduzido pelo conteúdo de determinada prova, discutir a sua forma fica em segundo plano, realiza-se a análise às avessas,

4. FELIX, Yuri. ROSA, Alexandre Morais da. *Novas tecnologia de prova no processo penal*: o DNA na Delação Premiada. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 65.
5. GIACOMOLLI, Nereu José. Valoração da prova no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria criminal. In: PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; SILVEIRA, Edson Damas da (Org.). *A prova penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 13.

avaliando a prova a partir do conteúdo quando a análise de sua legalidade deveria preceder a qualquer apreciação.

O julgador está circundado de limites em sua atuação, não se pode saber, ao certo, o que o levou a decidir, mas se poderá realizar um controle racional dessa decisão quando da análise da fundamentação por ele eleita.

Isso é uma decorrência do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional da prova, isto é, valora-se o que foi produzido nos autos, com exteriorização da motivação fática e jurídica. Porém, essa liberdade de convencimento não é absoluta; encontra limite na prova admissível, no que pode ser considerado prova.[6]

Esse é o ponto central dessa análise. O que poderá ser considerado, valorado e admitido como prova?

O desenvolvimento da tecnologia em relação à legislação foi muito desigual, a discussão atualmente centra-se na validade ou não da utilização de programas espiões, de *softwares* e de uso da inteligência artificial para vigiar e identificar crimes e criminosos. Sobre isso é necessária uma previsão normativa, como segundo pressuposto de toda medida limitadora de direitos fundamentais.[7]

Não é necessário grandes conhecimentos informáticos para termos a perfeita compreensão do controle ao qual estamos submetidos. Ampla vigilância estatal e por empresas privadas colocam o cidadão como um objeto constante de investigação.

Dados pessoais, perfis, relações, conexões, todos os passos são vigiados em tempo real e facilmente trabalhados para fins de investigações e identificações.

Para que possamos acessar determinados *sites*, usar determinados aplicativos, temos de assinar digitalmente um "termo", que não é lido, tampouco compreendido, uma vez que não existe o espaço de discussão e questionamento, trata-se de mera aceitação.

Assim, o Estado pode dispor de uma investigação constante e efetiva, antecipando o processo penal. Antecipando, muitas vezes, o próprio fato penal.

---

6. GIACOMOLLI, Nereu José. Valoração da prova no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria criminal. In: PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; SILVEIRA, Edson Damas da (Org.). *A prova penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 43.
7. ARMENTA DEU, Teresa. *A prova ilícita*: um estudo comparado. Trad. Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 94.

O fantasma que é a interceptação e o controle de dados permanecem ao lado do sujeito, obviamente, sem que ele perceba, aguardando a oportunidade de agir para prevenir/evitar danos. O cunho de antecipação de tutela é, pois, evidente.[8]

A exposição decorrente das novas tecnologias não pode representar a eliminação ou redução do núcleo fundamental que protege o privado e o íntimo do indivíduo, isto é, o fato de estarem em dispositivos informáticos não retira a intimidade de tais informações, como leciona Carlos Helder Carvalho Furtado Mendes: "mostra-se imprescindível uma regulamentação devida para o uso de novas tecnologias no incremento da investigação penal que exploram a privacidade e a intimidade."[9]

A intervenção das comunicações eletrônicas foi objeto de diversas diretivas europeias, todas encaminhadas a justificar a limitação do direito à privacidade das comunicações e a proteção dos dados de caráter pessoal (arts. 7º e 8º da CEDH), que foram sendo justificadas em face da luta contra o crime organizado e contra o terrorismo. A medida deve ser adotada no âmbito de uma investigação de delito grave, utilizando-a para identificar o usuário registrado e não para conhecer o conteúdo.[10]

O problema é definir o que é grave e acreditar que, ainda que iniciada sob a justificativa de investigar um crime grave, crimes outros que venham a ser encontrados não terão a aceitação desse meio de prova. Além disso, por óbvio que o conteúdo da mensagem irá ter de ser avaliado, não sendo possível crer que baste a identificação dos autores.

Esse cenário de incertezas resultado de uma vagueza conceitual que dá a essa temática uma especial relevância, por tudo que está em jogo.

Alexandre Morais da Rosa analisa a questão das novidades tecnológicas e trabalha com o *standard* probatório verificado no sistema norte-americano, denominado "Padrão Daubert", o que se analisa pelos seguintes vetores:

> "1 – Controlabilidade e falsidade da teoria científica sobre a qual se funda a prova; 2 – Determinação de percentagem de erro relativamente à técnica empregue; 3 – Existência de um controle exercido por outros peritos através da 'peer review'; 4 – existência de um consenso geral da comunidade científica de

8. PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 33.
9. MENDES, Carlos Helder Carvalho Furtado. *Tecnoinvestigação criminal*: entre a proteção de dados e a infiltração por *software*. Salvador: JusPodium, 2019. p. 91.
10. ARMENTA DEU, Teresa. *A prova ilícita*: um estudo comparado. Trad. Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 93.

> referência; 5 – A prova científica seja diretamente relevante relativamente aos casos que devem ser determinados no caso concreto."

E conclui: "Assim, não é qualquer teoria ou mecanismo tecnológico que pode ser valorado como prova no processo penal."[11]

Assim, não se trata de ser contrário aos avanços tecnológicos, uma vez que, até mesmo em uma perspectiva garantista, o que se busca no processo é a melhor elucidação dos fatos e quanto mais sejam os elementos a permitir isso melhor.

Entretanto, é preciso compreender o jogo processual e suas regras. As produções probatórias necessitam estar de acordo com uma matriz principiológica que orienta nossa legislação.

Ademais, é difícil compreender o paradoxo do convívio simultâneo entre tantas tecnologias de prova e uma realidade investigativa que ainda se limita aos depoimentos testemunhais, à depoimentos reduzidos a termo, que lida com uma escassez de provas periciais, como sendo a real situação da imensa maioria dos processos penais no Brasil.

A prova penal conforme é tratada cotidianamente, na maioria dos casos, nada mais serve do que um pretexto para justificar discursivamente condenações que parecem cumprir o vaticínio dos oráculos da mídia tradicional ou da retórica do senso comum. As condenações fundamentam-se em provas apesar de não estarem fundamentadas em provas.[12]

Compreende-se a dificuldade orçamentária da grande maioria das polícias estaduais, mas, por outro lado, parece que essa estrutura extremamente deficitária serve a alguma finalidade, pois reduz o conhecimento da "prova" pela defesa e reduz o nível de exigência probatória por parte do juiz.

2. Anseios eficientistas e os limites impostos pela legalidade

Toda essa problemática adentra em uma determinada estrutura processual e vai conviver com as categorias e definições que marcam aquela roupagem processual penal.

---

11. MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 755.
12. PRADO, Geraldo, A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro. In: PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; SILVEIRA, Edson Damas da (Org.). *A prova penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 24.

Como enfrentar o tema na sua completude sem se debruçar sobre a cultura que está por de trás de sua compreensão? É árdua a tarefa de colocar o tema da prova e em especial da ilicitude probatória em consonância com os ideais constitucionais e convencionais quando, em nossa legislação em vigor, as nulidades foram concebidas como um "meandro técnico por onde se escoa a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça".[13]

Desde sua fascista gênese, o Código de Processo Penal Brasileiro de 1941 carrega em seu âmago, como marca ideológica indelével, a louca vontade de "trazer o bem" e "extirpar o mal". Tal qual a kafkiana Máquina Penal, ainda hoje – em terreno sedizente democrático – o processo faz uso "de elementos provenientes do patrimônio ditatorial" e, mais do que nunca, torna-se um engenhoso mecanismo destinado a fazer sofrer réus em prol do bem comum.[14]

A supremacia do *interesse comum* faz com que as formas processuais sejam distorcidas e as garantias flexibilizadas e o pior, amparados em pseudoargumentos salvacionistas.

Com isso, a ampla e total vigilância e a ingerência estatal, sem que haja limites estabelecidos e sequer uma transparência sobre o que, quando e como são realizadas as medidas investigativas, acabam sendo legitimadas.

Entretanto, todas essas práticas não resistem a uma filtragem constitucional, que exige do processo penal um outro papel em uma estruturação democrática de Estado, como adverte Rubens Casara: "A função primordial do processo penal é limitar (racionalizar) o poder punitivo estatal e não potencializá-lo em nome do direito abstrato à segurança pública."[15]

Binder é cristalino ao afirmar que as regras probatórias no processo penal limitam a aquisição de informações. Apesar da existência de uma norma genérica que permite utilizar meios de provas distintos dos previstos, o regime probatório destina a tais meios de prova as formalidades análogas daqueles permitidos legalmente. Não é possível o ingresso de informações em juízo por vias que não são previstas em lei[16].

13. BRASIL, Exposição de Motivos ao Código de Processo Penal Brasileiro.
14. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*: the brazilian lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 112-114.
15. CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 142.
16. BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p, 65.

Fundamental lição de Geraldo Prado ao trabalhar com interceptação telefônica:

> "A tese central desse trabalho é de que não há diferença alguma, de ordem prática ou axiológica, entre interceptações telefônicas clandestinas, adotadas pelas forças de segurança que serviram às ditaduras militares do continente, e interceptações telefônicas autorizadas judicialmente, executadas por período significativo e além (e fora) de qualquer controle real, independente da intenção daqueles que autorizam e ratificam tais medidas e do seu compromisso formal com o Estado de Direito."[17]

Ainda que o presente trabalho vise discutir novas tecnologias, que ainda carecem de regulação, o que não é o caso da interceptação telefônica, tal analogia é totalmente possível, uma vez que o Autor discutiu uma interceptação realizada em desacordo com a lei, o que não seria muito diferente de uma admissão probatória de algo que sequer é regido por lei.

Em uma sociedade hiperacelerada, as expectativas operam no mesmo ritmo, tudo deve ser feito imediatamente, não há espaço para se tolerar "perdas de tempo". Obviamente que o processo penal não passa ileso por esses anseios imediatistas.

O tempo social não é o mesmo que o tempo do processo. Falar em celeridade, em lutar contra a morosidade não é (ou não deve ser) sinônimo de atropelo processual e desprezo pelas formas processuais.

Entretanto, uma lógica eficientista e hiperacelerada almeja o julgamento instantâneo e aloca toda e qualquer formalidade e espaço de observância do "tempo processual" na categoria de estímulo indevido à impunidade.

Guiar-se por essas expectativas instantâneas é grudar-se na percepção utilitarista do processo penal, é entender que tudo deve ceder diante de um (pseudo) bem maior. Sendo esse mais um grilhão inquisitorial do sistema processual penal brasileiro.

Ost[18] avalia que o Estado Social, ao levar em consideração esse medo que toma centro nas preocupações coletivas e o risco inerente à sociedade, transmuda a natureza e a escala do próprio risco, que passa ser considerado inassegurável, uma ameaça absoluta, na qual a única estratégia de combate se dá, absolutamente, pela prevenção.

17. PRADO, Geraldo. Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 12.

18. OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005. p, 323.

Dentro dessa premissa se inserem práticas eficientistas que buscam a solução célere abdicando da qualidade da prestação jurisdicional e ignorando os limites legais e constitucionais para a atuação estatal.

Uma visão eficientista e utilitarista do processo penal clama por cada vez mais punição, reduzindo os níveis de observância aos direitos fundamentais.

Isso significa que o aspecto punitivo ganha cada vez mais força no discurso jurídico, reforçando a exigência de uma sanção célere – não importa se violando algum direito fundamental.[19]

Toda essa inobservância a preceitos constitucionais do processo penal acarreta – como assevera Gloeckner[20] – na transformação da eficiência num conceito jurídico-valorativo que permite a desformalização material do processo penal. Essa desformalização compõe um conjunto de elementos que, pautados no eficientismo, assombram o futuro do processo penal.

A partir dessa ordem de eficiência retornam (ou talvez nunca se tenha afastado) ao processo penal princípios inquisitoriais que satisfazem arbitrariedades, como a busca da verdade a qualquer custo, a verdade substancial ou real.

Hassemer e Chirino Sanchez alertam para o fato de que se a técnica continua seu progresso e a nossa consciência normativa não cresce e se mantém em seu atual nível de análise de custo-benefício, perderemos em poucos anos nossos últimos espaços de privacidade em troca da proteção contra o delito ou em troca de uma forma pagável de domínio sobre os problemas sociais. Com isso temos chegado ao ponto. Não é só o medo ante os riscos que determina o direito à proteção de dados pessoais, é também o poder de sedução das tecnologias de comunicação e informação, com as quais devemos contar.[21]

Por isso, é fundamental o questionamento de Lenio Streck: "Em que medida pode o Estado ingressar na esfera de intimidade das pessoas?".[22]As práticas penais desse gênero tendem a violar o âmbito essencial de configuração da vida

19. MARRAFON, Marco Aurélio. *Constituição e poder*: decisão constitucional, filosofia da linguagem e direito. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. v. 1. p. 17.

20. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p. 507.

21. HASSEMER, Winfried; CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo. *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales*. Buenos Aires. Del Puerto, 1997. p. 17.

22. STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. P: 17.

privada e a legalidade penal não se desenvolve na mesma velocidade para estipular os critérios e definir mecanismos que protejam esse âmbito essencial contra intrusões repudiadas constitucionalmente.[23]

Portanto, é preciso que se estabeleça um critério objetivo mínimo de "necessidade" – se é que possível –, para a utilização de algumas tecnologias que se mostram demasiadamente lesivas a direitos fundamentais.[24]

Por isso, o julgador será, invariavelmente, chamado a decidir. E qual será o seu papel? De defesa das regras do jogo e dos direitos fundamentais ou de legitimação dos meios ilegais de provas amparados em argumentos eficientistas e abstrações salvacionistas?

3. O papel do julgador e a definição da licitude probatória

Muito se fala e há muito se fala do protagonismo judicial que marca a estrutura processual penal no Brasil. Acredita-se na atuação do Magistrado, incentiva-se e potencializa-se sua postura ativa. Por tudo isso que discutir o papel do julgador é fundamental em qualquer análise do processo penal.

Assim, a apreciação da prova e de seus limites perpassa por uma análise do julgador e de seu papel.

Os limites trazidos pela legalidade devem guiar a atuação do Magistrado, a forma processual cumpre um fundamental papel na estruturação de um processo penal, tido como um limitador frente ao poder punitivo do Estado. Entretanto, a forma cede diante de pseudojustificativas sedizentes salvadoras do bem comum e que visam atingir a "verdade".

A forma posta como um entrave ao alcance da verdade. Como se estruturar um sistema de garantias quando essas garantias são colocadas como empecilhos para revelação da imaginária verdade real?

Essa concepção faz com que a matéria das nulidades no processo penal nunca seja devidamente enfrentada e que se legitimem práticas ilegais, inobservância de ritos e procedimentos e, até mesmo, provas ilegalmente produzidas.

---

23. PRADO, Geraldo, A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro. In: PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; SILVEIRA, Edson Damas da (Org.). *A prova penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 58.

24. MENDES, Carlos Helder Carvalho Furtado. *Tecnoinvestigação criminal: entre a proteção de dados e a Infiltração por software*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 91.

Um sistema inquisitório tem notória predileção pelo desprestígio à forma processual, especialmente quando se afirma que a forma é contraeficientista (âmbito da economia processual), dilata indevidamente o processo (forma como morosidade) etc.[25]

Essa crença de se alcançar a verdade coloca o juiz como detentor de poderes absolutos, que não terá na observância da forma qualquer impeditivo para a sua atuação, fazendo com que a forma deixe de ser tida como um limite para a atuação judicial.

Foi o próprio sistema inquisitivo que introduziu o problema da verdade como problema central do processo penal.[26] E, historicamente, isso foi muito mais utilizado para justificar arbítrios do que para almejar uma melhoria na qualidade jurisdicional.

É necessário, de uma vez por todas, superar este "mito" da revelação da verdade real, por ser, nas palavras de Aury Lopes Jr. uma, "artimanha engendrada nos meandros da inquisição para justificar o substancialismo e o decisionismo processual, típicos do sistema inquisitório."[27]

Um juiz protagonista, que vai atrás das provas, que determina medidas de ofício, compromete a sua imparcialidade e não é essa a função do Magistrado. Por isso, importante a lição de Luigi Ferrajoli: "o decisionismo processual é a segunda característica da cultura inquisitória".[28]

A crença na "bondade dos bons" nutre o magistrado de expectativas salvacionistas e, guiado por essas, ele traveste-se de justiceiro e isso orienta toda a sua atuação e influência na interpretação acerca de cada um dos dispositivos processuais.

Portanto, é preciso sim buscar impedir que as normas sejam frutos de uma análise arbitrária por parte do sujeito intérprete, ainda que haja lacunas legais,

25. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 29.

26. BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Trad. Angela Nogueira Pessoa com revisão de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 45.

27. LOPES JR. Aury. *Introdução crítica ao processo penal*: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 272

28. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoria del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1997. p. 42.

não será o juiz, com base na sua particular concepção do mundo, que fará correções morais de leis "defeituosas".[29]

Esperar, exigir ou permitir que o juiz possua uma postura ativa no processo penal desrespeita as elementares definições da própria razão de ser do processo em uma democracia constitucional, pois ignora que o processo é limitação de poder e um espaço de dúvida em que deverá ser produzida a prova para que depois um terceiro equidistante e imparcial decida.

E, por assim ser, resta clara a alusão a um sistema (conjunto), àquela do procedimento (preordenado) e à finalidade, por sinal, "faz-se o processo para que alguém que tendo o poder de decidir mas não conhecendo devidamente possa, em face dele (processo) decidir."[30]

No processo penal o endurecimento estatal se manifesta na forma de utilitarismo judicial, em atos dominados pelo segredo, forma escrita, aumento das penas processuais, absurdas inversões de carga probatória e mais poderes para os juízes "investigarem".[31]

Do universo de medidas que pregam o amorfismo, flexibilizam garantias, clamam pelo imediatismo e desprezam premissas básicas em termos de direitos fundamentais, algumas serão destacadas neste texto por revelar de forma clara a marca inquisitorial de nosso sistema.

O protagonismo judicial é de notória matriz inquisitorial que detinha na figura do juiz-instrutor o senhor do processo e da lei. Quando considerável parcela da sociedade e da comunidade jurídica cria expectativas dessa natureza em um processo penal que deveria servir, justamente, para o contrário é um sinal do quanto ainda estamos mergulhados em práticas inquisitivas.

Juiz como senhores da lei, cortes supremas como donas das Constituições e a "qualidade" jurisdicional variando de acordo com a identidade política, social,

29. PORTANOVA. *Princípios do processo civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 112 apud STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 36-37.

30. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A linguagem nos tribunais (a linguagem dos juízes e advogados). In: ROSA, Alexandre Morais da, TRINDADE, André Karam, SANTOS, Márcio Gil Tostes dos (Org.). Hermenêutica, Constituição e decisão judicial: estudos em homenagem a professor Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 288.

31. LOPES JR, Aury. *Sistemas Processuais: Ainda Precisamos Falar a Respeito? In Sistemas Processuais Penais*. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1 ed.- Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 31-56.

racial ou de gênero do destinatário dessa decisão mostram o quão exposta está a fratura inquisitória e quão profundo são os efeitos em nosso sistema.

Especialmente em matéria constitucional, os riscos para a democracia são evidentes, já que os julgamentos não devem recair em manifestações de "vontade de potência" sob pena de atribuir ao Judiciário poderes de um novo soberano que decide para além da Constituição, pois isso viola os próprios ideais do constitucionalismo moderno, fundado na ideia de racionalização, de limitação e de equilíbrio no exercício de poder.[32]

Geraldo Prado, trabalhando com as ideias de Tomás Vives Antón, assegura que o processo penal construído em torno da presunção de inocência não é compatível com "investigações prospectivas", que se projetam indiscriminadamente sobre a generalidade dos cidadãos, o que é próprio dos chamados "crimes de suspeita".[33]

A história brasileira dos estados de exceção é por todos conhecida e, se quiséssemos ficar apenas com os relatos da república, isso já seria o bastante para admitirmos o máximo de cautela no emprego das limitações aos direitos fundamentais.[34]

Nesse contexto, não seria outro papel a se esperar do julgador que não fosse o da defesa dos direitos fundamentais, que são trazidos por meios das garantias processuais que se verificam através da forma predeterminada no processo.

Respeitar e fazer cumprir a legislação é a função primordial do Magistrado, a quem incumbe a defesa da legalidade, devendo, se necessário for considerar nula toda uma produção probatória quando esta se der em contrariedade à lei ou à Constituição.

4. Expectativas e o posicionamento do STJ

Dentro desse contexto de carência de regulamentação e de vagueza conceitual, o Magistrado que é chamado a decidir o fará contaminado por todos os fatores internos e externos a influenciar o ato decisório.

---

32. MARRAFON, Marco Aurélio. *Constituição e poder*: decisão constitucional, filosofia da linguagem e direito. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. v. 1. p. 26.

33. PRADO, Geraldo, A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro. In: PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; SILVEIRA, Edson Damas da (Org.). *A prova penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 60.

34. PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 43.

Como leciona Gustavo Garibaldi: "não regulação é a pior opção, demonstra uma renúncia de toda fixação de limites e marcos aceitáveis de utilização destas novas tecnologias, o que é um erro inaceitável em um Estado de Direito".[35]

Sem espaço para apreciação de todos esses elementos, centra-se na análise das expectativas que serão correspondidas pelo Magistrado ou objeto de tentativa de correspondência.

Cabe ao magistrado emitir um juízo de valor no que tange à proposição dos meios de prova, aos meios de busca de prova, à idoneidade dos elementos de prova, à credibilidade das fontes e, por fim, avaliar o resultado probatório.[36]

Ainda que as expectativas sociais por muitas vezes esperem do Magistrado uma atuação de "combate à criminalidade", não seria esse o papel a ser por ele desempenhado.

Em um Estado Constitucional de Direito, o julgador é o garante dos Direitos individuais, ainda que para isso tenha de desempenhar seu papel contramajoritário.

Diante disso, o respeito às formas processuais é o único caminho possível de efetivação dos direitos fundamentais, pois a

> "forma é uma característica tão relevante para a consubstanciação do sistema acusatório como é a ausência de poderes instrutórios do juiz. A atividade do juiz no sistema acusatório – o que lhe permite assumir uma postura mais passiva – é justamente um rigoroso controle sobre os atos processuais."[37]

Relegar às garantias processuais o custo de nossa violência é mascarar o problema e escorar-se em um discurso confortavelmente simplista. Nesse ponto, a precisa lição de Nereu Giacomolli: "a não satisfação das demandas sociais

35. GARIBALDI, Gustavo E. L. *Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito*: su incidencia en el derecho penal y los principios constitucionales. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010. p. 103.

36. GIACOMOLLI, Nereu José. Valoração da prova no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria criminal. In: PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; SILVEIRA, Edson Damas da (Org.). *A prova penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 44.

37. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 36. PRADO, Geraldo, A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro. In: PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; SILVEIRA, Edson Damas da (Org.). *A prova penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 75.

mínimas, pelo Estado, a frustração pelas promessas não cumpridas, estão servindo, como pano de fundo, ao discurso à restrição dos direitos e das garantias constitucionais humanitárias."[38]

Como lidar com produções probatórias obscuras? Sem claras previsões legais? Sem limitações de procedimento? E como permitir o exercício defensivo e o próprio contraditório em provas que não são claras nem acessíveis?

O princípio do contraditório é uma exigência político-democrática, que deve habitar no cerne do processo penal – *pari pasu* a ampla defesa –, pois sua ausência descaracteriza e macula de morte a essência do sistema democrático.[39]

A decisão judicial não é uma declaração de verdade, não é uma certidão do que ocorreu no mundo fático, mas uma declaração na qual se pode crer, com base no que está no processo.[40]

Portanto, a escolha democrática cobra um preço: o da defesa dos direitos fundamentais. Negar isso sob qualquer pretensa medida de "justiça" exige um preço muito alto a ser pago.

Ainda, para além da dimensão garantista da apreciação, no sentido de proteção dos direitos fundamentais, a necessidade de limites claros e definição metodológica acerca de determinadas produções probatórias dizem respeito, diretamente, à qualidade da prestação jurisdicional. Ora, a produção de uma determinada prova precisa estar amparada em elementos que atestam sua credibilidade, sua qualidade para demonstrar aquilo que se pretende.

Nessa esteira, o ensinamento de Geraldo Prado: "Comprovar a fiabilidade das fontes probatórias se traduz como remédio jurídico-processual que evita o uso subjetivo do material recolhido pela atividade probatória sem exigências razoáveis de idoneidade probatória".[41]

---

38. GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal:* abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 14.
39. FELIX, Yuri. ROSA, Alexandre Morais da. *Novas tecnologia de prova no processo penal*: o DNA na delação premiada. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 39.
40. GIACOMOLLI, Nereu José. Valoração da prova no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria criminal. In: PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; SILVEIRA, Edson Damas da (Org.). *A prova penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 47.
41. PRADO, Geraldo. *Prova Penal e Sistema de Controle Epistêmicos*: A Quebra da Cadeia de Custódia das Provas Obtidas por Métodos Ocultos. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. P: 75.

Não se pode legitimar práticas que violem garantias, ainda que em nome de realização de qualquer suposto ato em nome do "bem". Pois, é falsa a ideia de que o Estado de Direito seja salvo cada vez que o sistema penal pune um poderoso ou um corrupto convicto; por mais que custe à chamada "opinião". O Estado de Direito só é salvo de cada vez que um poderoso ou um convicto corrupto são punidos no decurso de um devido processo legal; o contrário disso é populismo puro e alimenta o desnorte dos próprios contestatários.[42]

Entretanto, não vem sendo esse o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, ao reconhecer, em determinados casos, ausência de claros limites legais, bem como quebra de cadeia de custódia da prova, mas, ainda assim, a considerando válida.

À título de exemplo e sem qualquer critério metodológico que justifique a escolha do presente caso, é possível verificar a discussão travada no HC 213.448/RS[43], onde se diferenciou *prova ilícita de prova ilegítima* e se entendeu pela ausência de ilicitude.

A discussão levada ao Superior Tribunal de Justiça no caso mencionado girava em torno do fato de que

> "os elementos até o momento coligidos permitem concluir que o disco rígido em questão [disco rígido apreendido por ocasião de busca e apreensão] foi acessado diretamente, antes da realização de espelhamento, podendo se concluir que houve alteração de arquivos da mídia apreendida. Essa alteração ocorreu após a apreensão, enquanto a mídia estava na guarda policial, pericial e judicial. Não há indicativo de qualquer concurso das defesas para tanto".

Por isso, o Impetrante buscava a anulação da prova pela quebra da cadeia de custódia, uma vez que o acesso ao disco rígido de forma direta poderia representar a possível alteração dos dados ali contidos. Ademais, a prova teria sido realizada de forma unilateral e clandestina, não tendo tido a defesa possibilidade de acesso ao conteúdo.

O Ministro Sebastião dos Reis Junior, assim se manifestou no referido caso:

> "Não vejo como autorizar a permanência nos autos de prova produzida de forma estranha ao nosso normativo processual. A perícia foi realizada em

42. MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados*: corrupção, expectativa e processo. São Paulo: Atlas, 2013. p. 77.

43. STJ, *Habeas Corpus* 213.448/RS (2011/0165258-4), 6ª T., rel. Min. Sebastião dos Reis Junior, rel. p/ acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 20.08.2013.

> desobediência ao disposto nos arts. 159 e seguintes do Código de Processo Penal, já que produzida por perito não oficial, fora do juízo, sem que fosse permitida às partes a indicação de assistente técnico, a formulação de quesitos e a oitiva do perito responsável em juízo; testemunhas e corréu foram ouvidos também fora do juízo, após a instrução encerrada, em desobediência ao art. 400 do Código de Processo Penal; e a perícia (não se trata de documento, mas sim de perícia, já que estamos diante de análise técnica sobre equipamento de informática apreendido em busca e apreensão, em que os quesitos foram apresentados exclusivamente pela própria Polícia Federal – fls. 344 e seguintes) foi juntada aos autos por quem não é parte – autoridade policial – e após encerrada a instrução e, principalmente, após o Ministério Público Federal ter expressamente se manifestado no sentido de que não possuía mais qualquer diligência a requerer (fls. 269 e 270)."

No entanto, no voto-vista, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, divergiu, entendendo pela licitude da prova e fazendo a distinção entre prova ilícita e ilegítima:

> "A questão relativa ao tal disco rígido (marca FUJITSU, modelo MHV2040AH, n. de série NT26T572GRAN, instalado em um notebook, marca DELL), como se pode ver, foi submetida por diversas vezes ao Magistrado, em primeiro grau de jurisdição, ao longo do desenrolar da instrução e em um incidente probatório que, não está suficientemente claro nos autos, mas deve ter sido realizado em apenso aos autos principais. Veja-se que, então, diante desse quadro, não se trata de ilicitude, na acepção estrita do termo, pois não pode ser contrária à lei uma prova realizada sob o crivo do contraditório e cuja gênese em momento algum é tida como írrita pela própria defesa. Aqui, cabe um ligeira digressão sobre o que se entende por prova ilícita e prova ilegítima. Isso porque, *in casu*, penso que há uma, digamos, certa confusão entre os dois conceitos. A prova ilícita é aquela que contém vício de origem, é dizer, foi produzida com violação à Constituição, porque violadora de alguma garantia, ou com infringência a algum regramento legal que diz, diretamente, com a natureza substancial da vedação de que seja produzida."

As Ministras Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), acompanharam a ministra Maria Thereza e não concederam a ordem de *habeas corpus*.

Acerca da distinção realizada entre *ilícita e ilegítima* é relevante a análise quanto à possibilidade de repetição, ou não, da atividade probatória. Enquanto a prova ilícita deve ser excluída, a ilegítima poderá ser renovada por ser o vício

processual. No entanto, essa distinção não pode servir para salvar a prova, uma vez que a nulidade contamina a informação, nos termos do art. 5º, LVI, da CF.[44]

Importa analisar esse caso para que se possa verificar o quão tormentoso ainda é uma temática acerca de provas que carecem de regulamentação, haja vista que a penumbra que circunda o manuseio desses equipamentos e a sua utilização enquanto prova afasta a discussão de seu ponto fundamental.

Avaliar se a prova fora produzida em conformidade com os princípios orientadores de um processo penal constitucional deveria ser o norte de toda atuação jurisdicional, o que não dialoga com visões utilitaristas dos elementos obtidos.

Em outro caso semelhante, AgRg no Recurso Especial 1.587.239-RS[45], em que a Defesa sustenta que "a ilegalidade reside no fato de que a autoridade, ao se deparar com duas bases de dados, apagou eletronicamente uma das bases sem registro técnico, em prejuízo evidente à defesa".

Nesse caso, assim decidiu a Ministra Maria Thereza de Assis Moura:

> "Colhe-se, pois, no decisum, que o acesso direto ao disco rígido pela Polícia não resultou em qualquer alteração de tudo o que já havia sido verificado e decidido acerca do assunto de modo que, ainda que tenha havido falhas na preservação do material apreendido, tais falhas não são suficientes para determinar a exclusão da prova porque não conduzem à sua ilicitude, ressaltando, acertadamente, que o espelhamento e o cálculo do algoritmo SHA-512 são providências de perpetuação da prova, destinadas a atestar, com a maior confiabilidade possível, a idoneidade da prova, mas não há determinação legal de que as mídias de informática não sejam acessadas diretamente."

Importa nesse ponto a análise de que, em inexistindo uma determinação legal de como proceder, autoriza-se o agente público a agir da forma que melhor julgar, ainda que essa forma ponha em dúvida a credibilidade da prova.

Tal entendimento ignora preceitos básicos, inclusive, de Direito Administrativo, em que o ente público somente pode agir quando amparado em lei, em não havendo um dispositivo regulando sua atuação não poderá o Estado restar autorizado a agir livremente.

Uma prova produzida sem amparo legal é uma prova ilícita e assim deve ser tratada. Como leciona Alexandre Morais da Rosa:

---

44. MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 739.

45. STJ, AgRg no REsp 1.587.239/RS (2016/0070823-4), 6ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 14.08.2018.

> "A maioria dos jogadores/julgadores não se dá conta que as regras de aproveitamento da prova ilícita padecem de flagrante inconstitucionalidade, já que transportadas ao regime probatória brasileiro sem o devido controle de constitucionalidade."[46]

Ademais, percebe-se nos fundamentos trazidos nesses dois casos e em tantos outros que se debruçam sobre a matéria uma ingênua visão de que "essa prova isoladamente não representou a condenação do réu", em um total contrassenso, pois ao mesmo tempo que faz pouco caso do "valor da prova", a mantém presente nos autos.

Laborar dessa forma é ignorar as idiossincrasias de nosso cérebro e as inúmeras variantes que atuam para um juízo decisório, é confundir a decisão tomada por um Magistrado com a sua fundamentação jurídica, ignorando que se trata de aspectos muito diferentes.

Um Magistrado pode ter decidido com base em uma prova ilícita, mas se valido de uma fundamentação diferente para justificar a sua decisão. Portanto, o fato de determinado meio de prova não ter sido amplamente utilizado nas fundamentações do julgador, por óbvio que não significa que não foram fundamentais para a sua tomada de decisão.

Ainda, insiste-se em uma visão utilitarista do processo penal, com os fins justificando os meios e na necessidade de demonstração de um prejuízo para a defesa, como se a não observância ao contraditório e a condenação em si já não fossem o bastante para evidenciar o prejuízo.

Inúmeros outros pontos podem ser apreciados a partir da análise desses ou de outros casos, mas para os fins a que se dignou este trabalho a apreciação desses elementos já se apresenta como suficiente.

Considerações finais

O cenário que se apresenta exige cautela. Novas tecnologias de provas sendo utilizadas, fora e dentro do processo penal.

"Espiões" são clandestinamente instalados em aparelhos celulares e conseguem captar todas as conversas e tudo que é falado ou escrito na utilização do aparelho. *Softwares* clandestinamente instalados em computadores de empresas

46. MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 743.

conseguem copiar todo o conteúdo nele existente. Escutas ambientais gravam todas as conversas em determinados locais.

Clandestinas ou autorizadas judicialmente, essas novas tecnologias estão sendo utilizadas como meios de investigação. Não podemos ignorar o avanço tecnológico e, mais do que isso, devemos celebrar o aumento de possibilidades investigatórias que possam elevar o grau de probabilidade de uma persecução penal.

Entretanto, em uma democracia constitucional, existem limites impostos à atuação estatal, que não pode violar direitos fundamentais, ainda que em nome de pseudosargumentos salvacionistas.

Não se pode ceder aos impulsos totalitários que esperam práticas milagrosas de pseudosalvadores da pátria que, togados ou não, desprezam limites e justificam suas arbitrariedades em nome do *bem comum*. Não olvidando do que nos ensina Eugênio Raul Zaffaroni "a mais elementar experiência institucional demonstra que sempre que há poder sem controle opera-se o abuso de poder."[47]

A ausência de regulamentação não pode representar a liberdade plena de atuação dos agentes públicos, pois a legalidade é, justamente, um dos muros a conter avanços arbitrários.

Não se pode ceder ao canto da sereia, à crença na "bondade dos bons", tampouco crer no fantasma da impunidade ao ponto de abdicar de conquistas civilizatórias trazidas na forma de direitos fundamentais.

A não regulamentação acerca da forma de produção e da manutenção da medida investigatória, dos limites e prazos por ela estipulados, deve acender um sinal de alerta e tornar a validação e aceitação dessas provas excepcional, no entanto, o nosso Superior Tribunal de Justiça parece estar entendendo no sentido inverso.

Permitir medidas restritivas de direitos fundamentais de forma ampla e carente de regulamentação, em nome de defesa social e de segurança pública, é um caminho sem volta e representa um alto custo a ser pago.

O Judiciário vem decidindo de forma a restringir direitos fundamentais e o faz guiado pelas "expectativas sociais" que clamam pelo punitivismo célere e exacerbado, e muitos celebram esse momento, talvez, sem se dar conta que estão abrindo mão de seus próprios direitos.

47. ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder Judiciário*: crises, acertos e desacertos. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 81.

Referências bibliográficas

ARMENTA DEU, Teresa. *A prova ilícita*: um estudo comparado. Trad. Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A linguagem nos tribunais (a linguagem dos juízes e advogados). In: ROSA, Alexandre Morais da, TRINDADE, André Karam, SANTOS, Márcio Gil Tostes dos (Org.). *Hermenêutica, Constituição e decisão judicial*: estudos em homenagem a professor Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

FELIX, Yuri. ROSA, Alexandre Morais da. *Novas tecnologia de prova no processo Penal*: o DNA na delação premiada. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1997.

GARIBALDI, Gustavo E. L. *Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito*: su incidencia en el derecho penal y los principios constitucionales. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010.

GAUER, Ruth Maria Chittó. Conhecimento e aceleração (mito, verdade, tempo). In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *A qualidade do tempo*: para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GIACOMOLLI, Nereu José. Valoração da prova no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria criminal. In: PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; SILVEIRA, Edson Damas da (Org.). *A prova penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

HASSEMER, Winfried; CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo. *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales*. Buenos Aires. Del Puerto, 1997.

LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. v. 1.

LOPES JR. Aury. *Introdução crítica ao processo penal*: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JR, Aury. *Sistemas processuais*: ainda precisamos falar a respeito? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). *Sistemas processuais penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

MARRAFON, Marco Aurélio. *Constituição e poder:* decisão constitucional, filosofia da linguagem e direito. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. v. 1.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*: the brazilian lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados*: corrupção, expectativa e processo. São Paulo: Atlas, 2013.

MENDES, Carlos Helder Carvalho Furtado. *Tecnoinvestigação* criminal: entre a proteção de dados e a infiltração por *software*. Salvador: JusPodivm, 2019.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005.

PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PRADO, Geraldo, A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro. In: PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; SILVEIRA, Edson Damas da (Org.). *A prova penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*. PORTO Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – Decido conforme minha consciência? 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder Judiciário*: crises, acertos e desacertos. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Ed. RT, 1995.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Existem limites probatórios na era digital? – A validade processual penal e constitucional das provas digitais, de Guilherme Machado de Castilhos e Aline Pires de Souza Machado de Castilhos – *RT* 1010/275-294 (DTR\2019\42294); e
- Inovações tecnológicas no direito processual penal dialética entre eficácia e garantia na produção da prova judicial, de Denis Sampaio – *RBCCrim* 102/243-284 (DTR\2013\3302).

Evitando o trilema judicial: a necessidade das regras de inutilização para um contraditório dinâmico na produção da prova testemunhal

Avoiding the judicial trilem: the need of rules of inutilizzabilità for a dynamic contraditory in the production of testimonal evidence

André Rocha Sampaio

Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Bolsista CAPES. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas, Especialista em Ciências Criminais pela ESAMC. Professor do Centro Universitário Tiradentes/AL. Coordenador do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Processo Penal. Advogado. ORCID: orcid.org/0000-0002-6288-5487. andrerochasampaio@gmail.com

Marcos Eugênio Vieira Melo

Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Bolsista CAPES. Especialista em Processo Penal pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM e Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Processo Penal. Assessor de Magistrado no TJAL. ORCID: orcid.org/0000-0001-5854-579X. marcos.evmelo@gmail.com

Recebido em: 29.01.2019
Aprovado em: 11.11.2019
Última versão dos autores: 09.12.2019

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: O presente artigo traça uma análise da utilização, pelo juiz, do depoimento prestado pela testemunha na fase investigativa, buscando situá-la em algum ponto do filete de intensidades que conectam operadores autoritários e democráticos em determinado modelo processual penal, nomeadamente o brasileiro. Busca-se, com isso, decalcar os contornos do autoritarismo que orbitam sobre tal ato e apresentar o contraditório

Abstract: This article presents an analysis of the judge's use of the testimony given by the witness in the investigative stage, seeking to place it at some point in the chain of intensities that connect authoritarian and democratic operators in a particular criminal procedural model, specifically the Brazilian. It seeks to reduce the contours of authoritarianism that orbit this act and to present the dynamic contradictory and a proper

dinâmico e uma devida implementação de regras de inutilização como a forma mais eficaz de obstruí-lo. Para isso, nos valemos principalmente dos estudos acerca do autoritarismo de Fragoso e, especificamente no processo penal, de Gloeckner e dos italianos Fazzalari e Ferrua, respectivamente para revisitarmos o contraditório e as regras de inutilização. Por fim, demonstramos a necessidade de defenestrar todos os constritores epistêmicos que permitem a direta ou indiretamente o depoimento da testemunha em fase preliminar, o que perpassa necessariamente pela revitalização do contraditório e de regras que refreiem eventuais pulsões autoritárias que encontram no livre convencimento motivado, terreno fértil para se manifestar.

Palavras-chave: Prova testemunhal – Autoritarismo – Contraditório dinâmico – Regras de inutilização.

implementation of rules of disuse as the most effective way to obstruct it. In order to do this, we mainly rely on the studies of Fragoso's authoritarianism and, specifically in criminal procedure, on Gloeckner's and on the Italians Fazzalari and Ferrua, respectively, to revisit the contradictory and ruin rules. Finally, we demonstrate the need to eliminate all the epistemic constraints that directly or indirectly allow witness testimony in the preliminary phase, which necessarily goes through the revitalization of the contradictory and rules that restrain any authoritarian drives that find in the free convincing motivated fertile ground to manifest.

Keywords: Testimonial evidence – Authoritarianism – Dynamic contradictory – Exclusionary rules.

Sumário: 1. Introdução. 2. Situando o problema: leitura de depoimento na fase preliminar. 2.1. A função da fase preliminar. 2.2. Constritores que operam para a preservação do depoimento da fase preliminar. 3. Consequências: obtenção de uma "verdade" autoritária. 3.1. Delimitando o elemento "autoritarismo". 3.2. A verdade exsurgida. 4. O contraditório dinâmico. 5. Proposta: regras de inutilização para o depoimento em fase preliminar. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Em meio ao panorama atual da política criminal e das intensas discussões acerca da relativização dos direitos e garantias fundamentais, especialmente no campo do sistema criminal, o presente trabalho se ocupa em verificar técnicas eficazes para concretizar os princípios políticos processuais que incrementem o caráter democrático do modelo processual penal brasileiro e reduzam os danos que uma tradição autoritária da América Latina ajudou a cunhar. Para isso, na matéria processual penal a prova e suas implicações políticas acabam repercutindo no teor autoritário ou democrático do processo, ao passo que a política de gestão da prova e a forma de sua produção passam a ser de suma importância na hora de valorar se um determinado sistema processual penal está mais ou menos próximo do ideal democrático de uma efetiva participação e influência das partes na decisão do julgador.

A produção das provas pelas partes na esfera penal deverá respeitar a formação em contraditório judicial, contudo, o que se percebe é que o contraditório é visto de forma simplória e a serviço de uma legitimação do procedimento penal "a qualquer custo", perdendo assim a sua aptidão de regulação das expectativas e evidências advindas da investigação preliminar.

Parte-se, portanto, da premissa de que no direito processual penal brasileiro a matriz cultural possui um cunho inquisitorial, que somado à apologia ao punitivismo exacerbado, fazem com que o acusado se torne mero objeto para se chegar à determinada verdade perseguida. Assim, certos magistrados tendem a se infectar com esse determinado *impulso inquisitivo* e ir atrás de provas para complementar seu "livre convencimento".

Essa contínua busca exacerbada pela verdade faz com que o contraditório seja sacrificado, principalmente pela falta de dialeticidade na formação das provas, que em sua maioria são produzidas na fase de investigação preliminar por um único órgão (Polícia ou Ministério Público) e, por consequência, na ausência de um verdadeiro contraditório como princípio fundante, ou, ainda, como método democrático para a constituição da prova penal e com a efetiva participação e influência das partes na futura decisão do julgador.

Com isso, a relevância do presente estudo dá-se, fundamentalmente, em função da metástase da relevância da fase preliminar para a convicção judicial, tornando-a verdadeiro epicentro obsceno do processo penal, relegando, assim, o contraditório a mero figurante no processo penal brasileiro.

Tal fenômeno se percebe mais claramente em relação aos depoimentos de testemunhas prestados na fase de investigação, que por razões a serem explicadas no decorrer deste trabalho, acabam lidos ou ratificados na audiência de instrução e julgamento, transformando o contraditório em mero *contraditório ratificador*, o que consiste na transformação da fase judicial em uma teatralização dos elementos colhidos na fase anterior.

Com efeito, para abordar de forma sistemática esses temas, dividiu-se o trabalho em três partes. Primeiramente, no primeiro tópico, analisar-se-á o peso da mentalidade inquisitória dentro da fase de investigação brasileira, especialmente no que tange às funções dessa fase, na qual a legislação ainda é praticamente a do código de 1941, inspirada no fascismo italiano. Após, far-se-á uma explanação dos constritores que operam para a preservação do depoimento da fase preliminar, com uma breve passagem do histórico legislativo do art. 155 do CPP, e da construção do "livre convencimento" no ordenamento pátrio.

No segundo tópico, abordaremos como se dá a obtenção de uma "verdade" autoritária, delimitando o que seria o autoritarismo processual penal, nos

moldes do que Christiano Fragoso e Ricardo Gloeckner discorrem, bem como apresentando um panorama atualizado da construção de uma verdade autoritária no processo penal brasileiro por meio de alguns de seus mitos. Por fim, ainda neste tópico, construir-se-á uma visão crítica do contraditório, que se situe para além da sua definição clássica e seja tratado não como um princípio suscetível de ponderação, mas como uma "técnica de coleta probatória",[1] onde as partes atuem em paridade e possam influenciar na decisão final.

No terceiro e último tópico, traremos a proposta da proibição da leitura vinda do sistema italiano por meio da regra de inutilização (*inutilizzabilità*), considerando-se um limite ao livre convencimento do julgador, que deve excluir de sua convicção fundamentada os fatos incorporados pelas provas produzidas de modo proibido.

2. Situando o problema: leitura de depoimento na fase preliminar

2.1. A função da fase preliminar

Afigura-se inegável que o Código de Processo Penal brasileiro, concebido na década de 1940 e vigente até os dias atuais, contém as características de uma cultura inquisitória e mantém um perfil autoritário, uma vez que foi idealizado no regime ditatorial do Estado Novo e com inspiração no *Codice Rocco* italiano.[2]

1. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 423. v. 1

2. GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal*: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 7. Segundo GLOECKNER, "[...] desde a sede política, a inspiração do Estado Novo tinha os elementos corporativos do Estado italiano nítido espelhamento", mas não apenas em sede política, apesar de algumas diferenças nos procedimentos "ideologicamente, tanto um quanto o outro instituto são infensos a uma concepção liberalizante de processo penal, como pode ser encontrado na exposição de motivos do código brasileiro. A ideologia e alguns institutos centrais do processo são pensados de forma muito similar, garantindo a contiguidade entre os diplomas" (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. O garantismo inquisitório brasileiro: continuidade do discurso autoritário no pensamento processual penal. In: COUTINHO; J. N. M.; PAULA, L. C.; SILVEIRA, M. A. N. (Org.). *Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil*: Diálogo sobre Processo Penal entre Itália e Brasil. Florianópolis: Empório do direito, 2017, pp. 232/238, v. 2). No mesmo sentido GIACOMOLLI entende que a "Essa ideologia fascista estruturou o CPP italiano da década de 1930, refletiu no Brasil e na organização do sistema processual criminal brasileiro. Isso se pode observar na estrutura do CPP, nas modificações posteriores, na doutrina, na jurisprudência e na atuação

O escopo principal deste código era conceder ao Estado uma maior potência repressiva contra os acusados, de modo que a supressão de direitos e garantias tornasse a resposta estatal mais célere e eficiente. Apesar disso, o processo penal foi tratado como acusatório pela doutrina majoritária. Segundo Marques, por exemplo, o novo código não se afastou das tradições legislativas, mantendo o inquérito policial, estabelecendo a instrução processual em contraditório, e separando de vez as funções de acusar e julgar, eliminando quase que por completo o procedimento de ofício do juiz. Contudo, o próprio Marques assevera que o código não deixou de sentir os influxos autoritários do Estado Novo, principalmente em relação às formas procedimentais.[3]

Por meio da ideologia advinda de inspiração no código italiano, juntamente com a tradição autoritária brasileira, algumas características da cultura inquisitória podem ser encontradas no Código de Processo Penal brasileiro de 1941, tendo como principal fator a centralidade do Estado-juiz no processo. Por conseguinte, tem-se na fase de investigação preliminar – caracterizada pela não participação da defesa e sem o consequente contraditório – como principal base para a formação probatória.

Em relação à fase preliminar, atribui-se a ela um conjunto de atividades de investigação realizadas por órgãos do Estado com atribuição legal para esse fim, que se desenvolve a partir da ocorrência de uma infração penal, de caráter prévio e de natureza preparatória ao processo penal, buscando averiguar as circunstâncias que envolveram o fato aparentemente delituoso, indicar o provável autor do delito, e justificar o exercício da ação penal ou o arquivamento.[4]

Importante frisar que apesar de diversas modificações no conteúdo primário do Código, a construção da fase preliminar não foi substancialmente alterada, mantendo em sua (quase) totalidade as suas ideias originais e a mentalidade da época. Com isso, as práticas investigativas hodiernas acabam sendo as mesmas que as adotadas em um regime autoritário de mais de 75 anos atrás.[5]

---

dos sujeitos oficiais" (GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistencia às Reformas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 1, n. 1. Porto Alegre, 2015. p. 147).

3. MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 124/125. v. 1.

4. LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 92.

5. Segundo GIACOMOLLI "[...] a fase preliminar é apenas uma das etapas do percurso do processo penal, sustentado no Brasil, em pleno século XXI, em bases forjadas na década

Isso coloca como a principal peça da investigação preliminar o chamado inquérito policial, elaborado pela Polícia Civil dos estados ou pela Polícia Federal, de acordo com as atribuições definidas pelo art. 144 da Constituição Federal e responsáveis pelas investigações dos crimes mais corriqueiros.

Importante afirmar que o inquérito é espécie do gênero investigação, já que existem outros modelos oficiais,[6] bem como outros órgãos encarregados da instrução preliminar[7], e que a opção legislativa pelo modelo de investigação policial é basicamente fundamentada na extensão territorial brasileira, trazida pela Exposição de Motivos do Código de 1941[8].

---

de quarenta, em uma estrutura de preponderância desequilibradora da incidência da potestade punitiva sobre o *status libertatis*." (GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal*. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 2).

6. Entre as formas de instrução preliminar estão o inquérito policial, comissões parlamentares de inquérito (CPI), procedimento de investigação criminal (PIC), sindicâncias etc.

7. Além do sistema oficial de investigação preliminar com a Polícia Judiciária como titular utilizado no Brasil (sistema policial), existe em outros países o sistema do Juiz Instrutor (sistema judicial) e do Promotor Investigador. Cf. LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 127/169.

8. Em uma análise prática do inquérito policial no direito brasileiro, pode-se "[...] avaliar como as ambivalências da legislação e da tradição, assim como as mudanças introduzidas nos últimos anos nessa área, encontram solução nas práticas adotadas. E o quanto essas mudanças atravessam a fronteira de uma legalidade já por si considerada antiquada, inquisitorial, quando não autoritária, em direção a uma ilegalidade prática, sob a forma de uma 'lógica em uso' justificada pela eficiência. No entanto, essa 'informalidade eficiente' diminui tanto as garantias dos acusados quanto não foi capaz de aumentar a capacidade investigativa da Polícia." (MISSE, Michel. O inquérito policial no Brasil. *DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 3, n. 7 – jan.-fev.-mar., pp. 35/50, 2010, p. 39). Justamente esse o ponto onde a práxis policial encontra-se com esse dispositivo inquisitorial (inquérito policial), funcionando como um legitimador do regime de verdade atuado pela polícia: "Sua zona periférica é constituída pela intersecção do ethos policial com os discursos e práticas investigativas; longe de ser constrangida pela legislação que rege a matéria investigativa, estabelece uma estratégia de gestão de ilegalidades, a qual envolve a tradução da 'verdade' extraída até mesmo pelo uso direto da força – diante da prática de torturas, ainda que em manifestações mais sutis – para um discurso oficial assepticamente 'imparcial' (inclusive assinado por duas testemunhas 'convidadas')" (SAMPAIO, André Rocha. Profanando o dispositivo "inquérito policial" e seu ritual de produção de verdades. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 134, p. 351-383, 2017, p. 364).

Um exemplo dessa mentalidade autoritária é o fato de se colocar como única finalidade da investigação preliminar a visão reducionista da possibilidade de o titular da ação penal entrar ou não em juízo. Não obstante, essa fase é mais complexa, ao passo que Lopes Jr. e Gloeckner[9] entendem existir três finalidades para a investigação: (a) busca do fato oculto (indícios de autoria e materialidade do fato); (b) evitar acusações infundadas (filtro processual); e (c) função simbólica.

A primeira e a mais conhecida finalidade da investigação preliminar é a de provar a existência do delito penal e o provável autor da infração (busca do fato oculto). Nessa fase, portanto, o juízo que se deve fazer é o de probabilidade, ou seja, deve-se manter uma limitação cognitiva no que tange aos fatos colhidos, não se incumbindo de apurar de forma plena quem foi o autor do delito, mas indicando quem pode(m) ser o(s) autor(es) do delito. As provas que têm o escopo de levar um juízo de cognição plena devem ser produzidas pelas partes em juízo, perante o julgador e em contraditório.

Além da busca do fato oculto e da viabilidade do início do processo, a investigação preliminar também tem como finalidade impedir que algum inocente entre em um processo penal de forma injusta. Essa função de *filtro processual*, inclusive, deveria ser a tarefa primordial da investigação preliminar, já que o processo penal é uma pena em si[10], pois impele sofrimento ao acusado e o estigmatiza jurídica e socialmente por um longo período de sua vida. Essa função tem como escopo que a investigação preliminar não só deva excluir as provas inúteis, como devam servir de filtro processual, evitando que acusações infundadas prosperem.[11]

No mesmo sentido, Giacomolli aponta que a fase preliminar do processo possui duas finalidades contrapostas: de um lado, procura-se o fornecimento de elementos fáticos suficientes para uma pretensão acusatória (elementos de autoria e

9. LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 101/113.

10. Para CARNELUTTI "[...] o processo por si mesmo é uma tortura" e acrescenta que "o homem, quando é suspeito de um delito, é jogado às feras [...]. Logo que surge o suspeito, o acusado, a sua família, a sua casa, o seu trabalho são inquiridos, investigados, despido na presença de todos. O indivíduo, assim, é feito em pedaços." (CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. 3. ed. Leme: EDIJUR, 2015. p. 48/49).

11. Nesse sentido Cf. ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. p. 326, CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Bogotá: Temis, 2000. p. 212, t. II. MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 167-168, v. 1.

materialidade); do outro lado, constitui-se em um filtro importante às acusações sem fundamentos, temerárias e afastadas de qualquer elemento razoável de que foi tal sujeito o autor da infração criminal.[12]

Em relação à terceira finalidade, entende-se que a investigação preliminar atende a um fim de contribuir para uma restauração da tranquilidade social abalada pelo crime. Porém, deve-se tomar cuidado com essa função simbólica da investigação preliminar, pois ela pode ser utilizada como uma forma de sedar os desejos da opinião pública (ou publicada), preenchendo as lacunas das expectativas sociais e transformando, por exemplo, uma medida cautelar pessoal em uma pena antecipada.[13]

No Brasil, contudo, a herança de uma forte cultura inquisitória coloca a investigação como o centro da produção probatória, permitindo que o Ministério Público pouco acrescente em juízo ao que foi produzido no inquérito, fazendo com que apenas haja uma ratificação judicial (ilegal) e transformando o processo em apêndice da investigação.[14]

2.2. Constritores que operam para a preservação do depoimento da fase preliminar

Desde uma perspectiva puramente ideal, o sistema bifásico brasileiro não deveria afetar em absoluto a estruturação de seu modelo processual penal com base no paradigma acusatório, todavia é a ruptura com a idealidade que propicia a irrupção de toda a problemática ora retratada.

Tomemos como chave para nossa abordagem a conformação do artigo 155 do Código de Processo Penal brasileiro. A matéria atualmente regida pelo artigo 155 do Código de Processo Penal era, antes da reforma processual de 2008, tratada pelo artigo 157. A redação original do artigo 155, tal qual era possível encontrar

12. GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal*. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. pp. 50/51.

13. LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.106-107.

14. CHOUKR, Fauzi Hassan. Inquérito policial: novas tendências e práticas. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 84, novembro, 1999. Segundo GIACOMOLLI "[...] a frágil regulamentação da metodologia da busca de informações na fase preliminar do processo penal, aliada à utilização de métodos, meios e fontes próprios da fase judicial aumenta a valoração probante dessa etapa (derivação à história inquisitorial) no julgamento." (GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal*. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.12).

até a reforma legislativa de 2008, trazia matéria diversa. A norma hoje encontrada no texto do artigo 155 situava-se no antigo artigo 157, que dizia que "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova." O texto era explícito no sentido de atribuir ao juiz poder absoluto para a utilização e apreciação de elementos como prova penal, sem trazer consigo quaisquer limitações ou definições acerca do que seria "prova penal".

Com o advento da nova Carta Constitucional, houve a necessidade de uma "adequação" de um código organizado a partir do paradigma inquisitório para o novo regime que se buscava instaurar, eis que surge o Projeto de Lei 4.205, de 2001. Foi montada uma comissão pelo Ministério da Justiça, que apresentou, então, o Anteprojeto da Reforma, dando início aos trâmites político-legislativos.

Diversas eram as matérias que seriam o objeto da possível modificação. Entre elas o próprio regime da prova. O projeto trazia a seguinte redação original, não mais no artigo 157, mas já no art. 155 do CPP: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas."

Sua exposição de motivos trazia como fundamento o contraditório e ampla defesa assegurados pela Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, inciso LV), que, na interpretação da comissão, assegura às partes efetiva participação no processo de produção de provas para a decisão.

A pergunta que nos norteia neste tópico é: por que a redação proposta pela comissão formada por cientistas do fenômeno processual penal, completamente adequada a valores insculpidos na Carta Magna, não é a redação que hoje se encontra no artigo 155 do nosso Código?

A primeira tentativa de introjeção de um investimento inquisitorial no dispositivo em análise se deu em 12 de março de 2002, quando o então Deputado Luiz Antônio Fleury Filho subscreve parecer sugerindo uma modificação à redação do artigo 155 constante no projeto original. O parecer propõe, então, a seguinte redação: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova, inclusive elementos colhidos na fase de investigação."

A proposta de redação rompia com a modernidade e eficácia (democrática) que o projeto visava em sua redação original. Tratava-se de verdadeira "carta branca" para que o juiz pudesse se valer indiscriminadamente de provas ou elementos de informação colhidos inquisitorialmente para formar sua convicção, em suma, absolutamente nenhuma mudança no que tange à redação do antigo artigo 157. Aliás, se partirmos do pressuposto de que a jurisprudência, à época,

já melindrava os efeitos do artigo 157, entendendo que os elementos informativos não podiam, sozinhos, embasar uma condenação, a redação proposta trazia verdadeiro retrocesso, visto que o advérbio "inclusive" reforçava a relevância dos atos de investigação e, por conseguinte, o autoritarismo do sistema processual penal brasileiro.

As razões invocadas são emblemáticas. Os dois primeiros argumentos se confundem. Quando o deputado afirma uma suposta ingerência no livre convencimento do juiz ele está ao mesmo tempo defendendo (e contribuindo para) a tradição (inquisitorial) brasileira para o uso desmedido dos atos do inquérito policial, por mais que pareçam ser coisas distintas. Todavia o significante "livre" da locução agregada à convicção judicial já se deteriorou semanticamente, valendo-se, hoje, mais como um verdadeiro *slogan*, frequentemente repetido, mas de precisão nula.[15]

Há uma dimensão despótica colada ao princípio do livre convencimento que possui o condão de torna-lo "*una vorace potenza superlogica, che trae il proprio alimento da tutto ciò che anche per un solo istante sia comparso sulla scena del processo*".[16] Sua defesa se alterna entre razões ingênuas, de quem crê na possibilidade de controle da convicção do julgador, e ardilosas, os que sabem o *mise em scène* que ele representa, do jeito que é tratado.

Clamar pela liberdade – ainda que a da convicção judicial – se torna, então, o (falso) argumento fatal para angariar acólitos para o debate. Ninguém ousa se situar alheio à luta pela liberdade, nem que seja uma liberdade que, em extrema análise, possa levar à opressão. Aliada a elementos de defesa social, percebemos que:

> *"Il principio del libero convincimento del giudice, da típico contrassegno del processo accusatorio, s'è tramutato in un equivalente della massima che postula un potere tendenzialmente illimitato del giudice nell'accertamento del fato e secondo la quale nessun prezo è troppo alto, quando lo scopo è la ricerca della "verità materiale" e la repressione della criminalità."*[17]

---

15. NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 15.

16. "Uma voraz potência superlógica, que trai o próprio alimento de tudo aquilo que ainda que por um só instante tenha aparecido sobre a cena do processo" (Tradução livre) (CORDERO, Franco. *Ideologie del processo penale*. Milano: Giuffrè, 1966. p. 229-230).

17. "O princípio do livre convencimento do juiz, característica própria do processo acusatório, modificou-se a um equivalente da máxima que postula um poder tendencialmente

Se traçarmos uma curva conectando os pontos aqui dispostos, perceberemos que a liberdade judicial aclamada só pode se tratar de significante que opere de forma homóloga à "brecha", ou seja, a frestas em determinada organização epistêmica no intuito de corromper sua ordem, ou, em outras palavras, seu paradigma organizacional.

Entretanto, a proposta do deputado não fora aprovada. Em votação em plenário realizada no dia 17 de maio de 2007, foi rejeitado o uso desmedido dos atos de investigação, mas não vedando sua utilização, desde que não exclusivamente; trocava-se de advérbios, mas pouco de sentido.

Surge, então, a tentativa de controle da maneira como o juiz deve gerir em sua convicção, em sua mente, por conseguinte, as provas e elementos de informação da fase preliminar. O "exclusivamente" ao invés do "inclusive" traz a ilusão da graduação controlada, a ilusão de que o novo advérbio seria capaz de represar o que o outro não seria, ou seja, de impedir o uso desmedido dos atos de investigação.

Após tentativa frustrada de uma nova modificação proposta pela Associação Nacional dos Procuradores da República e rejeitada pela Câmara dos Deputados,[18] o Projeto de Lei reformulado retornara ao Senado Federal, dessa vez devidamente aprovado. Quando o Projeto de Lei fora submetido à apreciação final da Casa de Origem, o novo relator, Deputado Valtenir Pereira, houve por bem acatar substitutivo apresentado na forma de emenda de Plenário, de autoria dos Deputados João Campos, Carlos Sampaio, Vinícius Carvalho, Laerte Bessa, Marcelo Itagiba, Flávio Dino e José Eduardo Cardozo.

Entre as alterações pretendidas se encontrava a vedação da fundamentação da decisão judicial exclusivamente nos elementos colhidos na fase de investigação

ilimitado do juiz no acertamento do fato e segundo a qual nenhum preço é alto demais, quando o objetivo é a busca da 'verdade material' e a repressão da criminalidade" (Tradução livre) (NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 22).

18. Em julho de 2007, a Associação Nacional dos Procuradores da República, com apoio do Deputado Flávio Dino, propusera a seguinte modificação à redação do artigo 155 através de Emenda Modificativa: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas, e aquelas submetidas a posterior contraditório". Tratava-se de mais uma tentativa de livre utilização dos atos de investigação, dessa vez escudada pelo mito do "contraditório diferido", quando este só pode ser considerado um arremedo de contraditório, um esboço, um contraditório no sentido débil da palavra, como veremos mais adiante.

criminal. O parecer final exaltava as garantias de um sistema acusatório e afirmava que "temos agora, portanto, oportunidade de ouro para romper com nossa cultura jurídica de raiz inquisitiva, tornando clara a opção pelo modelo acusatório puro."

Entendeu o relator que a mudança de mentalidade implicava em "radicalizar a redação de alguns dispositivos da presente proposição, de modo a não deixar qualquer margem para uma interpretação salvacionista de cunho inquisitivo". Assim, pugnava ele, sedimentado no princípio constitucional do contraditório, pela supressão do termo "exclusivamente", entendendo que já era exceção suficiente ao contraditório a possibilidade de se valer de provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas, mas que até mesmo essas deveriam ser submetidas a um contraditório diferido.

A proposta do deputado fora aceita e o Projeto fora aprovado com a Emenda 2 da Comissão, no sentido de retirar o termo "exclusivamente" do artigo 155, no mesmo sentido da Emenda 1 do Senado, sob o argumento de que as informações colhidas na investigação não são provas produzidas de acordo com o contraditório, não devendo sequer serem levadas em consideração pelo juiz criminal.

Porém, ao retornar à Comissão da Câmara dos Deputados, esta entendeu pelo não acolhimento da modificação. A justificativa foi a de que, em virtude da necessidade de fundamentação das decisões, imposta pela Constituição Federal, o julgador só se valeria dos elementos de informação da fase investigativa de forma razoável, visto que deveria explicitar os motivos que o levaram a fazê-lo. Ademais, entendeu a Comissão que o próprio inquérito policial não seguia mais "o antigo paradigma de investigação inquisitória, havendo, atualmente, observância às garantias do acusado no que tange à ampla defesa, sendo, inclusive, assegurado o acesso do advogado aos autos do inquérito."

No dia 14 de maio de 2008, o projeto fora votado em plenário, momento no qual o livre convencimento fora consagrado, com a redação atual, apenas excluindo a fundamentação exclusiva em atos de investigação.

A convicção humana não pode ser controlada. Sua natureza a situa em zona de absoluta imunidade a todo tipo de contenção normativa. E a convicção judicial, é suscetível de algum nível de controle? Descolar o humano do juiz é tarefa de cunho cartesiano que faz fronteira com a inutilidade e a teratologia. Se partirmos do pressuposto de que o juiz surge no momento de um exercício de um poder, qual seja o jurisdicional, que lhe foi atribuído pela via do Estado, nosso questionamento adquire alguma valia.

A lógica que subjaz essa tentativa de modulação é ínsita a um sistema de prova legal (tarifada), no qual o próprio legislador valora antecipadamente a prova,

mas vem aqui empregada à íntima convicção, para atribuir-lhe algum mecanismo de contenção. Tais aspectos passaram despercebidos pelo legislador e no dia 09 de junho de 2008, o Projeto se transformara na Lei Ordinária 11.690/2008.

Não obstante, o que se percebe na praxe forense é a torção da exegese do artigo 155 para permitir uma verdadeira subversão no que tange aos valores acusatórios ansiados pela reforma de 2008. De forma mais direta, a permissão da utilização subsidiária dos elementos informativos da fase investigativa na sentença instituiu mais do que uma já inconveniente paridade de valência com a prova produzida em contraditório judicial, erigiu-os ao epicentro da reconstrução histórica do *factum probandum*, propiciando a degeneração de valores democráticos que fundavam a aludida reforma em uma verdade obtida sob a chaga do autoritarismo.

3. Consequências: obtenção de uma "verdade" autoritária

3.1. Delimitando o elemento "autoritarismo"

Já faz parte do senso comum acadêmico, na criminologia, a afirmação de que nós possuímos uma política criminal autoritária. Também é muito comum encontrarmos autores de processo penal que descrevem nosso modelo como inquisitório/autoritário, mas o que seria tal autoritarismo? Destarte, entendemos ser fundamental deslindarmos tal categoria ora utilizada, sob pena de torná-la um significante vazio, manejado arbitrariamente para preencher eventuais vácuos de conteúdo.

Obviamente que não desconsideramos a utilização prosaica do termo em questão, porém, sobretudo por se tratar de um ensaio de cariz científico e da versatilidade prenhe em seu uso, precisamos provocar a irrupção de certo tracejar que delimite a região semântica na qual trabalharemos. Desse modo iremos nos valer do posicionamento de Christian Falk Fragoso e Ricardo Gloeckner, acompanhados de uma breve digressão na teoria dos microfascismos de Deleuze e Guattari.

Em sua obra "Autoritarismo e sistema penal", Fragoso articula várias acepções do termo "autoritarismo", revelando sua presença simultânea em diversos espaços, tais quais o da ciência política, da filosofia e da psicologia social, todos se entrelaçando de maneiras distintas. Imputa, ainda, ao termo quatro vertentes, quais sejam: a) como abuso na constituição ou no exercício do poder; b) como regime político; c) como ideologia política; d) como mentalidade autoritária. [19]

19. FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 48.

Afirma o autor que se trata de âmbitos que se comunicam de forma dinâmica, e se retroalimentam, sendo assim necessária a consideração de todos os quatro contextos apresentados para uma compreensão mais global do fenômeno.[20]

Tratar o autoritarismo como mero abuso de autoridade

> "[...] impediria que pudesse descortinar o autoritarismo em hipótese em que a autoridade é exercida de acordo com os padrões normativamente permitidos. Seria, portando, impossível verificar o autoritarismo intrínseco a uma determinada disposição legal; o mero fato de uma lei ter obedecido ao regular trâmite do processo legislativo e de o juiz se limitar a aplicá-la seria suficiente para ser impossível, ausente a compreensão que apenas os demais contextos propiciam, opor-lhe a pecha de autoritarismo. [...]"

Como também aduz o autor que o simples fato de determinado sistema político se apresentar como um "regime democrático" não o imuniza dos fluxos autoritários, visto que:

> "É unânime a opinião de que ideologias autoritárias e autoritarismos psicológico-sociais estão presentes mesmo em regimes políticos não-autoritários; e, evidentemente, regimes altamente autoritários não impedem permanentemente o florescimento de ideologias democráticas, muito menos de pessoas desprovidas de propensões autoritárias."[21]

Tal visão pode ser complementada com a de Rui Cunha MARTINS, para quem a simples performação de um suposto Estado de direito não seria suficiente para conter pulsões autoritárias presentes em determinada cultura. Afirma o autor português que:

> "O Estado de direito é um mecanismo de forte ductilidade. É-o em virtude das suas próprias condições de gestação e do caráter compromissório que lhe marca o desempenho. Aí residirá uma das suas maiores limitações; possivelmente; se bem que, por outro lado, trata-se de uma característica funcional de inestimável valor. A ductilidade é a propriedade que representa o grau de deformação que um material suporta até o momento da sua fratura."[22]

20. FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p.109.
21. FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 65.
22. MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados*: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 9/10.

Em outras palavras, o Estado de Direito precisa ser dúctil para resistir a determinado grau de influxo autoritário sem se evanescer, o que, paradoxalmente, permite que em seu seio se implantem pletoras autoritárias operando lícita ou ilicitamente. É justamente por estas frestas que o sistema opera desde baixo, através de microfascismos que, respeitando determinada conformação ainda que aparentemente democrática, articulam operadores autoritários nas franjas sistêmicas.

Por "fascismo", depreende-se o "momento complexo, que hesitamos em qualificar de interiorização, em que o desejo encontra no próprio seio da derrota o recurso atroz de voltar o Estado contra si mesmo, fazendo 'passar através dele o fluxo de guerra absoluta'".[23] Ao investir em uma maior "liberdade" judicial no processo de instrução criminal o que se estar a fazer, em última análise, é necrosar certa tessitura democrática para que esta se flexibilize à passagem de fluxos desejantes de quaisquer matizes, ainda que autoritárias.

Antes que incorramos na tentação de manejar o significante "democracia" como adestrador de mazelas insistentes em um Estado de Direito, Fragoso alerta que, na prática, nenhum regime democrático conseguiu efetivar todos os valores de uma democracia substancial, e tampouco se pode precisar quais e quantas regras um regime precisa de fato observar para ser nela enquadrado. Arremata o autor afirmando que, em que pese regimes tidos como democráticos não poderem eles mesmos se furtarem do uso de poderes coercitivos, a "diferença está na combinação, nos limites aos quais os instrumentos estão sujeitos, e, em um ponto importante, à extensão à qual o Estado reserva a si o uso exclusivo do poder condicionante".[24]

Gloeckner, em sua obra "Autoritarismo e processo penal", articula, de maneira singular, diversos referenciais que sob diversos prismas trabalham o autoritarismo em suas mais variadas manifestações ou correlações. Ao cabo o autor vai demonstrar que crer que a própria Constituição Federal possa represar a maré autoritária é visão ingênua, visto que "encontramo-nos diante de verdadeiras 'metástases do discurso processual penal autoritário', regidas por um saber culturalmente inquisitorial e por uma concepção instrumental do processo, subordinando-o à esfera política do poder punitivo".[25]

23. DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Felix. *Mil platôs*: capitalismo e esquizofrenia. 2. Ed. São Paulo: Editora 34, 2012, p. 49. v. 3.

24. FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 82.

25. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018. p. 77.

Nessa senda, a própria democracia resta condenada a controlar pelo excesso o próprio excesso que deveria ser desde início controlado, ou, em outras palavras, ela se entrelaça a certo grau de ingovernabilidade que *per si* justifica a necessidade de um controle,[26] ou ainda, em última análise, ela se encurrala em um paradoxo que se traduz pelo fato de precisar ser tão flexível, maleável, tão dúctil, que passa a ser potencialmente colonizada por dispositivos autoritários, do contrário não seria democracia.

3.2. A verdade exsurgida

Há todo um debate de intensa densidade acerca da questão da verdade no processo penal. Trata-se de problemática tão complexa que seria leviano de nossa parte revisitá-la no espaço estreito do presente ensaio; todavia, para que possamos concretar devidamente os alicerces da tese defendida, é necessário uma breve digressão – conscientes dos riscos em apenas pincelar tema tão complexo – antes de avançarmos ao ato final.

Por mais variados que sejam os posicionamentos em torno da verdade no processo penal, parece-nos, grosso modo, ser possível organizá-los em dois polos principais, os defensores de uma verdade idealizada, que poderia, em tese, ser alcançada como correspondência com o real, bastando para isso o emprego de metodologia adequada, e os que defendem uma verdade reconstruída, que por óbvio não está relacionada com o falso, mas com um processo complexo de produção de informação a partir de determinadas técnicas presentes no jogo processual, redundando na produção de certa verossimilhança com o *lost fact*.[27]

Para que possamos prosseguir é necessário estabelecermos certa zona de consenso entre as variações acima ventiladas: independentemente de uma verdade por correspondência ou reconstruída, não é possível negar que o julgar penal contemporâneo seja refém da produção de certo conhecimento (que corresponde ou que replica o "real"), muito particular, submisso a um determinado regime de verdade que permite que possua um modo de se manifestar diverso de outros

26. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018. p. 88.

27. Para mais detalhes cf. KHALED JR., Salah. *Ambição de verdade no processo penal*: desconstrução hermenêutica do mito da verdade real. Salvador: JusPodivm, 2009. Do mesmo autor: *A busca da verdade no processo penal*: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Ed. Atlas, 2013.

âmbitos da vida, como a religião, as chamadas ciências "duras" e até mesmo a vida prosaica, compartilhando, porém, com as demais algo imprescindível para que possa ser categorizado como tal: um método.

Método este similar ao de alguns campos, como a história, e absolutamente diverso de outros, como a religião. Aliás, uma breve incursão à própria história do processo penal nos permite ver a metamorfose que sua verdade se submeteu ao longo dos séculos, abandonando sistemas como o ordálico e aderindo ao da prova, a qual seria, em tese, a pedra de toque do sistema atual.

Aqui chegamos ao nó górdio de nosso ensaio. Precisamos desvelar adequadamente as armadilhas que se escondem nas frestas do chamado "sistema da persuasão racional" ou do "livre convencimento motivado" para que possamos destacar os perigos da permissão legal da leitura dos depoimentos testemunhas em audiência, ao menos sob a ótica de um processo penal democrático.

Nosso sistema de busca/reconstrução da verdade se propugna a se pautar por provas, não coincidentemente o mesmo critério utilizado pela ciência para atestar a credibilidade de suas afirmações. Dado o *status* que a ciência obteve na modernidade, talvez se trate de uma forma de legitimação social, mas extrapola os limites do presente ensaio especulações deste jaez.

Não obstante, quando nos referimos à verdade científica não precisamos ir a fundo para perceber que suas provas não são submetidas ao crivo de um avaliador, ou de um colegiado restrito, mas de toda a comunidade científica. Aliás, indo além, as próprias provas não precisam ser produzidas por apenas duas pessoas em uma contenda, mas por absolutamente qualquer um. Trata-se de uma sociedade aberta de proponentes e de avaliadores, que, em última análise, legitima pelo consenso.

Já no campo do processo penal, ao atravessarmos a epiderme de seu constructo teórico logo percebemos que seu "jogo" é muito mais restrito: só acusação, defesa e juiz podem produzir a prova, e é justamente este último que avaliza a verdade. Eis que nossa narrativa se entrecruza com um ponto em aberto alhures: precisamos depurar o que categorizamos por verdade obtida democraticamente e autoritariamente.

Precisamos, para tal, ousar traçar os contornos que separam a atividade probatória democrática da autoritária. Não queremos com isso incorrer no binarismo autoritário/não-autoritário, afeto a esquemas da teoria dos sistemas, mas sim trabalhar com padrões de intensidade e frequência.

Para assim o fazermos, precisamos sedimentar suas extremidades, logo, mantendo fidelidade ao conceito de autoritarismo que aderimos e levando em

consideração as particularidades do modelo processual penal brasileiro, precisamos estruturar o contraditório como método, e não como princípio.[28]

FERRUA, ao afirmar a inexorável necessidade de um método a ser aplicado em busca da verdade produzida no seio do processo penal, afirma não haver método perfeito, apenas aqueles que podem assegurar um "*esito 'giusto'*".[29] Destarte, prossegue o referido autor apresentando o contraditório não como princípio, mas como método;[30] não só, mas o único método compatível com modelo de processo penal que seja organizado desde uma matriz democrática.

O que se depreende, em última análise, do nosso modelo é que, mesmo havendo abertura para que as partes participem da atividade probatória, a conformação de seus elementos faz com que tal participação opere muito mais em um viés legitimador do que efetivo, e este problema se evidencia sobremaneira, porém não exclusivamente, por conduto do depoimento testemunhal.

Postas as peças no tabuleiro, podemos então articulá-las para fazer exsurgir a tese ora defendida. Temos um modelo bifásico, no qual a primeira fase deveria ter como função propiciar os fundamentos ao processo ou não-processo e, após as modificações aos projetos originais de reforma do Código, servir de complemento ao juiz no caso de não conseguir todas as informações necessárias para decidir na fase processual.

Assim, em tese, sendo a prova – obtida em contraditório judicial, senão nem prova seria – dotada de maior peso epistêmico do que os elementos de informação, em havendo divergências entre ambas, dever-se-ia primar pela primeira em detrimento da segunda; por uma questão de raciocínio lógico, não de imperativo legal explícito.

No entanto é justamente a ausência de uma regra que impeça o juiz de sobrevalorar o elemento de informação, que fortalece o aspecto autoritário na produção de tal ato. Expliquemos: diferente de outros modelos processuais, como o italiano, no qual o juiz, em caso de divergência entre depoimentos da mesma testemunha, sendo um da fase preliminar e o outro da judicial, encontra-se em um dilema – ou escolhe o da fase judicial ou nenhum dos dois, visto estar

28. No mesmo sentido cf. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018. Para FERRUA o contraditório é regra, e não princípio, FERRUA, Paolo. *Il 'giusto processo'*. 3. ed. Bologna: Zanichelli. 2012. p. 111.

29. FERRUA, Paolo. *Il 'giusto processo'*. 3. ed. Bologna: Zanichelli. 2012. p. 49.

30. FERRUA, Paolo. *Il 'giusto processo'*. 3. ed. Bologna: Zanichelli. 2012. p. 129.

taxativamente proibido de se valer do depoimento preliminar – o juiz brasileiro se depara com um trilema: optar entre o depoimento judicial, o da fase investigativa, ou nenhum dos dois. Trilema este que tende a pender pela corriqueira opção pelo depoimento extraído na fase investigativa, e é aqui onde operam os constritores epistêmicos.

Chamamos por constritores epistêmicos todos os artifícios linguísticos utilizados com o escopo de preservar a versão presente na fase preliminar na sentença judicial. Tais artifícios, por sua vez, comumente se consolidam em estruturas homólogas a de mitos, o que, sob certa perspectiva, os imuniza dos efeitos do contraditório, pois ganham *status* de *index sui*.

Primeiramente, devemos destacar o mito da proximidade temporal do primeiro depoimento; o depoimento prestado no calor dos fatos tem, na vulgata, maior credibilidade do que sua repetição em juízo, quando afirma não lembrar mais do que disse. Aliás, tal afirmativa tem sido, na praxe forense, a linha de invasão da inquisitoriedade; basta o proferimento do "*não me lembro*" para que seu depoimento na fase policial seja lido ou até mesmo entregue a ele para que possa "ratificar" o que fora dito.

Nessa senda, os atos do inquérito adquirem a carga epistemológica de crença, interpenetrando na própria convicção judicial. Por mais que se expecte que eventual contágio epistemológico possa ser diluído ao longo de processo probatório, linearmente instruído, até o momento da decisão, isto não se verifica. A crença rasga a convicção de um lado a outro, ou seja, "a convicção é sempre um palco de manifestação dos circuitos crentes".[31]

Toda convicção é uma tentativa de aquisição de confiança, da adesão que a legitimará e é justamente a crença que opera esse desejo.

> "A crença institui o real no qual ela crê. (...) Ela salta diretamente para o acto, prescindindo da construção cognitiva do objeto, motivo pelo qual a crença no real não é uma ilusão mas é alucinatória: nós cremos no mundo e no eu sem esperar justificação nem confirmação, a aparente auto-suficiência da sua realidade dispensa verificação."[32]

Nesse cenário, crer, como o faz o sistema político, que um "contraditório diferido" (leia-se, contraditório em sentido débil ou quase-contraditório) e a garantia da motivação das decisões judiciais serviriam de constritores democráticos

31. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 40.
32. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 43.

para a circulação desse tipo de poder é de uma ingenuidade que beira a sandice. O que se percebe, ao cabo, é o surgimento de um processo penal acusatório em sentido fraco – o que, como expusemos, traz em seu seio a essência de um verdadeiro inquisitório – bastante funcional para um Estado (quase) Democrático de Direito.

Com efeito, o juiz que entra em contato com as informações colhidas ainda na fase de inquérito policial, atravessado por forças que constituem mitos como o da proximidade temporal ao fato e da presunção de legitimidade da polícia judiciária, aderirá – "adesão" aqui entendida como efeito de transbordamento resultado de traços de crença tomados em seu conjunto[33] – aos elementos de informação colhidos como hipótese primária, buscando, destarte, superestimar as provas (em contraditório judicial, portanto) que confirmem sua hipótese (1) e colher seletivamente as informações, consonantes ou dissonantes, que possam melhor consolidar – por coincidência ou facilidade de refutação, respectivamente – a hipótese previamente eleita (2).

A seletividade operada se dá de modo subliminar, não intencional, manifestando-se por meio de tentativas de escapar de nova exposição que aumente a magnitude da dissonância, de interpretações/percepções errôneas (direcionadas) do material ou qualquer outra técnica que evite a exposição do sujeito ao desconforto de uma maior dissonância cognitiva.[34]

Diante da situação descrita, poder ler o depoimento prestado em fase policial – eivado da crença da verdade pela proximidade temporal do fato e confiança na agência policial ou ouvir alguém o lendo para si – fornece o conforto e segurança psicológicos para que ela possa dar por confirmado o dito, ainda que nem tudo ou muito pouca do que conste do depoimento seja o que de fato a testemunha se recorda de ter dito.[35]

O artifício linguístico que importa do Direito Administrativo os elementos para fundamentar a utilização de atos de investigação opera, muitas vezes, como

33. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 43.

34. Para mais informações cf. FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 125.

35. No mesmo sentido Cordero afirma que "[...] *una misura del genere, necessaria nel sistema atuale (nel quale le deposizioni raccolte dall'istruttore sono valutabili ai fini del decidere), non s'inquadra nella logica del processo del quale si ragiona; in sede pratica vi è poi il rischio di stimolare nel testimonio una cieca fedeltà alle prime dichiarazioni, vere o false che siano*" (CORDERO, Franco. *Ideologie del processo penale*. Milano: Giuffrè, 1966, pp. 180/181).

mero mecanismo de legitimação, visto que o que subjaz essa lógica situa-se no mito da proximidade temporal do inquérito policial em relação ao fato, corroborada pela mitigada (ou nula, na maioria das vezes) participação defensiva, que impende a crença na ausência de versões "industriadas".

Não podemos negar que o inquérito policial seja composto por atos administrativos, todavia, não se pode jamais comparar tais atos com regulamentos administrativos em geral. A presunção de legitimidade e veracidade destes atos se relaciona intimamente à necessidade de celeridade e segurança das atividades do Poder Público. "Já a presunção de veracidade, inerente à de legitimidade, refere-se aos fatos alegados e afirmados pela Administração para a prática do ato, os quais são tidos e havidos como verdadeiros até prova em contrário."[36]

Tratam-se de necessidades de velocidades diferentes: uma, a inerente ao exercício das atividades públicas desencadeadas pelo Poder Executivo, que não pode desperdiçar tempo para análises morosas acerca da legitimidade/veracidade do ato por ele executado antes de sua implementação – assim, em havendo qualquer dúvida acerca de tais elementos, a discussão se dará após sua prática. A segunda velocidade, todavia, relaciona-se com o Poder Judiciário e sua duração razoável, que, longe de ser apenas celeridade, está vinculada à necessidade de se dispor do tempo que for necessário para evitar o risco maior a ser cometido pelo Poder Público: punir o inocente.

Somemos a isso a presunção de veracidade que gozam as peças de informação, afinal, produzidas por funcionários públicos, diz o discurso legitimador. A presunção é apanágio da evidência. Presumir corretas as diligências por terem natureza administrativa é gerar expectativas que fundem presunção e normalidade. Acrescentemos uma eventual orientação pela opinião pública e a evidência é consequência inelutável.

Essa orientação implica em uma aceitação implícita de que o inquérito policial produz essa mesma opinião pública, o que se torna grave diante do império nesta de um senso comum. A consequência será a orientação por seus valores, quais sejam, a "rapidez" das investigações e a "verdade" (transparência), "junção que, quando compulsiva, costuma chamar-se "evidência".[37] Com efeito, o inquérito policial se rende a uma "ditadura da normalidade".[38]

36. MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2014. pp. 174/175.
37. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 75/76.
38. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 54.

Orientar-se pelo senso comum, por sua vez, implica em sustentar uma consciência difusa, aquém da prova (ou dos atos de investigação, melhor dizendo), em uma disposição de resistência a tudo o que parece contra intuitivo, em se expressar em práticas comuns e, por fim, em estimular estéticas de inquietude e aparente acolhimento do múltiplo. São então geridas expectativas normativas traduzidas por uma "vontade de preenchimento",[39] que obnubilam qualquer possibilidade de limitação por constritores da evidência.

A verdade erigida dessa dinâmica, em função da total impossibilidade de sua *de*-composição,[40] menos por ser produzida unilateralmente do que pela obscuridade do seu processo de composição, torna-se uma verdade antidemocrática e autoritária. Essa será a verdade pela qual o Poder Judiciário se pautará em suas decisões interlocutórias e sentença, inclusive.

Se se almeja um modelo mais consentâneo com valores democráticos, como esposado acima, é fundamental transformar o trilema judicial em um dilema, em outras palavras, o depoimento testemunhal produzido na fase investigativa deve servir tão somente como controle epistêmico da confiança do depoimento em juízo.

Expliquemos escorados no pensamento de Paolo Ferrua:

> *"L'altra censura la norma-simbolo del processo accusatorio, dichiarando illegittimo l'art. 500, 3º e 4º co., c.p.p.<<nella parte in cui non prevede l'acquisizione nel fascicolo per il dibattimento, se sono state utilizzate per le contestazioni previste dai commi 1 e 2, delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministerio>>. Il risultato è che, quando il teste depone in dibattimento, la dichiarazione già resa al pubblico ministerio o alla polizia giudiziaria resta inutilizzabile solo a patto che egli la riproduca fedelmente; se tace o rende una dichiarazione 'difforme' la precedente, per il tramite della contestazione, è regolarmente acquisita al fascicolo per il dibattimento. Il giudice sarà così chiamato ad effetuare una scelta tra due versioni dei fatti, una segreta, l'altra pubblica, né più né meno come avviene nei sistemi 'misti'. L'esperienza insegna che è quasi sempre la prima a prevalere, perché più vicina alla commissione dei fatti e per i sospetti di intimidazioni o pressioni che gravano sulla seconda".*[41]

39. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 77.

40. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 91.

41. Os outros censuram a norma-símbolo do processo acusatório, declarando o art. 500, 3º e 4º co., CPP "na medida em que não prevê a aquisição no arquivo para o julgamento, se fosse utilizado para as objecções referidas nos números 1 e 2, das demonstrações

Evitando insinuações pautadas em meras conjecturas, Ferrua não se refere a "versões industriadas" pela defesa, mas curiosamente o mito da "proximidade temporal" não passa despercebido, fazendo com que destaque que nosso sistema, do trilema judicial acerca do depoimento testemunhal, está fadado a reiteradamente preterir a prova em detrimento do elemento de informação.

Vamos além. Não se trata apenas de raciocínio lógico, aqui se opera uma verdadeira mentalidade inquisitória, calcada no desamor ao contraditório, que em última análise acredita que a foraclusão do defensor é mais salutar para a obtenção da verdade.

Por óbvio que o problema que aqui tracejamos não se limita apenas à prova testemunhal, mas abrange qualquer prova constituenda com correlato pré-constituído em fase preliminar; todavia, há certa singularidade da prova testemunhal que justifica o recorte momentâneo.

Primeiramente precisamos destacar a relevância de tal meio de prova para a "solução" da chamada criminalidade urbana. Com um número ínfimo de flagrantes e capacidade investigativa profundamente debilitada, a polícia judiciária brasileira se torna refém de confissões e depoimentos testemunhais.

O trato da confissão, por outro lado, demanda uma análise mais ajustada, dada a toda uma organização em torno da necessidade de um "dizer verdadeiro".[42] Assim, resta à prova testemunhal a tarefa de preenchimento das (vastas) lacunas deixadas em aberto no processo epistêmico da instrução criminal.

Destarte, lastreados nos mitos supracitados, a mentalidade autoritária que nos subjaz impende a utilização de certos artifícios para se tentar ao máximo preservar o que fora colhido unilateralmente em segredo para a fase de contraditório judicial. Artifícios estes dos quais destacamos dois principais: a constante

---

feitas anteriormente pela testemunha e contidas no arquivo do ministério público". O resultado é que, quando a testemunha é levada a julgamento, a declaração já dada ao ministério público ou à polícia judiciária permanece inutilizável a não ser que se reproduzir fielmente; se ele calar ou fizer uma declaração 'diferente' da anterior, através da contestação, é regularmente adquirida no arquivo para o julgamento. O juiz será assim chamado a fazer uma escolha entre duas versões dos fatos, uma secreta, a outra pública, nem mais nem menos como acontece nos sistemas "mistos". A experiência mostra que é quase sempre a primeira a prevalecer, porque está mais próximo do cometimento de fatos e das suspeitas de intimidação ou pressão que pesam no segundo. FERRUA, Paolo. *Il 'giusto processo'*. 3. ed. Bologna: Zanichelli. 2012. p. 6.

42. Cf. FOUCAULT, Michel. *Malfazer, dizer verdadeiro*: função da confissão em juízo. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 184.

ameaça de prisão por falso testemunho e, o que nos interessa particularmente, a leitura do depoimento anterior para que a testemunha lá presente precise apenas confirmar.

Trata-se de expediente não expressamente vedado pela legislação processual penal pátria, consequentemente à disposição de magistrados que dele lançam mão corriqueiramente para burlar a participação do contraditório, transportando o epicentro de toda a discussão para a fase anterior, com toda a carência de garantias que lhe é afeta.

Desse modo entendemos que outra não é a saída para a construção de constritores autoritários do que nos valermos de estratégias como o contraditório dinâmico e a instituição de sanção processual bastante conhecida pelos italianos, mas pouco debatida em solo tupiniquim: a *inutilizzabilitá*.

4. O contraditório dinâmico

Na tentativa de democratizar a produção da prova judicial e superar o caráter autoritário do processo penal, transformando o trilema em dilema judicial, é necessário um controle da observância das garantias processuais, especialmente no que tange à afirmação do contraditório nas provas constituendas, para salvaguardar os direitos fundamentais de quem sofre com um processo, ao dar a chance ao acusado de contrapor os argumentos de uma acusação penal, tornando-se imprescindível para a existência de uma estrutura dialética do processo.[43]

A partir dessas questões, para que exista um modelo cognitivo democrático de justiça penal deverá existir além de uma confirmação das hipóteses da acusação por meio de provas, também uma participação de defesa com possibilidade de produção de contraprovas.[44]

43. CARNELUTTI chega a afirmar que "[...] *la loro contraddizione è necessaria al giudice come l'ossigeno nell'aria che respira. Il dubio è un passaggio obbligato sulla via della verità; guai al giudice che non dubita! [...] Non tanto la possibilità quanto la effettività del contradditorio sono una garanzia imprescindible della istruzione. Tanto più vale codesta garanzia quanto più siano equilibrate le forze dei due lottatori*" (CARNELUTTI, Francesco. *Principi del Processo Penale*. Napoli, 1960. p. 139).

44. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 55. Deve-se partir da ideia de que o contraditório é uma garantia política, que deve habitar o cerne do processo penal (BINDER, Alberto M. *Análisis Político Criminal*: bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática. Buenos Aires: Astrea, 2011).

Nesse ponto, o conceito de prova é aquele que a considerará adquirida após proposta, passar pelo crivo do contraditório e houver uma decisão judicial acerca de sua permanência no processo.[45] Concordamos, portanto, com Gloeckner que o contraditório não é um princípio, mas uma "técnica de coleta probatória",[46] e sendo assim, não se admite sua relativização ou postergação na formação da prova.

Nesse sentido, a noção clássica/tradicional de contraditório, utilizada majoritariamente pela doutrina e jurisprudência até os dias atuais, tem auxiliado na legitimação dessas condutas arbitrárias. Essa visão clássica do instituto parte de uma linha teórica do instrumentalismo e da Teoria Geral do Processo e estabelece como elementos do contraditório a necessidade de informação e a possibilidade de reação.[47] Bastaria o dizer e o contradizer das partes para a garantia do contraditório (que se formaria de modo estático), ainda que essas ações não encontrassem ressonância na estrutura procedimental e no conteúdo das decisões, o que permite tão-somente uma participação fictícia e aparente das partes, servindo para atender uma estrutura procedimental monologicamente dirigida à formação unilateral do provimento pelo julgador.[48]

No conceito de contraditório, na visão tradicional (necessidade de informação e possibilidade de reação), constitui *informação* a ciência efetiva de tudo que se

45. GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal*. Considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 30.

46. Nas palavras de GLOECKNER: "O fato de a doutrina processual penal tratar o contraditório como um 'princípio' contribui decisivamente para que as suas funções declaradas se esgotem num universo retórico e simbólico. O contraditório não é princípio, mas 'técnica de coleta probatória'. Portanto, a oralidade consiste em seu núcleo fundamental." (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 423. v. 1.). Nesse sentido, FERRUA: "*Forse sarebbe stato meglio parlare di metodo anziché di principio, proprio per sottolineare la forza epistemica del contraddittorio.*" (FERRUA, Paolo. *Il 'giusto processo'*. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 2012, p. 129). Em sentido similar sobre a formação probatória, mas em relação ao binômio oralidade-imediação LACOVIELLO entende que "la oralidad-inmediación es una técnica de formación de las pruebas, no um método para el convencimiento del juez" (LACOVIELLO, Francesco M. *La motivazione della sentanza penale e il suo controllo in cassazione*. Millano: Giuffrè, 1997. p. 151).

47. SCARANCE FERNANDES. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 57.

48. NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v.5, n. 29, maio/jun. 2009, pp. 75/76.

passa no processo, isto é, cada uma das partes deve conhecer as posições e os argumentos da outra parte para poder contradizê-los. Assim, somente com o efetivo conhecimento da parte contrária será viável a sua participação em contraditório.

Em seu segundo momento, o contraditório na visão tradicional caracteriza-se pela possibilidade de *reagir e contrapor* os argumentos advindos da parte contrária. Essa possibilidade de reação leva a participação da parte contrária e realiza a função de legitimar a decisão na esperança da parte em poder influenciar no provimento final, imunizando o sistema social contra descontentamentos e protestos.[49]

Contudo, essa *esperança de poder influenciar* no processo não pode ser considerada legitimação devida em um processo penal de cariz democrático. Deverá, ao contrário, existir uma efetiva influência de ambas as partes (especialmente do acusado, que é quem está sofrendo as consequências de um processo penal e poderá sofrer as de uma possível condenação futura) na decisão final. Em outros termos, "não se pode mais na atualidade, acreditar que o contraditório se circunscreva ao dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento".[50]

Dessa forma, tem-se que a noção clássica de contraditório, apesar de importante em sua construção, não é mais suficiente para garantir uma efetiva participação das partes no processo e, assim, superar a feição autoritária do nosso processo penal.[51] Por isso, parte-se no presente estudo da noção de contraditório

49. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UnB, 1980. p. 91.

50. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, n. 168, fev., 2009, p. 109.

51. No mesmo sentido BADARÓ, para quem o contraditório "não mais se satisfaz com a mera possibilidade de reação. É necessário estimular e buscar a realização da reação para que a estrutura dialética do processo se aperfeiçoe por meio de tese e antítese com conteúdos e intensidades equivalentes, atingindo uma síntese que, apoiada em premissas simétricas, seja mais justa" (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 16). Para ROSA: "O contraditório precisa ser revisitado, uma vez que não significa apenas ouvir as alegações das partes, mas a efetiva participação, com paridade de armas, sem a existência de privilégios, estabelecendo-se uma comunicação entre os envolvidos, mediada pelo Estado" (ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal*: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. pp. 262/263).

desenvolvida por Fazzalari, de que o contraditório é entendido como uma posição de simétrica paridade entre os afetados pelo provimento final.

Adotando como alicerce a noção de processo como garantia, o conceito de contraditório deve ser ampliado, ao passo que garanta a participação de ambas as partes na construção do provimento em uma estrutura dialética. Essa estrutura deve consistir, segundo Fazzalari:

> "[...] na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanação do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar em conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas do resultado."[52]

Nesse viés, o processo é visto como o *procedimento em contraditório*, superando a noção de procedimento formalista-burocrático como uma concatenação de atos formalmente estruturados, resgatando, assim, a importância do devido respeito às regras do jogo e pondo o contraditório como fundamento basilar.[53]

Dessa forma, o processo se caracteriza como uma espécie do gênero-procedimento, pela participação na atividade de preparação do provimento dos interessados em conjunto. Chega-se, então, à noção de processo como espécie de procedimento realizado em contraditório entre os interessados, ou seja, as partes.

Trata-se, portanto, de uma teoria que engendra as condições para uma maior eficácia dos direitos e garantias no processo penal, especialmente no que tange à democratização em relação à participação das partes e à efetivação do contraditório, permitindo que a decisão não seja tomada a partir de concepções individualistas e do subjetivismo de um sujeito solipsista, democratizando a formação da verdade probatória no processo penal.

---

52. FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006. pp. 119/120.

53. LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal* – Introdução Crítica. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 224. Nas palavras de FAZZALARI: "Existe, em resumo, o 'processo', quando em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do eu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar" (FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006. p. 120).

O contraditório, assim, não pode ser entendido como a mera participação das partes no processo, mas na participação destes em simétrica paridade.[54] No âmbito penal, essa paridade é puramente formal, já que as partes têm uma desigualdade inerente à sua natureza e às consequências ao final do processo. Por isso, a existência das garantias do processo ao acusado, mormente a presunção de inocência, na tentativa de amenizar essa desigualdade e colocá-los em um jogo em que a parte mais fraca possa influenciar no provimento final.

Assim sendo, o magistrado tem um papel fundamental dentro do processo. Deve ele garantir esse contraditório em paridade, possibilitando a ampla discussão e argumentação das partes sobre as provas a serem produzidas e a consequente influência na decisão. Com esse papel de garantidor do contraditório, o julgador não poderá intervir na argumentação das partes, porém deverá ter um papel ativo na manutenção da participação efetiva dos contraditores.[55]

Indo mais além, deve-se entender a noção do contraditório a partir da garantia da não surpresa,[56] ou seja, da parte não poder ser afetada por decisão sem a sua efetiva participação na construção, o que se remete aos conceitos de comparticipação e policentrismo.[57] Desse modo, o juiz deve provocar o debate acerca de todas

54. No mesmo sentido MINAGÉ: "É imperiosa a compreensão de que, a participação superficial das partes do processo, por si só, não concretiza o contraditório, pelo contrário, manipula uma concepção de contraditório falaciosa" (MINAGÉ, Thiago M. *Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição*: O contraditório como significante estruturante do processo penal. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 139).

55. Nesse sentido: "[...] a garantia [do contraditório] opera não somente no confronto entre as partes, transformando-se também num dever-ônus para o juiz que passa a ter que provocar de ofício o prévio debate das partes sobre quaisquer questões de fato e de direito determinantes para a resolução da demanda" (THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, n. 168, fev., 2009, p. 118). Dessa forma, o julgador tem o dever de atuar para assegurar o desenvolvimento correto e pleno do contraditório (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Minas Gerais: Del Rey, 2012. pp. 125/126).

56. Para TARUFFO a eliminação da surpresa é considerada condição de *fair trail*, bem como de qualidade do julgamento igualitário entre as partes (TARUFFO, Michele. *El processo civil adversarial en la experiencia americana*: el modelo americano del proceso de connotación dispositiva. Temis: Bogotá, 2008).

57. O contraditório é nesse sentido considerado um elemento estrutural da comparticipação, o que assegura um policentrismo processual, permitindo, assim, "a todos os sujeitos potencialmente atingidos pela incidência do julgado ('potencialidade ofensiva') a

as questões impedindo que aplique normas ou embase decisões sobre fatos estranhos à dialética das partes. Portanto, tudo que o julgador decidir fora do debate corresponde a surpreendê-las e a desconsiderar o caráter dialético do processo.[58]

Nesse aspecto, há de se afastar a ideia que assegura ao julgador uma espécie de privilégio cognitivo na formação da decisão. Isto é, não pode o juiz fazer uma análise de forma solipsista, mas através de uma perspectiva comparticipativa e policêntrica do processo jurisdicional, ancorado nos princípios processuais constitucionais e em um espaço público no qual se apresentam condições comunicativas para que todos os envolvidos, cada um em seu papel, desenvolvam e participem do debate.[59] Dessa forma, é necessário uma estruturação processual que permita a efetiva participação sob uma perspectiva paritária de todos os sujeitos processuais em seus papéis específicos na construção dos provimentos.[60]

O conceito de policentrismo está exatamente nessa estrutura em que nenhum sujeito tem o protagonismo processual através de uma centralidade derivada dos fundamentos do próprio processo, mas pelo fato de cada um desenvolver um papel específico e participativo na formação da decisão final.[61] Essa noção de contraditório como influência no provimento final e não surpresa, funda o que se chama de *contraditório dinâmico*.

---

garantia de contribuir de forma crítica e construtiva em sua formação" (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 227).

58. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, n. 168, fev., 2009, p. 125.

59. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 211.

60. NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. Especial, p. 13-29, 2008, p. 26. Importante ressaltar que "toda atividade do juiz que colabora para a formação da sua opinião deve ser feita com a participação dos interessados devendo os mesmos atuar durante toda a colheita de provas. Isso porque, a atividade cognitiva não acontece só na sentença, mas em todas as etapas de desenvolvimento do processo" (FARIAS, Bianca de Oliveira. Análise crítica dos princípios do contraditório e da oralidade. *Revista Eletrônica de Direito Processual – RED*, v. 3, n. 3, p. 89-108, jan./jun., 2009, p. 94).

61. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 212.

Essa proposta de contraditório dinâmico, apesar de ser novidade no Brasil,[62] já está consolidada em diversas legislações estrangeiras, tais quais no Código de Processo Civil francês, no Código de Processo Civil português e na ZPO alemã.[63] Desse modo, a noção de contraditório dinâmico está diretamente ligada com a necessidade de fundamentação das decisões. Quando se desenvolve essa noção, compreende-se a importância e até mesmo a codependência do contraditório com a necessidade da *fundamentação da decisão* em um processo penal democrático, que não mais aceita que a construção do provimento final seja um ato isolado do julgador, mas da argumentação das partes.[64]

Desse modo, coloca-se o contraditório com um nexo profundo com a garantia de fundamentação das decisões, ao passo que o julgador, ao enunciar os fundamentos de sua decisão, "deve levar em consideração os resultados do contraditório, delineando o procedimento formativo do provimento com a indicação efetiva da possível participação dos interessados em todos os aspectos relevantes, sejam eles fáticos e/ou jurídicos".[65]

Assim, a motivação serve como um instrumento que assegura as limitações do Poder Judiciário, mormente sob o prisma da livre convicção do magistrado, além de servir como um mecanismo de proteção das garantias individuais dos acusados no processo penal. Assevera Gomes Filho que as motivações das decisões:

> "[...] de um lado, serve para verificar – pelo acompanhamento do raciocínio desenvolvido pelo juiz para chegar a um eventual provimento restritivo daqueles direitos – se foram efetivamente obedecidas as regras do *devido processo*; por outro, será igualmente por intermédio da fundamentação que será

62. Essa noção foi inserida no Novo CPC (Lei 13.105/2015).

63. MAGALHÃES BARROS, Flaviane; MARINHO MARQUES, Leonardo Augusto. A atuação do juiz no contraditório dinâmico: uma análise comparativa entre o sistema processual penal adversarial chileno e o modelo constitucional de processo brasileiro. In: GOLZÁLEZ, L. (Dir.). *Desafiando a Inquisição*: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: CEJA, 2017. p. 349. Art. 16 CPC francês, § 139 ZPO alemã e art. 3, item 3, CPC português.

64. MAGALHÃES BARROS, Flaviane; MARINHO MARQUES, Leonardo Augusto. A atuação do juiz no contraditório dinâmico: uma análise comparativa entre o sistema processual penal adversarial chileno e o modelo constitucional de processo brasileiro. In: GOLZÁLEZ, L. (Dir.). *Desafiando a Inquisição*: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: CEJA, 2017. p. 349.

65. NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v.5, n. 29, maio/jun. 2009, p. 80.

> viável constatar se a decisão aplicou validamente as normas que permitiam a restrição e se apreciou de maneira correta o contexto fático que autorizava."[66]

Com isso, partindo da noção vista nesse tópico de contraditório e pegando suporte em Theodoro Júnior e Nunes, consideramos que existe um feixe de direitos, sobretudo à parte acusada e seu defensor, dele decorrentes em um processo penal democrático, quais sejam: (a) direito a uma cientificação regular durante todo o procedimento, desde a fase de investigação preliminar, ou seja, uma citação adequada e a intimação de cada evento processual posterior que lhe permita o exercício efetivo da defesa no curso de toda a persecução penal; (b) o direito à prova, possibilitando-lhe sua obtenção toda vez que esta for relevante; (c) em decorrência da anterior, o direito de assistir pessoalmente a assunção da prova e de se contrapor as alegações de fato ou as atividades probatórias da parte contrária; (d) o direito de ser ouvido e julgado por um juiz imune à ciência privada (*private informazione*), que decida a causa unicamente com base em provas e elementos adquiridos no debate em contraditório; e (e) direito de uma decisão fundamentada, em que se aprecie e solucione racionalmente todas as questões e defesa adequada propostas pelas partes (fundamentação racional das decisões).[67]

A partir desses pressupostos, tomados seriamente, já se teria condições para um processo jurisdicional democrático, viabilizando a participação e o debate e assegurando a verdadeira influência de todos os argumentos suscitados por todos os sujeitos do processo, bem como garantindo que nas decisões não surja nenhum fundamento que não tenha sido submetido ao espaço público processual, tal como a leitura dos depoimentos prestados na fase preliminar. Todavia, para uma maior efetividade e proteção ao contraditório dinâmico, entendemos ser importante a instituição de regras de inutilização de depoimentos precedentes, como veremos a seguir.

5. Proposta: regras de inutilização para o depoimento em fase preliminar

Na tentativa de conter a entrada ilegal de atos de investigação dentro do procedimento em contraditório judicial, o Código de Processo Penal italiano

66. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 79.

67. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, n. 168, fev., 2009, p. 126.

introduziu em seu corpo (art. 191) a proibição de valoração das provas obtidas através de proibições legais, o qual chamou de *inutilizzabilità* (regras de inutilização). Trata-se de um instituto puramente processual, no qual protege a formação e a aquisição de fatos ou meios de provas ao processo penal por meio de uma adequada aplicação das normas.[68]

Dessa forma, a *inutilizzabilità* deve ser considerada um limite ao livre convencimento do julgador, que deve excluir de sua convicção (e consequente fundamentação) os fatos incorporados pelas provas produzidas de modo proibido. Tratando de forma mais minuciosa: trata-se de um tipo de invalidez, ou sanção processual, que não afeta o ato em si, ou seu valor probatório – o que o diferencia da nulidade –, mas impossibilita a sua utilização na fundamentação de uma decisão judicial.[69]

Tangenciando esse tema e introduzindo a questão do contraditório a partir da reforma do processo penal italiano, Ferrua aduz que no sistema anterior ao Código Italiano de 1988, o contraditório era exercido essencialmente sobre as provas já produzidas, como nas atas dos depoimentos das declarações prestadas nos órgãos de investigação, enquanto no sistema após 1988, se realiza no exato momento de formação da prova, havendo uma separação entre a investigação preliminar e a fase de debates orais, no qual as provas são produzidas perante o juiz com contribuição direta das partes. Isso demonstra o que ele chama de *regra de ouro do processo acusatório*: as declarações das testemunhas somente valem como provas no processo se produzidas com o método do *exame cruzado*.[70]

---

68. Apesar de não ser o eixo principal desse estudo, a técnica de exclusão física da investigação preliminar dos autos processo penal é necessária para evitar contaminações (in) conscientes do julgador pelos elementos produzidos na fase pré-processual.

69. ARMENTA DEU, Teresa. *A prova ilícita*: um estudo comparado. Trad. Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014. pp. 44/45. Considera-se, portanto, a inutilizabilidade um tipo de invalidade que atinge não o ato em si, mas o seu valor probatório. O ato pode ser considerado válido do ponto de vista formal, mas o seu aspecto substancial o impede de servir de fundamentação para a decisão do juiz (TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 27).

70. FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do "giusto processo" na Itália. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 661-688, maio.-ago. 2017. Nesse ponto, o contraditório deixa de ser um instrumento de controle das partes sobre as informações já colhidas, para se transformar em uma efetiva participação das partes na formação probatória por meio da *cross-examination*. A principal consequência disso é considerar *prova*, apta a servir como fundamento da decisão final, aquela introduzida pela parte na fase do juízo oral (*dibattimento*), considerando-a a fase central, o

Vale ressaltar que a técnica do exame cruzado (ou *cross-examination*) é uma tradição anglo-americana em que a testemunha é colocada em contato direto com as partes, primeiramente com quem a arrolou (*direct examination*) e após, submetida ao exame cruzado com a parte contrária, evidenciando o contraditório na coleta do material probatório perante o julgador.[71]

Ainda tratando sobre esse tema, Ferrua[72] aponta que um processo que se funda no contraditório deverá fixar regras claras de exclusão probatória, especialmente em relação às declarações prestadas na investigação preliminar e sua utilização no *dibattimento*, seja por meio de leitura ou ratificações, ou por meio de testemunho indireto.

Nessa linha, tem-se que em um processo de partes as provas somente poderão ser admitidas e apreciadas se corretamente obtidas, produzidas e valoradas, ou, nas palavras de Gomes Filho, "ao direito à prova corresponde, como verso da mesma medalha, um direito à exclusão das provas que contrariem o ordenamento".[73]

Assim, a necessidade de produção probatória que atenda às garantias judiciais de um processo penal democrático acarreta uma obrigatoriedade de exclusão do material probatório que não atenda a essas particularidades. Lembra Scarance Fernandes[74] que no Brasil, onde a realidade coloca o inquérito instruindo a denúncia e acompanhando o processo, a leitura de atos produzidos na fase preliminar não são debatidos ou efetivamente confrontados, porém são utilizados de

coração do processo (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 70).

71. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 152-153. Conforme MALAN: "A produção da prova oral é caracterizada pelos institutos da *direct examination* (doravante exame direto) e da *cross-examination* (doravante exame cruzado), por meio das quais a testemunha é inquirida de modo *direto*, isto é, sem interferência do juiz, pela parte processual responsável pelo arrolamento e, após, pela outra parte processual. A parte que arrola a testemunha ainda pode proceder à *re-examination* (doravante *reexame*), a fim de esclarecer ponto que tenha surgido durante o exame cruzado." (MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao Confronto no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 48).

72. FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do "giusto processo" na Itália. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 661-688, maio-ago. 2017, p. 666.

73. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 93.

74. SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 165/166.

forma deliberada para fundamentar as decisões dos julgadores, ajudando assim a manter um processo penal com a formação de uma verdade autoritária.

Daí tem-se a garantia do direito ao confronto no processo penal, cujo conceito é o de que "todo saber testemunhal incriminador passível de valoração pelo juiz seja produzido de forma pública, oral, na presença do julgador e do acusado e submetido a inquirição desse último", com isso, "a declaração de uma determinada testemunha não pode ser admitida como elemento de prova contra o acusado, a não ser que ela tenha sido prestada nas sobreditas condições".[75] Dessa forma, o direito de confrontar-se atrela-se à *inutilizzabilità* das declarações prestadas fora do âmbito do contraditório e do direito ao confronto.[76]

O procedimento, portanto, legitima-se por meio do contraditório, tendo importância o estrito respeito às regras do jogo. A sentença deve ser assim construída e legitimada, não mais prestada como um ato de poder e dever (através da "livre apreciação das provas"), mas surgindo de um contraditório real, com efetiva e igualitária participação das partes na produção das provas (e um julgador alheio a estas) no processo penal.[77]

Importante ressaltar-se que o contraditório, de acordo com a moderna concepção que lhe é atribuída e referida no tópico anterior, não implica apenas num diálogo entre as partes, mas entre estas e o juiz, devendo tal diálogo ter o condão de influenciar na formação do convencimento do magistrado. Ele se manifesta, assim, como expressão do diálogo humano, como vínculo de solidariedade capaz de formar uma ponte de ouro apta a superar o abismo existente entre as partes e o juiz.[78]

---

75. MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 78. Importante advertir que o instituto do direito ao confronto é diferente do contraditório, uma vez que o contraditório possui maior amplitude irradiando-se a todos os atos da persecução penal, enquanto o direito ao confronto trata especificamente da produção da prova oral levada ao conhecimento pelo julgador.

76. TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 29. Desse modo, se "as declarações testemunhais produzidas fora do paradigma do *right of confrontation* não podem ser valoradas pelo juiz na sentença, a solução preferível é a sua exclusão física dos autos do processo judicial, a fim de prevenir o risco de que o teor dessas declarações influencie, ainda que de forma inconsciente, o convencimento do juiz acerca dos fatos sob julgamento." (MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 91).

77. LOPES JR., Aury Lopes. *Fundamentos do processo penal*: Introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 224/225.

78. FARIAS, Bianca de Oliveira. Análise crítica dos princípios do contraditório e da oralidade. *Revista Eletrônica de Direito Processual – RED*, v. 3, n. 3, p. 89-108, jan.-jun., 2009,

Com isso, em certas situações, não apenas as provas obtidas ou produzidas *contra legem* não podem ser utilizadas pelo julgador, mas da mesma forma as informações colhidas regularmente, porém com outra finalidade, podem sofrer restrições quanto ao seu aproveitamento. É o que se dá, por exemplo, com os dados fornecidos pela investigação preliminar, que podem servir para alguma medida cautelar, mas não são aptos para fundamentar uma sentença na fase judicial (*dibattimento*).[79]

Portanto, importante verificar que essas regras de inutilização são fundamentais na preservação de um modelo processual com uma formação de uma verdade probatória democrática, de forma que impeça a entrada ardilosa do depoimento testemunhal por meio de leituras ou meras ratificações de depoimentos prestados na fase de investigação sem uma participação efetiva da defesa em sua produção, ou, em outras palavras, com uma falha no método do contraditório dinâmico.

Conclusão

O Código de Processo Penal brasileiro, de declarada influência fascista, prevê desde sua origem uma persecução cindida em duas fases, uma preliminar, investigativa, que, teoricamente, deveria servir para, sobretudo, buscar indícios que minimamente fundamentem a existência de um processo penal, e a outra processual propriamente dita, judicializada, na qual as garantias processuais fundamentais imunizariam o processo de eventuais fluxos autoritários da fase anterior. Entretanto, tal função primordial não excluiria outras, como a que ficou evidenciada após a grande reforma de 2008, qual seja, servir de complemento para a formação da convicção judicial até mesmo em caso de decisão condenatória.

O que ocorre na *law in action*, todavia, é que a utilização na lei do advérbio "exclusivamente", impedindo o uso exclusivo de elementos de informação da fase investigativa na fundamentação da decisão judicial, não possui o condão de

p. 94. "Como visto, é da essência do processo e, em especial, do procedimento probatório, a participação dos interessados em todos os atos de *admissão*, *produção* e *crítica* da prova; desse modo, a vulneração do contraditório em qualquer desses atos deve impedir a consideração dos dados resultantes no momento da decisão final." (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 169).

79. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 71.

graduar o livre convencimento motivado, cujo significante "livre" goza de amplitude tão indomada que permite, em última análise, que o juiz se convença apenas com os elementos da fase investigativa, bastando que, para tal, lance mão de determinados constritores epistêmicos.

Entendemos que um dos principais meios que permitem a infiltração do material produzido na fase preliminar na instrução processual é o chamado contraditório diferido, que se revela ao cabo um não contraditório, visto que retira das partes a possibilidade de participar de sua produção em situação de simetria processual. Assim, apenas uma revitalização democrática do contraditório no formato do que se tem chamado de "contraditório dinâmico" – com a participação simétrica e efetiva de ambas as partes na produção da prova – possui a potência de minar influxos autoritários que tradicionalmente operam na busca/produção da verdade no modelo processual penal brasileiro.

Nessa senda, o meio de prova mais prejudicado se torna o depoimento testemunhal, um dos mais usados para instruir processos nos tipos penais mais corriqueiramente cooptados pelo sistema penal. Não há qualquer óbice legal expresso de exposição direta da testemunha ao seu depoimento anterior, na fase policial, ou de simples ratificação do que fora dito, o que pode ser feito, inclusive, indiretamente através de perguntas confirmatórias (*o senhor confirma que viu o acusado cravando a faca no peito da vítima?*, *e.g.*) e com certa sutileza coercitiva, como ameaçando de forma clara ou velada de que a testemunha pode ser presa caso minta (*rectius*, caso não siga o roteiro previamente engendrado pela polícia).

Assim, tem-se como adequado para se assegurar um efetivo contraditório dinâmico a implementação de regras de inutilização que impeçam o juiz de se valer do depoimento testemunhal em sede policial e desconsiderar o colhido em fase judicial, o que, por fim, transforma o trilema no qual se encontra – *utilizar o depoimento da fase policial, o da fase judicial ou nenhum deles* – em um dilema – *valer-se do depoimento em juízo ou não confiar nele* – contribuindo para reduzir a carga autoritária do nosso modelo processual penal.

Referências bibliográficas

ARMENTA DEU, Teresa. *A prova ilícita*: um estudo comparado. Trad. Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BINDER, Alberto M. *Análisis Político Criminal*: bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática. Buenos Aires: Astrea, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. *Principi del Processo Penale*. Napoli, 1960.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. 3. ed. Leme: EDIJUR, 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Inquérito policial: novas tendências e práticas. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 84, novembro, 1999.

CORDERO, Franco. *Ideologie del processo penale*. Milano: Giuffrè, 1966.

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Bogotá: Temis, 2000. t. II.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Felix. *Mil platôs*: capitalismo e esquizofrenia. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2012. v. 3.

FARIAS, Bianca de Oliveira. Análise crítica dos princípios do contraditório e da oralidade. *Revista Eletrônica de Direito Processual – RED*, v. 3, n. 3, p. 89-108, jan.-jun., 2009.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRUA, Paolo. *Il 'giusto processo'*. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 2012.

FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do "giusto processo" na Itália. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 661-688, maio-ago. 2017.

FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975.

FOUCAULT, Michel. *Malfazer, dizer verdadeiro*: função da confissão em juízo. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal*. Considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal*. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistencia às Reformas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 1, n. 1. Porto Alegre, 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. O garantismo inquisitório brasileiro: continuidade do discurso autoritário no pensamento processual penal. In: COUTINHO; J. N. M.; PAULA, L. C.; SILVEIRA, M. A. N. (Org.). *Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil*: Diálogo sobre Processo Penal entre Itália e Brasil. Florianópolis: Empório do direito, 2017, v. 2.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Minas Gerais: Del Rey, 2012.

KHALED JR., Salah. *Ambição de verdade no processo penal*: desconstrução hermenêutica do mito da verdade real. Salvador: JusPodivm, 2009.

KHALED JR., Salah. *A busca da verdade no processo penal*: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Ed. Atlas, 2013.

LACOVIELLO, Francesco M. *La motivazione della sentanza penale e il suo controllo in cassazione*. Millano: Giuffrè, 1997.

LOPES JR., Aury Lopes. *Fundamentos do processo penal*: Introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UnB, 1980.

MAGALHÃES BARROS, Flaviane; MARINHO MARQUES, Leonardo Augusto. A atuação do juiz no contraditório dinâmico: uma análise comparativa entre o sistema processual penal adversarial chileno e o modelo constitucional de processo brasileiro. In: GOLZÁLEZ, L. (Dir.). *Desafiando a Inquisição*: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: CEJA, 2017.

MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 1.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados*: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2014.

MINAGÉ, Thiago M. *Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição*: O contraditório como significante estruturante do processo penal. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

MISSE, Michel. O inquérito policial no Brasil. *DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 3, nº 7, jan.-fev.-mar., pp. 35/50, 2010.

NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 5, n. 29, maio-jun. 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. Especial, p. 13-29, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal*: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

SAMPAIO, André Rocha. Profanando o dispositivo "inquérito policial" e seu ritual de produção de verdades. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 134, p. 351-383, 2017.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARUFFO, Michele. *El processo civil adversarial en la experiencia americana*: el modelo americano del proceso de connotación dispositiva. Temis: Bogotá, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, n. 168, fev., 2009.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Profanando o dispositivo "inquérito policial" e seu ritual de produção de verdades, de André Rocha Sampaio – *RBCCrim* 134/351-383 (DTR\2017\2539); e
- Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual, de Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes – *RePro* 168/107-141 (DTR\2009\156).

Suficiência probatória no direito criminal brasileiro: descaracterização do *standard* probatório *beyond a reasonable doubt*

Probatory sufficiency in Brazilian criminal law: decaracterization of the beyond a reasonable doubt standard of proof

Sebástian Borges de Albuquerque Mello

Doutor em Direito Penal pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito Penal pela UFBA. Bacharel em Direito pela UFBA. Professor de Direito Penal na Faculdade de Direito da UFBA. Aperfeiçoamento em Ciências Criminais e Dogmática Penal Alemã pela Georg-August Universität Göttingen, GAUG – Alemanha. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Membro do IBADPP, CONPEDI e Sócio Benemérito da Associação dos Advogados Criminalistas da Bahia. Advogado.
ORCID: 0000-0003-3051-2966
sbam@terra.com.br

Alana Stefanello Gonçalves

Pós-Graduanda em Direito Público pela Rede de Ensino Luiz Flavio Gomes (LFG). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Advogada em Salvador-BA. ORCID: 0000-0003-0109-0370
alanastefanello@gmail.com

Recebido em: 02.09.2019
Aprovado em: 08.12.2019
Última versão dos autores: 06.01.2020

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar a aplicabilidade do *standard* probatório anglo-saxônico *beyond a reasonable doubt* no processo penal brasileiro. Para tanto, em um primeiro momento, apresenta-se exposição referente à definição e função dos *standards* probatórios, sendo evidenciada análise específica do *standard* da prova *beyond a reasonable doubt*. Em seguida é feita explanação de como o padrão

Abstract: This article aims to analyze the applicability of the Anglo-Saxon evidentiary standard beyond a reasonable doubt in the Brazilian criminal procedure. For that, in a first moment, it presents an exhibition referring to the definition and function of the evidentiary standards, being highlighted the specific analysis of the beyond a reasonable doubt standard. This is followed by an explanation of how the standard in question is

Mello, Sebástian Borges de Albuquerque; Gonçalves, Alana Stefanello. Suficiência probatória no direito criminal brasileiro: descaracterização do *standard* probatório *beyond a reasonable doubt*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 167. ano 28. p. 303-328. São Paulo: Ed. RT, maio 2020.

é empregado no Direito anglo-saxônico, mais especificadamente nos Estados Unidos da América e, após, como tem sido empregado pelos tribunais brasileiros. Explora-se, desse modo, a viabilidade da utilização desse modelo de constatação da prova na conformação jurídico-penal brasileira, tendo em vista a origem e conceito do standard probatório beyond a reasonable doubt e sua relação com o princípio da presunção de inocência. A pesquisa em questão é desenvolvida por meio de revisão jurisprudencial e bibliográfica nacional e estrangeira.

Palavras-chave: Processo penal – Valoração da prova – *Standard* probatório – *Beyond a reasonable doubt* – Presunção de inocência – Aplicabilidade.

used in Anglo-Saxon law, more specifically in the United States of America, and then how it has been used by the Brazilian courts. Thus, the feasibility of using this model of proof verification in the Brazilian criminal-legal context is explored by considering the origin and concept of the evidentiary standard beyond a reasonable doubt and its relation to the presumption of innocence principle. The research in question is developed through national and foreign jurisprudential and bibliographic review.

Keywords: Criminal proceedings – Evaluation of the proof – Evidentiary standard – Beyond a reasonable doubt – Presumption of innocence – Applicability.

Sumário: 1. Introdução. 2. O *standard* probatório criminal *beyond a reasonable doubt* empregado em motivações anglo-saxônicas. 2.1 Standards probatórios. 2.2. O standard probatório beyond a reasonable doubt . 3. Sistemas divergentes. 4. O *standard* probatório criminal *beyond a reasonable doubt* empregado em motivações brasileiras. 5. Aplicabilidade do *standard* probatório *beyond a reasonable doubt* no direito processual brasileiro. 6. Conclusão. Referências.

1. Introdução

Despertados pela corrente utilização mais flexível dos meios de prova no direito processual penal brasileiro e principalmente pelo largo espaço de discricionariedade usufruído por nossos juízes, procedemos a uma análise acerca de algumas decisões judiciais pátrias, sobretudo as referentes aos crimes de sonegação fiscal, lavagem de dinheiro e corrupção, que em razão da maior sofisticação de seu *modus operandi* faz com que a produção de prova pela acusação, ou pelo órgão de investigação, seja mais difícil e, portanto, mais limitada, o que instigaria a mencionada flexibilização. Ao longo desta investigação, identificamos que nos casos mais emblemáticos, em sua maioria de competência da Operação Lava Jato, muitos magistrados, desde a primeira instância até as Cortes Superiores, fizeram referência ao *standard* de prova anglo-saxônico *beyond a reasonable doubt*, aqui traduzido para "além da dúvida razoável".

Diante de tal importação e de sua recorrente utilização por nossos magistrados, realizamos breve comparação entre o padrão de prova alienígena e o utilizado

por aqui em seu nome. E foi com bastante estranheza que a execução de tal tarefa foi percebida. O presente artigo, então, a partir de uma pesquisa desenvolvida por meio de revisão de julgados e de bibliografia nacional, bem como estrangeira, propõe-se a aferir a aplicabilidade do *standard* probatório anglo-saxônico *beyond a reasonable doubt* no direito processual brasileiro, explorando seu conceito, suas origens e implicações, tendo como enfoque sua conformidade com o princípio da presunção da inocência.

Com esse fim, no item 2 apresentamos o *standard* em foco e como ele foi construído e é empregado em terras anglo-saxônicas, sobretudo nos Estados Unidos da América. No item 3 expomos algumas diferenças entre os sistemas de *common law* e *civil law*. Após, no item 4, demonstramos como tem se dado a aplicação do padrão de prova além da dúvida razoável e, para tanto, analisamos, a título de exemplo, o Voto da Apelação 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, no famoso caso "do tríplex". Por fim, apoiados no quanto desenvolvido ao longo do artigo, partimos para o item 5 com avaliação crítica acerca da aplicabilidade do *standard beyond a reasonable doubt* no direito processual brasileiro.

2. O *STANDARD* PROBATÓRIO CRIMINAL *BEYOND A REASONABLE DOUBT* EMPREGADO EM MOTIVAÇÕES ANGLO-SAXÔNICAS

2.1 Standards *probatórios*

Os *standards*, ou "padrões", probatórios, em primeiro lugar, reconhecem a possível falibilidade humana no que concerne à convicção dos julgadores no processo decisório, aplicando esse reconhecimento na própria organização processual[1]. Dessa maneira, o modelo traz consigo critérios de um juízo crítico comum, gradual e inteligível, que acabam por compelir as decisões a fugir de caminhos obscuros, aptos a recaírem em temerosa arbitrariedade.

Assim, tais critérios são empregáveis na eleição do adequado *standard* probatório para cada tipo de decisão judicial, bem como sobre os graus de convicção compatíveis e incompatíveis com o juízo criminal. A partir de seu emprego, então, é possível visualizar uma maior segurança quanto à possibilidade de erros no julgamento jurisdicional.

Dentro da perspectiva dos *standards* probatórios, um dos critérios norteadores para a escolha de um grau satisfatório de convicção em um veredito judicial

1. KNIJNIK, Danilo. *Os standards do convencimento judicial*: paradigmas para o seu possível controle. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: [www.abdpc.org.br/artigos/artigo37.htm]. Acesso em: 10.12.2018.

positivo é justamente o custo dos possíveis erros provenientes de uma decisão desacertada[2]. Proposições equivocadas sobre a leitura dos fatos podem anular todo o esforço de controle social expresso na conformação das normas, caso permitam que assertivas temerárias possam resultar de sua apuração.

É preciso, portanto, afastar ao máximo decisões que, sem o aporte necessário, possam determinar posicionamentos que ensejem riscos para os valores protegidos pelo direito. Inclusive, como assinala Posner, e importa consignar, o objetivo social do processo de interpretação lógica é, de modo equânime, minimizar os custos dos erros judiciais[3].

Nesse diapasão, coloca-se os olhos, por exemplo, nos presumíveis resultados alcançados no processo penal, sendo estes os seguintes: a absolvição de um inocente (verdadeiro negativo), a condenação de um culpado (verdadeiro positivo), a absolvição de um culpado (falso negativo) e a condenação de um inocente (falso positivo)[4]. Logo, diante dessa argumentação, é possível encontrar dois modos de erros judiciais que podem ocorrer na interpretação lógica, seja cível ou penal: o falso negativo e o falso positivo.

Seus efeitos sociais são contrapostos com o fito de precisar qual deles seria o mais danoso à sociedade e em qual escala[5]. Tendo isso fixado, torna-se passível de reflexão a proporção aceitável de falsos negativos em relação a falsos positivos e, a partir de então, é possível determinar qual é o grau necessário de probabilidade em uma decisão judicial socialmente conformada. Por conseguinte, quanto mais elevado o *standard* da prova, maior será a transmutação de resultados positivos em negativos, conduzindo algumas respostas verdadeiro-positivas para falso-negativas e algumas falso-positivas em verdadeiro-negativas[6].

O outro critério, por sua vez, remete-se especificamente à falibilidade humana[7], colocando as triviais dialética e retórica sobre forte desconfiança no raciocínio ocidental. Assim, diversamente do direito continental, que percebe as

2. VARS, Fredrick E. *Standards of Proof*, 2012. p. 3 Disponível em: [http://ssrn.com/abstract=1984820 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1984820]. Acesso em: 15.12.2018.
3. POSNER, Richard A. An economic approach to the law of evidence. *Law & Economics Working Paper,* Chicago, n. 66, 1999. p. 32,
4. NICITA, Antonio apud RIZZOLLI, Matteo. In dubio pro reo – Behavioural explanations of prodefendant bias in procedures. *CESifo Economic Studies*, 2014, p. 4.
5. Idem.
6. VARS, Fredrick E. Op. cit., p. 3.
7. KNIJNIK, Danilo. Op. cit.

decisões judiciais através do prisma da legitimidade[8], o direito anglo-saxônico reconhece a impossibilidade de se atingir a verdade absoluta acerca dos fatos do passado e, nessa esteira, admite a existência invencível de erros no âmbito judicial como um fator-chave na formulação de seu modelo de constatação aplicado na formação do juízo.

Considerando tanto o custo dos erros judiciais quanto o reconhecimento da possibilidade de falha nas convicções humanas, a prática jurídica dos países que utilizam o sistema *common law*, ao longo da história desenvolveu uma estrutura de três modelos de *standards* da prova que divide os custos sociais de possíveis equívocos a partir da relevância social dos bens jurídicos em discussão, sendo eles:, além do *probable cause* (o que minimamente se exige para o início de uma ação penal): a) o *preponderance of evidence; b)* o *clear and convincing evidence;* e c) o *beyond a reasonable doubt*.

O padrão denominado *preponderance of evidence* é o *standard* utilizado no direito processual civil e nos procedimentos relativos à litígios entre particulares[9], em que normalmente se discutem questões meramente patrimoniais. A persuasão necessária, nesses casos, é configurada como o estado subjetivo no qual se tem em conta uma preponderância de provas em favor da proposição de uma das partes.

Outrossim, importante consignar já nesse momento que o *standard* da dúvida acima da razoável (*beyond a reasonable doubt*), o último modelo de prova anglo-saxônico, não se aplica a assuntos não-penais[10]. Esse padrão probatório do direito processual civil posiciona as partes em situação de igualdade e por esse motivo na esfera civil anglo-saxã não são empregadas as mesmas garantias que no seu âmbito processual penal, *exempli gratia* a presunção de inocência, consagrada frente a disparidade de armas entre acusação e defesa[11].

O segundo *standard* da prova formulado no direito anglo-saxão é o *clear and convincing evidence*, modelo de constatação intermediário entre o penal e o não penal, empregado em casos em que os valores sociais discutidos ultrapassam a esfera do patrimônio e, portanto, não se aplica o primeiro modelo. Esse padrão

8. CLERMONT, Kevin M. Standards of proof revisited. *Cornell Law Faculty publications, Paper* 13, 2009.
9. *Concrete Pipe & Prods., Inc, v. Constr. Laborers Pension Trust*, 508 U.S. 602, 622 (1993).
10. TRICKET. Willian. Preponderance of evidence and reasonable doubt. *The Forum*, v. X, 75 (1906). p. 77.
11. PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002. p. 80.

é utilizado normalmente em litígios entre particulares que possuem em contenda direitos e interesses individuais de elevada relevância ou até mesmo com repercussões penais, como lides que possuam em disputa direitos parentais, decisões com repercussões administrativo-disciplinares, interdição, fraude, entre outros[12]. Portanto, dá-se o reconhecimento de que o grau de prova reclamado nesses contextos é maior do que uma "preponderância de prova" e menor do que uma prova "além da dúvida razoável"[13], como se verá mais adiante.

Aqui, diversamente das disputas cíveis regidas pelo *standard preponderance of evidence*, encontram-se muito mais delineados os custos dos erros judiciais diante da presença de questões de grande relevo social. Contudo, ainda se tratando de casos adstritos ao âmbito privado, em que a capacidade de produção de provas das partes é reputada de forma igualitária, não há a necessidade de um acréscimo extremo ao grau de probabilidade das exigências probatórias, sendo suficiente algo em torno de 75% deste[14].

Já no processo penal, o *standard* aplicável nos países de *common law*, desde o século XVIII, é o da prova *beyond a reasonable doubt*. Reconhece-se a dificuldade, senão impossibilidade, de se definir, em parâmetros objetivos, no que se assenta esse *standard* probatório, motivo pelo qual se destina a ele tópico próprio no presente artigo, deixando aqui apenas a consideração de que, no contexto criminal, o convencimento de que determinados fatos estão provados/são verdadeiros só será alcançado quando a ponderação conjunta dos elementos probatórios disponíveis permitir excluir qualquer outra condução lógica ou crível. Em outras palavras, não deve ocorrer um julgamento positivo quando os mesmos elementos de prova colhidos em determinado processo permitirem uma construção alternativa meramente razoável.

De volta ao quadro geral dos *standards*, importa ressaltar ausência de escala matemática oficial que determine o que está contido em cada um desses modelos de constatação. Contudo, em ordem de mitigar qualquer desconfiança e verificar a eficácia desses *standards* probatórios em evitar o número de condenações ou absolvições errôneas, Engel e Glöckner desenvolveram um experimento intitulado *Can We Trust Intuitive Jurors? An Experimental Analysis*, no qual 238 pessoas

12. *California Civil Jury Instructions* (CACI). Disponível em: [www.justia.com/trialslitigation/docs/caci/200/201.html]. Acesso em: 13.06.2018.
13. REARDON, George. Evidence: proof beyond a reasonable doubt in civil cases. *University of Florida Law Review*, v. XXVII, *Allstate v. Vanater. Speaking Engagements*. p. 261.
14. *California Civil Jury Instructions* (CACI). Op. cit.

foram separadas em dois grupos distintos e então apresentadas a um mesmo acervo probatório. Um dos grupos foi instruído somente dar um julgamento condenatório desde que a culpa estivesse provada *beyond a reasonable doubt*, enquanto o outro deveria condenar no caso de culpa provada mediante *preponderance of evidence*[15].

A partir do referido experimento, apurou-se que o número de condenações proferidas mediante o *standard* probatório *beyond a reasonable doubt* foi altamente inferior ao de condenações tidas sob o *standard* probatório *preponderance of evidence*. Ademais, embora algumas pessoas tenham condenado sob o *standard* de prova *beyond a reasonable doubt* em condições de baixa probabilidade, a maioria das decisões absolveu mesmo perante altas probabilidades[16].

Observa-se, portanto, que, à medida que avultamos a exigência do *standard* de prova, aumenta o número de falsos negativos e decai o de falsos positivos. Dessarte, os *standards* probatórios não são mais do que uma reação do próprio sistema contra a falibilidade humana, na medida em que faculta modelos de controle das conjecturas do julgador e submete-as, no âmbito do contraditório, a um juízo crítico comum, garantindo a maior cientificidade da decisão jurídica[17].

Esses instrumentos, portanto, comunicam as vantagens do contraditório ao processo de construção da convicção judicial, que não mais pode ser percebida como equivalente a "fechado e inabordável critério pessoal e íntimo do julgador", mas sim como "uma apreciação lógica da prova, 'não isenta de pautas ou diretrizes de caráter objetivo[18]".

O contraditório, nessa perspectiva, exerce função necessária e constitutiva, na medida em que a verdade (ou a proximidade dela) se revela a partir de uma disputa entre perspectivas antagônicas, no exercício de uma compreensão discursiva. Passa a existir, então, um confronto dialético para a assunção da prova,

15. GLÖCKNER, Andreas *apud* ENGEL, Christoph. Can we trust intuitive jurors? An experimental analysis. *Preprints of the Max Planck Institute of Research on Collective Goods*. Bonn, 2008.

16. ENGEL, Christoph. Preponderance of the Evidence versus Intime Convicction – A Behavioural Perspective on a Conflict between American and Continental Law. *Preprints of the Max Planck Institute of Research on Collective Goods*. Bonn, 2008. p. 16-18.

17. KNIJNIK, Danilo. Op. cit.

18. Nos originais: "cerrado e inabordable critério personal y íntimo del juzgador" e "una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo". HERRAN, Miguel. et al. Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales. *Cuadernos Penales José Maria Lindón*. Deusto. 2010. p. 51.

de modo que, se impugnada uma hipótese, ela possa ser descartada porque falsa ou por não encontrar sustento.

De mais a mais, os critérios em questão possibilitam uma discussão a respeito do acerto, razoabilidade, racionalidade e justiça do juízo decisório. Logo, tem-se um maior e desejável distanciamento de eventual arbitrariedade.

2.2. O standard *probatório* beyond a reasonable doubt

Em que pese esse modelo de constatação, primordialmente, convém firmar considerações sobre o conceito de "dúvida razoável". A dúvida razoável é um termo comumente utilizado e provavelmente até mesmo bem compreendido, entretanto, não é de fácil definição. Não se trata de uma mera possibilidade de dúvida; porque tudo relacionado a assuntos humanos, e que depende de prova moral, está aberto a alguma possível dúvida imaginária. A dúvida razoável, então, é aquele estado no qual, após devida comparação e consideração de provas, deixa a mente daquele que julga em condição tal que ele não pode dizer que sente uma firme convicção, a um compromisso moral, sobre a verdade contida na imputação[19]. Infere-se, então, que de sua definição não se deduz especulação ou suspeita.

Ainda sobre esse viés, vê-se que alguns julgamentos do sistema *common law* aprovaram a utilização de sinônimos para elucidar a definição desse *standard*, tais como (dúvida) "verdadeira", "lógica", "substancial" ou "real"[20]. Assim, se após a produção probatória ainda existe dúvida razoável acerca do cometimento do delito, há que se falar em absolvição; até porque não é suficiente estabelecer uma probabilidade, ainda que forte, de que a imputação é provavelmente verdadeira quando comparada com o contrário. A prova deve estabelecer a verdade do fato sob uma certeza moral e razoável.

Partindo de tais premissas, compreende-se, a partir desse *standard* probatório, que, para termos de condenação, a prova deve ser tão convincente que uma pessoa razoável não hesitaria em decidir, com base nela, sob o destino de outrem, ainda que a tomada de uma decisão errada resultasse em consequências trágicas.

De acordo com Wittgenstein, no que diz respeito ao caminho traçado pela prova *beyond a reasonable doubt*, é chegado a um ponto, nunca determinável *a*

19. *Commonwealth vs. John W. Webster*. 5 Cush. 295, 59 Mass. 295. (1850).

20. ROSENBERG, Irene Merkel et al. Perhaps what ye say is based only on conjecture – circumstantial evidence, then and now. *Houston Law Review*, v. 21 (1994-1995). p. 1408.

priori, em que a enxada da dúvida, que deve sempre munir o juiz, encontrou a camada dura da rocha, representada pelas provas, e dobrou-se, resultando implausível outra explicação diversa da culpabilidade do imputado[21].

Assim, para que se profira uma condenação, é imprescindível ter em consideração todo o conteúdo probatório colhido no processo, deixando de fora apenas eventualidades remotas, que, embora abstratamente formuláveis e admitíeis como possibilidades, não encontraram concreta verificação e reprodução no caso concreto. O que se abandona, então, são as proposições completamente desprovidas do mínimo de respaldo no que se refere às manifestações probatórias sucedidas no processo, colocando-se fora da ordem natural das coisas ou da comum racionalidade humana.

A dúvida razoável é alcançada quando uma hipótese defensiva proposta no processo encontra algum respaldo nos elementos cognoscitivos concretos reunidos. Apresenta-se como mínimo exigido um cenário em que uma determinada prova crie inferência contrária suscetível de quebrar as cadeias indutivas que apoiam a hipótese da acusação ou que ao menos deixe aberta uma lacuna para a possibilidade de inocência do imputado[22].

Caso o acervo probatório carreado nos autos dê sustento e/ou seja compatível com duas explicações concretas equitativamente satisfatórias a revelar a evidência indiciária revelada no processo, a absolvição é medida que se impõe, conforme determina o princípio do *in dubio pro reo*[23]. Isto é, os indícios não serão

21. FERRUA, Paolo. *La prova nel processo penale*, cit., ivi, que cita muito oportunamente L. Wittgenstein. Disponível em: [http://oaji.net/articles/2017/3904-1523788959.pdf]. Acesso em: 22.08.2019.

    No original: "*Sta a significare che si è giunti a un punto, indeterminabile a priori, in cui la vanga del dubbio, che deve sempre armare il giudice, ha incontrato lo strato duro della roccia, rappresentata dalle prove, e si è piegata, risultando inaccettabile ogni spiegazione diversa dalla colpevolezza*".

22. FALZEA, *Angelo; GROSSI*, Paolo; CHELI, *Enzo; COSTI*, *Renzo*. *Enciclopedia del diritto*. Annali, v. 2. Front Cover. *Giuffrè Editore*, *2008, cit. Ivi. PALAVERA. Verso una* "construzione giuridica della scienza": riflessi dell'oltre il ragionevole dubbio e della recente giurisprudenza di cassazione sulle decisioni dei tribunal di merito, *in Riv. It. Med. Leg.* 2002. p. 1296. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?id=C6mcb4lsciIC&pg=PA108&dq=basta+un+solo+dato+cui+l%27ipotesi+accusatoria+non+si+adatta&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwixy7HO9JfkAhX9JrkGHZ4xDHQQ6AEIKTAA#v=onepage&q=basta%20un%20solo%20dato%20cui%20l'ipotesi%20accusatoria%20non%20si%20adatta&f=false].

23. VÁSQUEZ, Carlos de Miranda. La prueba indiciaria: Deducción? Inducción? Abducción? O inferencia a la mejor explicación? In: GARCÍA AMADO, Juan Antonio; RAÚL

apurados em abstrato, considerando as infinitas possíveis versões dos fatos. A valoração se remeterá ao contexto do processo, àquelas alternativas que de maneira fundamentada surgiram nos autos e foram manifestadas a partir do concreto confronto do contraditório exercido pelas partes.

Consequentemente, a hipótese que é ostentada pela acusação deve ser munida de robusto acervo probatório; deve ser a única, à vista da prova concretamente reunida, a dar sustento à versão que se propõe para a reconstrução dos fatos sob apuração, justamente porque reza ao órgão acusatório a incumbência de provar a culpabilidade do acusado. E é preceito constitucional, próprio de um Estado de Direito, abominar a condenação de uma pessoa que não é culpada[24].

Importante destacar que, assim como determinam as leis brasileiras (embora não raro encontremos o acusado tendo que provar sua inocência em alguns casos), no direito de *common law,* o ônus de provar a culpa do acusado no processo criminal recai unicamente sobre o Estado[25]. É um dos aspectos mais importantes do princípio da presunção de inocência, e que diz respeito ao ônus da prova no momento da instrução processual, pois, devido ao estado de inocência, o acusado não tem necessidade de provar nada, recaindo ao acusador o ônus da prova.

O acusado ou suspeito não possui nenhuma obrigação. A defesa não manifesta uma verdadeira pretensão, mas apenas sua oposição à pretensão punitiva contida na denúncia. Logo, a acusação é a responsável pela produção de provas que atestem a prática do ilícito penal para além de uma dúvida razoável (*beyond reasonable doubt*). Se a defesa encontrar a imprescindibilidade na produção de uma determinada prova, o padrão exigido para ela será inferior ao da acusação, sendo aplicado o mesmo imposto às lides do âmbito cível, qual seja, o *preponderance of the evidence*.

Com efeito, não incidirá para a defesa o mesmo padrão exigido para a acusação. E, nessa perspectiva, ao acusado não é exigido que prove a sua inocência. Assim, verifica-se que o direito de exercer a produção probatória e propor provas contrárias à versão apresentada pela acusação com o intento de manifestar sua inocência é uma mera faculdade do acusado[26].

BONORÍNO, Pablo (Coord.). *Prueba y razonamiento probatorio en derecho, debates sobre abducción*. Editorial Comares, 2014. p. 204.

24. *United States* v. *Noira*, CR 06-135 (E.D.N.Y. 2006).
25. GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence*: principles, cases and readings. 2. ed West Publishing Company. St. Paul. 1980. p. 29.
26. Idem.

Outrossim, como já visto, os erros judiciais no processo penal possuem custos sociais mais elevados do que os outros modelos de constatação da prova anglo-saxões. Princípios morais como liberdade, estigma social, segurança pública, concreta tutela de bens jurídicos etc. fazem parte do ponto central de toda a organização e configuração da justiça criminal, na medida em que necessariamente um erro judicial nesse contexto porta efetiva capacidade de gerar danos sociais superiores aos possivelmente produzidos nas outras instâncias processuais[27].

Logo, conclui-se sem dificuldade pela necessidade de um *standard* mais elevado, que faça com que o jurado pondere os valores mencionados com o devido cuidado, submetendo as hipóteses emergidas no processo ao contraditório, a par de um diálogo comum. O *beyond a reasonable doubt*, portanto, leva as opções valorativas do julgador a uma perspectiva mais racional e, correspondentemente, mais humana.

Assim é que Blackstone, juiz inglês do século XVIII, pioneiramente se aprofunda sobre o tema e profere elocução a respeito do sistema judiciário de *common law:* em livre tradução, para a sustentação da lei é melhor que dez pessoas culpadas escapem do que uma única inocente sofra[28]. Logo, sob um viés utilitarista, o direito processual penal deve ser pensado para, na hipótese de erro, obter dez vezes mais absolvições de culpados do que condenações de inocentes[29].

E foi nessa esteira que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no julgamento *In re Winship*, previu constitucionalmente o *standard* probatório *beyond a reasonable doubt*[30]. Na oportunidade, colocou-se ainda que de acordo com a cláusula do devido processo, contida na 14ª emenda à Constituição dos Estados Unidos, o Estado deve provar todos os elementos de uma acusação de infração criminal além de uma dúvida razoável para condenar criminalmente um acusado[31].

---

27. *U.S. Supreme Court. In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970).
28. No original: "all presumptive evidence of felony should be admitted cautiously; for the law holds it's better that ten guilty persons escape than that one innocent party suffer" BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. Oxford: Printed at the Clarendon Press, 1765-1769. Disponível em: [http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/blackstone.asp]. Acesso em: 21.11.2018. Tradução livre: Todas as provas presuntivas acerca dos crimes devem ser admitidas cautelosamente; para a lei, é melhor que dez pessoas culpadas escapem do que uma pessoa inocente sofra.
29. NICITA, Antonio apud RIZZOLLI, Matteo. Op. cit.
30. *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970).
31. Idem. No original: "according to the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment to the United States Constitution, the state must prove every element of a charged criminal offense beyond a reasonable doubt to convict an accused criminal".

Ademais, segundo o relator do caso, Brennan Jr., esse *standard* dá "concreta substância ao princípio da presunção de inocência[32]"; uma vez que "uma pessoa acusada de um crime estaria em séria desvantagem, de fundamental injustiça, se pudesse ser condenada e presa por anos com a mesma intensidade probatória que seria suficiente para um processo civil[33]".

A partir disso, conclui-se que o mencionado *standard* probatório é o *burden of persuasion* do Direito Processual Penal e visa precaver esse ramo, como um todo, dos possíveis e tão trágicos erros judiciais. Esse "dever de persuasão", em seu núcleo, encontra duas escalas estruturais: os fatos que devem ser colocados à prova e o quão provados esses fatos precisam estar para convencer o julgador de que são verdadeiros ou provavelmente não são falsos[34].

Dentro dessa perspectiva, o *proof beyond a reasonable doubt* impõe uma meta ao julgador de que o *burden of persuasion* encontre a máxima probabilidade atingível. Logo, uma hipótese somente será reputada como verdadeira caso a preterição de qualquer outra se assente. Se, por sua vez, a hipótese considerada nula encontre em sua averiguação considerável probabilidade, a hipótese inicialmente selecionada não mais pode ser reputada como verdadeira.

Colocando em termos mais específicos, nas ciências sociais se convenciona que para que uma hipótese nula seja considerada verdadeira, a probabilidade de sua ocorrência deve ser superior a cerca de 5%. Transferindo tal premissa para o Direito Processual Penal, é possível considerarmos que a hipótese selecionada seja a da acusação e a hipótese nula seja a dúvida razoável. Logo, para que se encare uma determinada afirmativa como provada *beyond a reasonable doubt*, ou seja, acima da dúvida razoável, deve existir uma porcentagem de 95% de probabilidade de que de fato ela ocorreu no passado, referindo-se os 5% restantes a uma dúvida insuperável, inerente ao ser humano[35].

Dessa maneira, conforme o entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos da América[36], em caso de condenação criminal, é necessário que a acusação, que detém o aparato estatal para a persecução penal, apresente provas aptas a afastar qualquer dúvida razoável/considerável acerca da versão dos fatos apresentada pelo órgão acusatório, apontando todas as elementares do delito, de

32. Idem.

33. Idem.

34. FLEMMINGS JR., James. Burdens of Proof, 47 Va. L. Rev. 51 (1961).

35. ENGEL, Christoph. Op. cit., p. 7

36. *In re Winship*. Op. cit.

maneira que a probabilidade de ocorrência deste chegue a uma porcentagem próxima aos 95% anteriormente mencionados.

Em balizas mais tangíveis, dito percentual permite inferir que não basta uma conclusão no sentido de que "é mais provável que sim do que não". A mera probabilidade não se mostra suficiente ou adequada.

A verificação da ocorrência do delito, portanto, precisa encontrar bases mais sólidas. Não se pode exigir certeza, posto que há o reconhecimento da falibilidade humana. Mas deve ser eliminada qualquer dúvida dotada de credibilidade. Nessa acepção, deverá ser demonstrado, em caso de eventual condenação, que uma dúvida concreta (por exemplo, um álibi sustentado em defesa) está superada, ou de que se está diante de uma dúvida hipotética, teórica ou totalmente desalinhada com o fato julgado[37].

É possível então admitir que o *standard* probatório *beyond a reasonable doubt* é uma proteção adicional ao réu no processo penal, já que o parâmetro para se proferir uma condenação encontra valoração mais rigorosa. Assim aquiesce a Juíza Gertner ao apontar que "o devido processo exige salvaguardas processuais e um elevado padrão de prova, ou seja, prova além de qualquer dúvida razoável".[38]

Como forma de reforçar essa concepção, seguem conclusões, em livre tradução, de duas decisões provenientes de cortes norte-americanas:

> "Por estas razões e as razões expostas mais completamente no registro, a Corte conclui que o Governo estabeleceu além de qualquer dúvida razoável que o Réu cometeu cada elemento de cada uma das Contagens 1 a 7 conforme apontado pela acusação na denúncia".[39]

E "pelos motivos acima, o Governo cumpriu com seu ônus de provar além de uma dúvida razoável cada um dos elementos necessários para estabelecer que o

37. OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro de. In dubio pro reo e proteção para além da dúvida razoável. *Jota*. 2017. Disponível em: [http://next.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pelo-mp/dubio-pro-reo-e-protecao-para-alem-da-duvida-razoavel-21022017]. Acesso em: 20.10.2018.

38. *United States v. Pimental*, 367 F. Supp. 2d 143, 154 (D. Mass. 2005). No original: "due Process requires procedural safeguards and a heightened standard of proof, namely, proof beyond a reasonable doubt".

39. *USA v. Williams*. Case n. 4:15-cr-00365-JAR-1 (E.D.M.E.D. 2017). No original: "For these reasons and the reasons set forth more fully on the record, the Court concludes that the Government has established beyond reasonable doubt that Defendant committed each element of each of Counts 1 through 7 as charged in the Indictment".

réu violou o Título 18 da U.S.C. §922 (g) (8), e o réu é, portanto, julgado culpado pelo delito trazido na acusação[40]."

O que é possível inferir da leitura dos excertos dos julgamentos referidos é que, para que se conclua pela responsabilização do acusado, o Estado deve percorrer caminho árduo até convencer o julgador de que todos os elementos da acusação estão provados. O *standard* probatório *beyond a reasonable doubt* requer, assim, um quadro probatório robusto e desempenha, inegavelmente, um papel vital no sistema anglo-saxônico de processo penal.

O modelo é, como já antes referenciado, um instrumento primordial para reduzir o risco de condenações baseadas em erros factuais. Ele fornece substância concreta para a consagração da presunção de inocência, princípio fundamental "axiomático e elementar" cuja "aplicação está na base da administração do direito penal de *common law*"[41].

3. Sistemas divergentes

Para compreender melhor o alcance do *standard beyond a reasonable doubt*, é importante registrar que em regra nos sistemas de *common law* o julgamento dos fatos e suas consequências jurídicas, ao contrário do que se vê no Brasil, é realizado, em sua maioria, por juízes leigos, jurados escolhidos entre os cidadãos. No direito pátrio, os delitos de competência do Tribunal do Júri são apenas os crimes dolosos contra a vida, enquanto que nos Estados Unidos da América (EUA), por exemplo, é possível que se tenha um julgamento através do júri popular tanto em causas cíveis quanto em causas penais, sendo de sua competência todos os crimes, exceto os de responsabilidade, uma vez que em casos criminais o réu deve ser condenado a mais de seis meses de prisão para que tenha direito ao julgamento pelo Júri.

Isso ocorre em razão de a Constituição Americana prescrever que todos os acusados têm direito a um julgamento público e rápido, conforme sua Sexta Emenda, traduzida *in verbis*:

40. *USA v. Campbell*. CR. S-03-0483 WBS (E.D.C. 2005). No original: "For the foregoing reasons, the government has met its burden of proving beyond a reasonable doubt each of the elements necessary to establish that the defendant violated Title 18 U.S.C. §922(g)(8), and the defendant is therefore adjudged GUILTY of the offense charged in the Indictment".

41. *Coffin v. United States,* 156 U.S. 432 (1895) At 453.

> "Nos processos de direito consuetudinário, quando o valor da causa exceder vinte dólares, será garantido o direito de julgamento por júri, cuja decisão não poderá ser revista por qualquer tribunal dos Estados Unidos senão de acordo com as regras do direito costumeiro. (Emenda VI). Tal julgamento deverá ser feito por jurado imparcial e selecionado pelo Estado, no Distrito no qual foi cometido o delito, sendo previamente estabelecido por lei, conforme previsão no artigo 3º, seção 2, parte final da Constituição Americana: [...] O julgamento de todos os crimes, exceto em casos de impeachment, será feito por júri, tendo lugar o julgamento no mesmo Estado em que houverem ocorrido os crimes; e, se não houverem ocorrido em nenhum dos Estados, o julgamento terá lugar na localidade que o Congresso designar por lei".[42]

Ressalta-se que a pedra angular da justiça nos EUA é o processo perante o Tribunal do Júri. O cidadão americano participa da vida pública não apenas a partir do direito ao voto, mas, em especial, pela possibilidade de integração ao corpo de jurados. Dessa maneira, a cidadania é também exercida através do Tribunal do Júri, pois o poder emana do povo e, por intermédio dele, evitam-se decisões arbitrárias na aplicação da lei[43].

A figura do juiz, sob essa perspectiva, preside o julgamento pelo Tribunal do Júri e aclara previamente aos juízes leigos uma série de observâncias que devem ser tidas em consideração antes destes proferirem o seu veredito final, como a respeito da presunção de inocência e o ônus da acusação em firmar a culpa do acusado para além da dúvida razoável[44].

Importa destacar também mais uma garantia desse sistema. Os jurados precisam debater entre si a causa sob julgamento até que se encontre um consenso de unanimidade. Caso a unanimidade não seja alcançada, sucede o *hung jury*, que leva o juiz presidente a, compulsoriamente, declarar um *mistrial* e convocar um novo julgamento. Nada obstante, em alguns estados a discordância entre os jurados pode levar o juiz, com a anuência do Promotor, a promover a absolvição do réu. No Brasil, por outro lado, nos casos de atuação do Tribunal do Júri, não é necessária uma uniformidade entre os jurados, estes respondem a quesitos

42. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *The Constitution of the United States*. *Amendment* 6. Disponível em: [www.usconstitution.net/const.pdf]. Acesso em: 21.01.2018. Livre tradução.

43. *RANGEL*, *Paulo*. *Direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 45.

44. *R. v. Lifchus*. 3 SCR 320 (1997). Disponível em: [http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1997/1997rcs3- 320/1997rcs3-320.html]. Acesso em: 25.01.2019.

individualmente, e necessariamente sem discussão entre eles, terminando a votação quando é encontrada a maioria simples dos votos.

A partir dessa breve exposição acerca do tribunal do júri anglo-americano pretende este artigo demonstrar que, apesar das diferenças, o sistema de *common law* é inerentemente pautado pelo princípio da presunção da inocência[45], assim como o direito processual penal pátrio. Há, no entanto, que se reconhecer que existe uma diferença entre os indivíduos responsáveis pela formação da convicção acerca da responsabilidade do réu em determinados crimes, sendo na realidade brasileira, em sua maioria, um magistrado, que cursou faculdade de Direito e atendeu à Escola de Magistratura, e, no caso americano, um julgador leigo, que formará sua convicção pautando-se apenas em razão e senso comum.

Tendo isso em consideração, fica evidenciado o porquê da exigência probatória elevada, que assim como a unanimidade entre os jurados, funciona como verdadeira garantia do sistema de *common law* ao acusado. Reclama-se que, como visto no tópico anterior, a acusação traga todos os elementos de prova necessários para formar a culpa do réu além da dúvida razoável. Dessa forma, caso as provas não sejam cabais, plenamente aptas a determinar a culpabilidade do acusado, há que se falar em absolvição, sob pena de recair em eventual equívoco do júri, que pode acabar condenando um cidadão inocente.

4. O *STANDARD* PROBATÓRIO CRIMINAL *BEYOND A REASONABLE DOUBT* EMPREGADO EM MOTIVAÇÕES BRASILEIRAS

Alusões ao *standard* probatório *beyond a reasonable doubt,* ou "acima de qualquer dúvida razoável", são notadamente encontradas em diversas decisões brasileiras da atualidade. Verifica-se a presença do conceito alienígena, por exemplo, nas Ações Penais 5036528-23.2015.4.04.7000/PR, 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, 5083376-05.2014.4.04.7000/PR, 5083401-18.2014.4.04.7000/PR e 985/MT.

Para compreender melhor como tem se dado atualmente essa aplicação entre os brasileiros, analisar-se-á, a título de exemplo, uma das decisões mais polêmicas da atualidade no país, o Voto do Relator João Pedro Gebran Neto, proferido no âmbito da Apelação n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR[46]. Escolheu-se o

45. *Woolmington v. DPP*. UKHL 1 (1935).

46. PARANÁ. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação 5046512-94.2016.4.04.7000. Des. Rel. João Pedro Gebran Neto. 8ª Turma. 30 jan. 2017. Disponível em: [www.conjur.com.br/dl/voto-relator-lula-trf4.pdf].

julgado em questão pelo alcance nacional da denominada *operação Lava Jato* e porque a partir dele ficar mais acessível a visualização do que se pretende apresentar neste trabalho. Inicialmente, segue colacionado um de seus trechos, que trata especificadamente acerca do *standard* penal anglo-saxônico:

> "O tema das provas é de fundamental importância, em especial porque os delitos imputados aos acusados são complexos e de difícil apuração, muitas vezes dependente de um conjunto de indícios para a sua comprovação. Esta prova indireta deverá ser 'acima de qualquer dúvida razoável', excluindo-se a possibilidade dos fatos terem ocorrido de modo diverso daquele alegado pela acusação".

Do excerto é possível compreender que o entendimento do julgador não é outro senão o de que um quadro probatório, embora mais frágil, sucederia suficiente para comprovar a prática delituosa por determinado réu se minimamente alcançar o *standard* anglo-saxônico *beyond a reasonable doubt*.

Corrobora com essa inferência comentário feito pelo mesmo Desembargador, João Pedro Gebran Neto, em evento jornalístico ocorrido em Buenos Aires-Argentina, em 02 de novembro de 2017. O magistrado afirmou que "acabou a ingenuidade" nos julgamentos de casos de corrupção, nos quais não se deve esperar uma *prova insofismável* para eventualmente condenar um acusado[47]. Os juízes brasileiros, segundo ele, agora reputam como "suficiente" uma *prova acima da dúvida razoável*, desde que se possa identificar *convergência* nos elementos probatórios do processo[48].

Nada obstante, a conclusão do julgador sob análise não é exatamente acertada. O modelo penal anglo-saxônico em questão, como é submetido a juízes leigos e aborda bem jurídico de alto valor social, conforme visto em tópico anterior, exige alto grau de prova e não o minimamente satisfatório; até porque, a partir dessa linha de pensamento, aumentariam os riscos de possíveis erros judiciais, já que bastaria que a acusação juntasse algumas provas tênues que o réu não conseguisse desconstruir totalmente para que os jurados concluíssem pela sua condenação.

Sob tais limiares, pessoas inocentes podem ser facilmente condenadas por simplesmente falharem em persuadir os juízes sobre a versão contrária dos

47. PODER 360. Acabou a ingenuidade em casos de corrupção, diz juiz do recurso de Lula. 03.11.2017. Disponível em: [www.poder360.com.br/lava-jato/acabou-a-ingenuidade-em-casos-de-corrupcao-diz-juiz-do-recurso-de-lula/]. Acesso em: 19.01.2018.

48. Idem.

fatos presumidos, o que vai totalmente de encontro ao que preconiza o sistema penal de *common law* e a formulação de Benjamin Franklin de que "é melhor que uma centena de pessoas culpadas escapem do que uma pessoa inocente seja penalizada[49]".

A consubstanciar o apresentado e voltando para a análise do mencionado voto, seguem os julgados que o Relator do caso sob discussão utilizou para consubstanciar sua opinião:

> "Sobre o nível de prova necessário ao decreto condenatório, inspirado no modelo alienígena, já decidiu o E. Supremo Tribunal Federal: direito penal. Ação penal de competência originária. Operação sanguessuga. Fraude em licitação. Crime do art. 90 da Lei 8.666/1993. Corrupção passiva. Quadrilha. Deputado federal. Falta de prova hábil. Absolvição. 1. A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a melhor formulação é o 'standard' anglo-saxônico – a responsabilidade criminal há de ser provada acima de qualquer dúvida razoável –, consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. 2. À falta de prova suficiente da participação do acusado, Deputado Federal, nos crimes licitatórios praticados com verbas decorrentes de emendas parlamentares de sua autoria, bem como do recebimento de vantagem indevida em decorrência das emendas parlamentares e, ainda, de associação a grupo dedicado à prática de fraudes e peculatos na aquisição de ambulâncias com recursos federais, impõe-se a absolvição. 3. Ação penal julgada improcedente." (AP 521, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, publicado em 06.02.2015)
>
> "O Superior Tribunal de Justiça já adotou mesmo posicionamento: penal e processual penal. Art. 2º da Lei 8.176/1991 e art. 55 da Lei 9.605/1998. Concurso formal. Prescrição. Falta de provas. [...] 5. O estado jurídico de inocência, corolário da dignidade da pessoa humana, exige para a condenação a certeza além da dúvida razoável, não sendo admissível sequer a alta probabilidade. Ausentes elementos de prova aptos a demonstrar os fatos imputados, devem os réus ser absolvidos com fundamento no art. 386, II, do CPP. Ação penal julgada improcedente, absolvendo-se os acusados com fundamento no art. 386, II, do CPP." (APn 719/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, *DJe* 18.11.2014)

49. Carta de Benjamin Franklin para Benjamin Vaughan (Mar. 14, 1785), in *The Works Of Benjamin Franklin* 13 (John Bigelow ed., 1904). No original: "it is better a hundred guilty persons should escape than one innocent person should suffer".

> "Queixa-crime ajuizada contra parlamentar. Injúria. Delito praticado por meio de matéria divulgada em periódico escrito. Alegada falta de justa causa por inexistência de dolo específico voltado a atingir a honra da vítima. Necessidade da dilação probatória. Subsunção dos fatos à conduta típica descrita na inicial acusatória. Queixa recebida. 1. A verificação acerca da narração de fato típico, antijurídico e culpável, da inexistência de causa de extinção da punibilidade e da presença das condições exigidas pela lei para o exercício da ação penal (aí incluída a justa causa) revela-se fundamental para o juízo de admissibilidade de deflagração da ação penal. A inexistência de dolo específico é questão que deve situar-se no âmbito da instrução probatória, por não comportar segura ou precisa análise nesta fase processual, que é de formulação de um simples juízo de delibação. 2. As condutas em foco, todavia, se amoldam, em tese, ao delito invocado na peça acusatória, sendo que a defesa apresentada pelo querelado não permite concluir, de modo robusto, ou para além de toda dúvida razoável, pela improcedência da acusação. 3. Queixa recebida." (Inq 2968, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, publicado em 17.08.2011)

Uma análise, ainda que perfunctória, das primeiras decisões permite notar que há controvérsia entre as decisões trazidas pelo magistrado e a seu respectivo fundamento. O Relator, que concluiu pela suficiência probatória e manteve a condenação dos réus, utilizou precedentes absolutórios para consubstanciar sua opinião, tendo um deles expressamente disposto que "o estado de inocência exige para a condenação a certeza além da dúvida razoável, não sendo admissível sequer a alta probabilidade", algo que vai estritamente de encontro ao seu entendimento de "prova minimamente suficiente".

A última decisão colacionada, por sua vez, refere-se a recebimento de queixa, em que de fato se exige o lastro mínimo probatório que anseia o Desembargador. Contudo, o que se analisava no caso concreto não era o recebimento da denúncia, mas sim os fundamentos da sentença, momento em que o juiz examina as provas produzidas e conclui se são suficientes ou não para demonstrar, a partir de elevadíssima probabilidade, com a imperiosa segurança necessária, a responsabilidade do acusado.

Dessa maneira, o que se percebe é que todos os julgados utilizados para consubstanciar a decisão *sub examine* não coadunam em nada com a linha de pensamento do Voto em questão, pelo contrário.

Do retratado, então, é possível inferir uma aplicação um tanto equivocada do *standard beyond a reasonable doubt* ao caso concreto. O *standard* aplicado mais se aproxima do *preponderance of evidence*, ou mesmo do *probable cause,* mais característica do direito civil. De fato, na esfera do princípio da livre apreciação da prova,

não se exige que a convicção dos jurados sobre a validade dos fatos apontados pelas partes equivalha à maior certeza possível, bastando um juízo suficiente de probabilidade ou verossimilhança[50].

Cumpre ressaltar que na decisão analisada não se menciona o grau elevadíssimo necessário ao acervo probatório (aí sim característico do Direito Penal) e que em nenhum momento existe a preocupação em somente descartar alternativas apontadas pela defesa caso estas se encontrem verdadeiramente dissociadas do cenário construído pelas provas, que deve ser, destaca-se, robusto e farto.

Evidentemente, na esfera criminal, estamos além da própria alta probabilidade, convindo salientar o que foi exposto anteriormente de que existe e deve ser reconhecida uma segura diferença entre os *standards* cível e penal. Tendo assim entendido a Suprema Corte dos EUA (*In Re Winship*), ao rejeitar proposição de que haveria apenas uma tênue diferença entre o *standard of proof beyond a reasonable doubt* e o *preponderance of evidence*[51].

Outrossim, além do que já fora apontado, é possível observar na decisão sob exame a preponderância do raciocínio justificatório sobre o raciocínio decisório em si. Infelizmente, tem existido costume entre os magistrados brasileiros em fundamentar com base na decisão – *adaequatio intellectus et rei*[52]. Malgrado seja a motivação consubstanciada no raciocínio decisório, o centro da decisão judicial não pode ser a maneira como o julgador fundamenta seu ato, mas de que forma estabelece seu raciocínio para formar essa decisão – *adaequatio rei et intellectus*[53]. Lucchesi, ao explorando questão similar, reputa: "Ao que parece, o recurso à expressão 'prova além da dúvida razoável' tem sido utilizado como simples adorno retórico da decisão, sem que esteja cumprindo alguma efetiva função de controle".[54]

Nesse sentido, o que se percebe é que, apesar de aparentemente os magistrados "utilizarem" o *standard* probatório *beyond a reasonable doubt,* fazem-no apenas como ornato ou pior, empregam-no de forma distorcida, como um requisito

50. FREITAS, Lebre de. *Introdução do processo civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 160-161.

51. KNIJNIK, Danilo. Op. cit.

52. SAMPAIO, Denis. Op. cit.

53. Idem.

54. LUCCHESI, Guilherme Brenner. O necessário desenvolvimento de standards probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 156, ano 27. p. 177.

mínimo a ser atendido para que se conclua pela responsabilidade dos acusados. A garantia probatória, nesses casos, não é utilizada no momento de racionalização da valoração das provas e não condiz com o que se espera da aplicabilidade adequada de um *standard* penal.

5. Aplicabilidade do *standard* probatório *beyond a reasonable doubt* no direito processual brasileiro

Destaca-se que a partir do padrão *beyond a reasonable doubt* um édito condenatório não pode jamais ser fundado em presunções ou ilações; de igual sorte tampouco é concebível sua utilização inexata para consubstanciá-las. A devida aplicação desse *standard* probatório precisa, antes de qualquer coisa, verificar sua origem e conceito, que, conforme visto, são intimamente conectados e disciplinados a partir dos princípios da presunção da inocência, do contraditório e do devido processo legal. Dito isso, o presente artigo passa, então, a analisar se a construção em foco pode ser aplicada/é compatível com nossa estrutura jurídico-penal.

Fica desde logo evidente que, embora oriundo de outro sistema judicial (o *common law*) e destinado para certo tipo de julgador (jurados), o *beyond a reasonable doubt* encontra receptividade em nosso Código Processual Penal e Constituição, pois há correspondência entre seus princípios basilares e a conformação constitucional do processo penal brasileiro, que deve ser pautado justamente a partir da presunção de inocência e do devido processo legal.

Tal padrão de prova demanda de seus jurados o maior grau de convicção possível e, caso se conclua que o acusado é provavelmente culpado, orienta-se que se busque a absolvição. Com efeito, o "além da dúvida razoável" funciona, na prática, como uma garantia ao acusado, um controle sobre a motivação das decisões, podendo, inclusive, ser uma alternativa garantidora na apreciação da prova para nossos magistrados.

A utilização, grife-se, correta do *standard* probatório *beyond a reasonable doubt,* que é a compatível com o direito processual penal brasileiro, estabelece um padrão de exigência probatória mais elevado, nunca o contrário. Impõe-se que a acusação traga todos os elementos de prova necessários para formar a culpa do réu além da dúvida razoável, ou melhor, além de qualquer possibilidade razoável de inocência. Logo, caso essas provas não sejam cabais e robustas, plenamente aptas a determinar a culpabilidade do acusado, há que se falar em absolvição.

De outro modo, se porventura se recaia na utilização equivocada do padrão e seja dispensado o controle especialmente rigoroso sobre a prova[55], bastando a minimamente satisfatória, como se vê em algumas motivações brasileiras, seria possível inferir que a aplicação da falsa ideia de certeza absoluta seria uma alternativa mais garantidora ao réu, o que não se encaixa de forma alguma ao que trazem os *standards* probatórios, pautados nos critérios do reconhecimento da falibilidade humana e da observância das possíveis consequências de erros judiciais.

Além disso, importa anotar que não é fácil constatar a desvirtuação do conceito de prova acima da dúvida razoável, pois "o que se fala não é normalmente o que se diz". Muitas vezes é possível verificar a menção a esse padrão probatório, como se garantia mínima fosse, mas somente sob um olhar mais atento sobre todo o caminho de valoração da prova percorrido pelo julgador é que advém a capacidade de perceber se o alto grau de exigência probatória foi observado ou não.

O instituto alienígena introduz uma visão epistêmica mais precisa em cotejo com a livre valoração das provas no processo penal, prefixando critérios que possibilitam, dentro do infinito psíquico do ser humano, uma decisão mais racional sobre os fatos. À vista disso é que se depreende que esse *standard* probatório não é meramente uma conformação mínima que a decisão judicial afirmativa deve observar, esse modelo de constatação é na verdade uma técnica a ser aplicada na organização processual, sobretudo na forma em que o julgador estabelece seu raciocínio, seu juízo crítico acerca do conjunto probatório.

Assim, uma vez feita a importação do modelo de constatação da prova em foco, é imprescindível que se proceda com cautela, que se conheça suas exigências, aspectos e finalidade, sob pena de desvirtuar a construção anglo-saxônica e criar novo instituto que possibilite motivações arbitrárias e desrespeito às garantias fundamentais do cidadão brasileiro.

Por conseguinte, propõe-se que a importação responsável do instituto da prova além da dúvida razoável possibilita sua aplicabilidade no direito processual penal brasileiro, especialmente em suas motivações judiciais. Sua deturpação (coisa que vemos bastante em nossos tribunais e que já vem sendo criticada[56]), por outro lado, é invenção (in)jurídica que não encontra base científica ou empírica.

---

55. CHOO, Andrew L-T. *Evidence*. 3. ed. Oxford: Oxford, 2012. p. 48.

56. MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova "para além de toda dúvida razoável" no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 156, ano 27. p. 221-248.

6. Conclusão

O *standard beyond a reasonable doubt* orienta o processo penal anglo-saxônico e concretiza neste o princípio da presunção da inocência, na medida em que orienta seus cidadãos a respeito do controle rigoroso sobre a carga probatória, que precisa demonstrar, a partir de elevadíssima probabilidade, cerca de mais de 95%, que alguém é indubitavelmente culpado. Assim, conforme referido durante todo o artigo, a construção alienígena em foco funciona verdadeiramente como uma garantia do acusado, uma forma de controle sobre o âmbito psíquico dos julgadores.

A Constituição, a despeito de seus problemas, estabelece que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, que tem a liberdade individual como valor jurídico estruturante e a mencionada presunção de inocência como princípio político do processo penal. Tais princípios não constituem óbice para a aplicação do modelo de constatação *beyond a reasonable doubt* na sua realidade jurídica. Inclusive, sua aplicação pode ser tida como um importanteo mecanismo de controle e redução de danos, ainda que não imunize o risco do decisionismo[57]. Em contrapartida, foi possível constatar, nas decisões-paradigma, equívoco por parte dos magistrados no que concerne ao grau de suficiência estabelecido pelo padrão forâneo.

Percebeu-se que por aqui a construção da prova "além da dúvida razoável" não está sendo utilizada como uma forma de assegurar garantias, mas sim tomada e deturpada para função distinta, que vai de encontro com o que originalmente almeja o mencionado instituto, flexibilizando o arcabouço probatório e estabelecendo-se sobre apertadas probabilidades, mais características do Direito Civil no padrão anglo-saxônico. Em razão disso, firmou-se que caso exista uma aplicação desse *standard* no direito brasileiro, a mesma deve seguir as diretrizes originárias do instituto, verificando sua origem e conceito, para que não se torne uma invenção de nossa prática (in)jurídica.

A importação responsável desse modelo de constatação da prova, advindo do direito comparado, deve sempre ser feita com prudência, sob pena de desrespeito às garantias penais fundamentais do cidadão e completa desvirtuação do significado da máxima anglo-saxônica, que possui a racionalização e o emprego constante do contraditório como ideais. Reforça-se que o *standard* probatório *beyond*

57. LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. *Sobre o uso do standard probatório no processo penal*. CONJUR. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-jul-26/limite-penal-uso-standard-probatorio-processo-penal]. Acesso em: 02.01.2020.

a reasonable doubt, em sua concepção primeva, pauta a responsabilidade criminal apenas no arcabouço probatório e não dá lugar a ilações ou suspeitas, já que faz parte do entendimento de que é preferível absolver mil culpados do que condenar um único inocente.

Nada obstante, esclarece-se que não é pretendido que haja uma aplicação inflexível do instituto debatido, ou que esta seja processada de forma pura, sem qualquer adaptação à realidade jurídica brasileira. O proposto é que tal implementação de concepção ádvena, que pode e deve ser pautada através de uma visão crítica e adaptável, encontre comparação e estudo cuidadoso, necessários à conformação do âmbito jurídico, com ao menos mínima correspondência à função inerente ao *standard* em questão, que parece ter sido olvidada nas recentes decisões judiciais brasileiras que a ele fazem referência.

Referências

BIGELOW, John. *The works of Benjamin Franklin* 13. 1904.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. Oxford: Printed at the Clarendon Press, 1765-1769. Disponível em: [http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/blackstone.asp]. Acesso em: 21.11.2018.

CHOO, Andrew L-T. *Evidence*. 3. ed. Oxford: Oxford, 2012.

CLERMONT, Kevin M. standards of proof revisited. *Cornell Law Faculty publications, Paper* 13, 2009.

Commonwealth vs. John W. Webster. 5 Cush. 295, 59 Mass. 295. (1850).

Concrete Pipe & Prods., Inc, v. Constr. Laborers Pension Trust, 508 U.S. 602, 622 (1993)

ENGEL, Christoph. Preponderance of the evidence versus intime convicction – A Behavioural perspective on a conflict between American and continental law. *Preprints of the Max Planck Institute of Research on Collective Goods*. Bonn, 2008.

FALZEA, *Angelo; GROSSI*, Paolo; CHELI, *Enzo; COSTI*, *Renzo,* Enciclopedia del diritto. Annali, Volume 2. Front Cover. *Giuffrè Editore*, *2008, cit. ivi. PALAVERA. Verso una "construzione giuridica della scienza": riflessi dell'oltre il ragionevole dubbio e della recente giurisprudenza di cassazione sulle decisioni dei tribunal di merito, in Riv. It. Med. Leg. 2002, 1296. Disponível em:* [https://books.google.com.br/books?id=C6mcb4lsciIC&pg=PA108&dq=basta+un+solo+dato+cui+l%27ipotesi+accusatoria+non+si+adatta&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwixy7HO9JfkAhX9JrkGHZ4xDHQQ6AEIKTAA#v=onepage&q=basta%20un%20solo%20dato%20cui%20l'ipotesi%20accusatoria%20non%20si%20adatta&f=false].

FERRUA, Paolo. La prova nel processo penale, cit., ivi L. Wittgenstein. Disponível em: [http://oaji.net/articles/2017/3904-1523788959.pdf]. Acesso em: 22.08.2019.

FLEMMINGS JR., James. Burdens of Proof, 47 *Va. L. Rev.* 51 (1961).

FREITAS, Lebre de. *Introdução do processo civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence*: principles, cases and readings. 2. ed. West Publishing Company. St. Paul. 1980.

GLÖCKNER, Andreas apud ENGEL, Christoph. *Can we trust intuitive jurors?* An experimental analysis. Preprints of the Max Planck Institute of Research on Collective Goods. Bonn, 2008.

HERRAN, Miguel. et al. *Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales*. *Cuadernos Penales José Maria Lindón*. Deusto. 2010.

KNIJNIK, Danilo. *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: [www.abdpc.org.br/artigos/artigo37.htm]. Acesso em: 10.12.2018.

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. *Sobre o uso do standard probatório no processo penal*. CONJUR. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-jul-26/limite-penal-uso-standard-probatorio-processo-penal]. Acesso em: 02.01.2020.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. O necessário desenvolvimento de standards probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 156, ano 27.

MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova "para além de toda dúvida razoável" no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 156, ano 27.

NICITA, Antonio apud RIZZOLLI, Matteo. In dubio pro reo – Behavioural explanations of prodefendant bias in procedures. *CESifo Economic Studies*, 2014,

OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro de. In dubio pro reo e proteção para além da dúvida razoável. *Jota*. 2017. Disponível em: [http://next.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pelo-mp/dubio-pro-reo-e-protecao-para-alem-da-duvida-razoavel-21022017]. Acesso em: 20.10.2018.

PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002.

PODER 360. Acabou a ingenuidade em casos de corrupção, diz juiz do recurso de Lula. 03.11.2017. Disponível em: [www.poder360.com.br/lava-jato/acabou-a-ingenuidade-em-casos-de-corrupcao-diz-juiz-do-recurso-de-lula/]. Acesso em: 19.01.2018.

POSNER, Richard A. *An Economic approach to the Law of Evidence*. Chicago: John M. Olin *Law & Economics Working Paper* n. 66. 1999.

RANGEL, *Paulo*. *Direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REARDON, George. Evidence: proof beyond a reasonable doubt in civil cases. *University of Florida Law Review*, v. XXVII, *Allstate v. Vanater. Speaking Engagements.*

ROSENBERG, Irene Merkel et al. Perhaps what ye say is based only on conjecture – circumstantial evidence, then and now. *Houston Law Review*, v. 21 (1994-1995).

TRICKET. Willian. Preponderance of evidence and reasonable doubt. *The Forum*, v. X, 75 (1906).

VARS, Fredrick E. *Standards of Proof*, 2012. p. 3 Disponível em: [http://ssrn.com/abstract=1984820 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1984820]. Acesso em: 15.12.2018.

VÁSQUEZ, Carlos de Miranda. La prueba indiciaria: Deducción? Inducción? Abducción? O inferencia a la mejor explicación? In: GARCÍA AMADO, Juan Antonio; RAÚL BONORÍNO, Pablo (Coord.). *Prueba y razonamiento probatorio en derecho, debates sobre abducción*. Editorial Comares, 2014.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A aplicabilidade dos ***standards*** probatórios ao processo penal brasileiro, de Luis Irapuan Campelo Bessa Neto, Luiz Eduardo Dias Cardoso e Rodolfo Macedo do Prado – ***RBCCrim*** 165/129-158 (DTR\2020\372);
- O necessário desenvolvimento de ***standards*** probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro, de Guilherme Brenner Lucchesi – *RBCCrim* 156/165-188 (DTR\2019\31668); e
- Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do ***standard*** de prova "para além de toda a dúvida razoável" no processo penal brasileiro, de Janaina Matida e Antonio Vieira – ***RBCCrim*** 156/221-248 (DTR\2019\31670).

O encarceramento em massa na era do punitivismo: a criminalização da pobreza à luz do conceito de banalidade do mal de Hannah Arendt

The mass incarceration in the age of punitivsm: the poverty criminalization enlightened by the Hannah Arendt concept of banality of the evil

Fernando Hoffmam

Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista PROEX/CAPES no Mestrado e Doutorado. Membro do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição e da Rede Interinstitucional de Pesquisa Estado e Constituição, vinculado à FDV/ES, à ESDHC/MG e ao CNPQ. Professor Adjunto I do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Especialista em Direito: Temas Emergentes em Novas Tecnologias da Informação e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA).
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2211-9139
ferdhoffa@yahoo.com.br

Pedro Victor dos Santos Witschoreck

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus de Santiago (RS) (URI).
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5399-0023
pedroviktor@hotmail.com

Recebido em: 30.01.2019
Aprovado em: 13.11.2019
Última versão dos autores: 09.12.2019

Área do Direito: Penal

Resumo: O objetivo do presente trabalho é demonstrar a possibilidade da utilização do conceito de banalidade do mal, desenvolvido por Hannah Arendt, como metodologia determinante para a compreensão da atual realidade do sistema penal brasileiro, voltado a punir os pobres. Assim,

Abstract: The aim of this paper is to demonstrate the possibility of using the concept of banality of evil, developed by Hannah Arendt, as a determining methodology for understanding the current reality of the Brazilian penal system, focused on punishing the poor. Thus, it will observe the

observará o sistema penal e a sua lógica punitivista em relação às camadas mais vulneráveis da sociedade, vislumbrando o direito como um instrumento a serviço da burguesia. Os reflexos disto são as violações "legais" praticadas pelo Estado em desfavor de determinados indivíduos estigmatizados, mantendo o *status quo* desta estrutura classista. Ao passo que, desta análise criminológica, o conceito de banalidade do mal, que no século XX explicou a naturalização do mal quanto ao extermínio de judeus e outros indesejados aos olhos do nazismo, atualmente poderá mostrar também a "naturalidade" quando se trata de punir e segregar os pobres por meio de um sistema penal genocida que tem o encarceramento em massa como paradigma institucionalizado.

Palavras-chave: Punitivismo – Sistema Penal – Capitalismo – Banalidade do Mal – Encarceramento.

penal system and its punitive logic in relation to the most vulnerable layers of society, seeing the law as an instrument at the service of the bourgeoisie. The reflexes are like "legal" violations practiced by the state to the detriment of certain stigmatized individuals, maintaining or status of this class structure. Following this criminological analysis, the concept of the banality of evil, which in the twentieth century explains the naturalization of evil through the extermination of Jews and other unwanted effects in the eyes of nazism, now also also shows "naturalness" when it comes to punishing and segregating. the poor through a genocidal penal system that has mass incorporation as its institutionalized paradigm.

Keywords: Punitivism – Criminal System – Capitalism – Banality of Evil – Incarceration.

Sumário: Introdução. 1. O encarceramento em massa no sistema penal capitalista. 1.1. Punitivismo, medo e impunidade: as três faces de um mesmo discurso. 1.2. O encarceramento em massa como paradigma excludente. 2. A criminalização da pobreza à luz do conceito de banalidade do mal de Hannah Arendt. 2.1. A filosofia de Hannah Arendt e o conceito de banalidade do mal. 2.2. A criminalização da pobreza como externalidade do sistema: a pobreza como "mal banalizado". Conclusão. Referências bibliográficas.

"*Primeiro levaram os negros*
Mas não me importei com isso
Eu não era negro
Em seguida levaram alguns operários
Mas não me importei com isso
Eu também não era operário
Depois prenderam os miseráveis
Mas não me importei com isso
Porque eu não sou miserável
Depois agarraram uns desempregados
Mas como tenho meu emprego
Também não me importei
Agora estão me levando
Mas já é tarde.
Como eu não me importei com ninguém
Ninguém se importa comigo."
(Bertold Brecht)

Introdução

O sistema penal brasileiro na atualidade passa por uma crise evidente, e que já não vem de hoje, pois assentada em um paradigma punitivista e excludente, que é a marca das políticas criminais brasileiras desde sempre. O punitivismo e a cultura social punitivista que nasce dele são marcas enraizadas na sociedade brasileira que clama por punição, aumento de penas e encarceramento. No entanto, os encarcerados são sempre os mesmos, ou seja, o encarceramento em massa atinge a massa de pobres, negros e habitantes da periferia, para os quais a máquina punitiva estatal está direcionada.

Essa orientação é bastante clara, a partir das características exacerbadamente patrimonialistas do Código Penal brasileiro, que, datado do início do século passado, mantém as características tipicamente burguesas de proteção do patrimônio e da propriedade privada, presentes desde o Brasil Império, mantidas na República e que deixam suas raízes até os dias atuais. Nesse ponto, a criminalização do dano ao patrimônio é consequente e necessariamente a criminalização das classes mais pobres e vulneráveis, ainda, podendo se apontar a política de drogas brasileira como extremamente seletiva e excludente.

Nesse sentido, para que se possa evidenciar tal situação, a abordagem será em sentido filosófico, tratando o fato de como a noção de banalidade do mal, desenvolvida por Hannah Arendt, contribui, atualmente, para a compreensão do fenômeno da criminalização da pobreza no Brasil, isto é, verificando como as concepções sobre punitivismo são tratadas de maneira naturalizada e institucionalizada pela sociedade em relação aos pobres, atentando-se a autores clássicos da criminologia crítica e essencialmente a própria Hannah Arendt, em especial a obra "Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal". Nessa ótica, o presente trabalho encontra-se dividido em duas partes.

A primeira parte apresentará os discursos responsáveis por fortalecer a cultura do punitivismo e o endurecimento das penas, quais sejam: o medo e a concepção de impunidade, levantados como pauta social a fim de fortalecer a mentalidade punitivista preexistente. Nesse passo, ocorre a segregação dos indivíduos pobres pela via do sistema penal, que tem como solução final o encarceramento em massa da pobreza. Assim, far-se-á o entrecruzamento entre a cultura do punitivismo baseada nos discursos de medo e impunidade, relacionando-os com o encarceramento em massa como um paradigma excludente, direcionado à criminalização da pobreza como uma necessidade sistêmica (Parte 1).

Na segunda parte, será feito um percurso quanto à construção do conceito de banalidade do mal, desenvolvido por Hannah Arendt em meados do século XX

para "justificar", em sentido negativo, as proporções tomadas pelo nazismo e a naturalização das práticas de extermínio mediante uma espécie de "ausência" quanto a capacidade de reflexão que torna o mal banal. Nesse ponto, para além da apresentação do conceito de banalidade do mal, se buscará o entrelaçamento da temática referente ao funcionamento do sistema penal brasileiro e a relação com a banalidade do mal nos dias atuais. Com isso, busca-se demonstrar a naturalização do mal em se tratando da pobreza como externalidade do sistema de economia capitalista e a cultura do punitivismo geradora do encarceramento em massa como um mal necessário e banal para a proteção da sociedade, corroborando para a criminalização da pobreza de acordo com a seletividade do sistema penal – e capitalista –, sendo possível fazer essa leitura à luz do conceito de banalidade do mal de Hannah Arendt (Parte 2).

1. O encarceramento em massa no sistema penal capitalista

O sistema de produção capitalista demonstra uma série de aparelhos ideológicos para se estabilizar na sociedade, visando sempre o poder nas mãos da burguesia. Dentre esses recursos, um deles é o Direito Penal, responsável pelo encarceramento, e, consequentemente, a exclusão dos indesejados em sua "sociedade democrática".

Nessa lógica, a pena privativa de liberdade, ineficaz e excludente, mascarada pelo ideal da ressocialização e justiça, serve como mecanismo de segregação entre classes sociais, demonstrando a ideologia burguesa contida no sistema penal como um todo, aperfeiçoando-se em várias formas (i)legais de eliminação desses indivíduos, normalmente integrantes da pobreza.

Por meio dos discursos do medo e da impunidade, clama-se cada vez mais por punições severas, mesmo que a privação liberdade como forma de punir, nada resolva, uma vez que a criminalidade não diminui, e ninguém é "ressocializado". Assim, o respaldo da sociedade para dar sequência na lógica excludente do capitalismo vem por meio dos referidos discursos, ocultando a real razão do encarceramento em massa e das demais formas de segregação e eliminação, qual seja o ódio de classe, que coloca o pobre como o inimigo a ser combatido.

Por isso, a problemática do sistema penal não está ligada somente com a criminalidade, mas também com a característica do capitalismo em defender com unhas e dentes a classe dominante (burguesia), estagnando os indesejáveis por questões raciais e/ou econômicas em seus (in)devidos lugares, longe dos seus olhos e, de preferência, causando-lhes o maior sofrimento possível.

1.1. Punitivismo, medo e impunidade: as três faces de um mesmo discurso

No presente século, a sociedade encontra-se em constante movimento, onde cada vez mais o sistema de economia capitalista segrega a pobreza dos grandes centros, ou, então, cria espaços "separados" para ela, mesmo que misturados aos grandes centros. Ao passo em que o capitalismo cria raízes, tornam-se necessários para o seu firmamento o desenvolvimento de discursos que buscam a legitimação quanto a uma série de práticas segregacionistas, bem como de outras formas de atuação do estado burguês em desfavor de determinados cidadãos.

As buscas por justificativas e legitimações são responsáveis pela criação do discurso punitivista, pois colocam a punição como um fim para acabar/reduzir a criminalidade. Tal lógica se mantém a partir do momento que é transmitida a sensação de impunidade e de medo, incumbidos a fazer com que parte da população clame pelo encarceramento e/ou a morte daqueles que cometeram algum delito, acusando o Estado de não ser rígido como deveria ser, ou seja, de não suprir o desejo de segurança que emana do "povo".

A perspectiva que embasa a lógica do senso comum defende que o real fundamento do organismo punitivo estatal ocorre por meio da construção de uma diferença entre os cidadãos (portadores de direitos) e os inimigos (perigosos para a sociedade), os quais são dignos de medidas que vão além dos limites jurídicos. Desse modo, é construída a crença no atual modelo social que visa nos impor uma verdade, quase que indiscutível, a respeito da figura do "outro" indivíduo. Essa verdade é sob um viés ameaçador que nos posiciona defensivamente, sob a falácia de um perigo/medo constante e imediato, que nos coloca em risco quanto "o outro" (BOSCHI, 2010).

É por meio da figura do "outro", e o distanciamento criado por ela, que é possível o discurso do medo como essencial, pois, ao retirar o caráter de humanidade do "outro" e não o identificar como um "igual", acredita-se que ele é um inimigo, sendo assim, como todos os inimigos, deve ser destruído, eliminado ou retirado de onde está causando perigo. Considerando tais apontamentos, observa-se que o punitivismo, o medo e a impunidade são discursos que objetivam o mesmo fundamento, qual seja, a legitimação das segregações estabelecidas pelo capitalismo.

Diante do exposto, uma característica a ser destacada, é no sentido de que o punitivismo está embasado por questões racionais quanto ao Estado violar os direitos humanos inerentes a todos. Assim, havendo essa diferenciação extremamente midiática entre o "eu/nós" e "eles", ocorre uma espécie de "comercialização" do encarceramento quanto aos transgressores, ignorando qualquer

precariedade em sentido socioeconômico e na base estrutural que norteia o indivíduo (ZAFFARONI, 2001).

A crença existente na cultura do controle, colocada em prática por meio de um aumento quanto às punições, categoriza os indivíduos de forma maniqueísta, classificando-os em seres humanos bons e seres humanos maus. O objetivo disso é delinear contra quem devemos estar protegidos. A distância entre os bons e os maus deve ser enfatizada para possibilitar a segurança, que na lógica punitivista, sempre deve estar "perdida" para dar continuidade a tal estruturação (CARVALHO, 2015).

Tendo em vista essa estruturação do poder econômico, as camadas desprovidas de capital ficam segregadas estrategicamente por muros construídos no imaginário ou na realidade, e tornam-se a personificação daquilo que é considerado "mau". Essa segregação constitui a concepção do "outro" como alguém que não faz parte da humanidade, potencializando o medo e fortalecendo a cultura punitivista da sociedade capitalista (AMARAL, 2010).

Essa ideologia, praticamente um mecanismo de "defesa social", ocorre em razão da legitimidade do poder punitivo estatal por meio da aplicação da pena privativa de liberdade como forma de satisfazer as necessidades de castigar advindas da sociedade, e, no caso da sociedade capitalista, o desejo de castigar vem das elites, enquanto o castigo recai sobre as populações pobres e vulneráveis, sob a forma de um castigo sobre os inimigos, os maus, ou seja, um castigo "justo" (CARVALHO, 2015).

Surge a compreensão do crime como um fator político, na medida em que determinados indivíduos são induzidos a praticá-los, isto é, agir contrário à lei, ao passo em que o Direito e o Estado constituem parte da classe dominante (a burguesia) e são desfavoráveis às classes vulneráveis. Assim, tem-se a constante luta de classes dos detentores do poder contra aqueles que são submetidos a tal poder (BARATTA, 1999).

Na lógica conservadora, o crime é compreendido como uma escolha proveniente da racionalidade humana, e, nessa ótica, clama-se por punições mais severas. Acreditar que o crime é uma decisão racional da margem para a ficção consistente na visualização da pobreza como culpa do indivíduo, ou a riqueza como uma "conquista" dele, e não que é condicionante de classe e/ou cor. Esse fator, componente da meritocracia, basicamente serve apenas para tirar as responsabilidades de confrontação ao sistema dominante (BIZZOTO, 2009).

Considerando o caráter burguês do Estado, transmite-se a compreensão de que o indivíduo quis praticar determinado delito, como uma escolha proveniente da racionalidade, pois no imaginário burguês, ele poderia ter feito outra

escolha, como por exemplo, trabalhar ou estudar. Ignora-se que o Estado é o gerador da pobreza, bem como as violações cometidas por ele – Estado.

É a partir dessa confrontação entre classes que a ideia punitivista no Brasil adentra na crença de uma individualidade abstrata que homogeneíza todas as diferenças sociais, culturais, raciais e de gênero, assim como as demais existentes, viabilizando que as violências institucionais criem bases estruturais e se tornem constantes e naturais na sociedade (ADORNO, 1988).

Em razão disso, percebe-se que há uma associação um tanto quanto mecânica entre a pobreza e a violência, pois quanto maior a pobreza, possivelmente maior a violência. Essa violência não é nada além da expressão da luta de classes, consistente na manifestação advinda dos subalternos. Por essa razão, os criminosos fazem parte das representações sociais como "vítimas em potencial" do capitalismo, tornando-se indivíduos desfavorecidos pelo sistema desigual, que acabam sendo vulneráveis quanto às práticas delitivas (ADORNO, 1988).

Assim, dá-se a entender que é por meio da punição que virá a solução dos conflitos sociais e a resolução de todos os problemas pertinentes à criminalidade, bem como será ela a responsável por "moralizar" o neoliberalismo, ou seja, a pena é tida como a solução para os problemas do sistema, criados pelo próprio sistema (BARATTA, 1999).

A idealização da punição e a compreensão dela como algo fundamental para "pacificar" ou "melhorar" a sociedade capitalista pode ser uma das razões pelas quais as teorias conflituais visam demonstrar a relação entre Direito Penal e os interesses de classe, pois ele é um instrumento daqueles que detém o poder (BATISTA, 1990).

> "Para a grande maioria dos brasileiros – do escravismo colonial ao capitalismo selvagem contemporâneo – a punição é um fato cotidiano. Essa punição se apresenta implacavelmente sempre que pobres, negros ou quaisquer outros marginalizados vivem a conjuntura de serem acusados da prática de crimes interindividuais (furto, lesões corporais, homicídios, estupros, etc.). Porém essa punição permeia principalmente o uso estrutural do sistema penal para garantir a equação econômica." (BATISTA, 1990, p. 39)

Pelos motivos expostos acima, ocorre a cooperação do Estado para criar leis que protegem valores ameaçados pelos grupos subalternos, sendo a punição nada mais que a continuação do conflito pela via da (i)legalidade e da (ir)racionalidade pertinente ao Direito (BATISTA, 1990). Diante dessa lógica, o mal tem que ser eliminado, extinto, erradicado do meio social, ou, minimamente segregado em determinados locais (favelas, guetos, presídios e locais onde o Estado existe

somente na condição de inimigo), mas, preferencialmente, o mais distante possível do restante da sociedade. Esse distanciamento existe em razão do estigma criado e imposto a esses locais e pessoas, não precisando ser necessariamente um distanciamento físico, apesar de que, às vezes, também é (BATISTA, 1990).

Mais profundo que a suposta concepção de "tranquilidade", é a distância e a indiferença, as quais são absolutas e extremamente visíveis, pois não podemos correr o risco de nos identificarmos com aquele "outro lado", o qual atribuímos uma monstruosidade (a nossa monstruosidade). Assim completa-se o ciclo de transferência de tudo aquilo de que não gostamos em nós mesmos, para a descarga de nossas culpas ao sujeito que está localizado "do outro lado dos muros".

Conforme o exposto, observa-se a "construção" do maniqueísmo sobre os indivíduos, ao mesmo tempo em que é ignorado o funcionamento da sociedade contemporânea, tornando possível a conclusão no sentido de que a "ordem" tem ligação direta com o medo, na medida em que ele visa atingir o "emocional" dos cidadãos, facilitando a "ordem pela ordem", como um fim em si mesmo (BATISTA, 1990).

Pelas razões acima expostas, atualmente o "manejo" dos delitos diante do fracasso do sistema penal em combatê-lo, tem como objetivo adquirir certa credibilidade relativamente a governabilidade e sucessos eleitorais. Esse fator é responsável por incentivar o populismo punitivo, que tem dentre outros componentes, tornar as vítimas protagonistas e representantes do bem, facilitando a transmissão do medo para manter o *status quo*, no qual o delinquente carrega o fardo de representar o "mau" (PASSETTI, 2010).

Ocorre a relação entre os fatores acima mencionados e a construção de um imaginário social amedrontado, que cria um discurso de impunidade, responsável por gerar uma queixa ao Estado quanto a segurança pública. Diante disso, essa queixa deixa mascarada sua verdadeira realidade, acabando por se reduzir a pedir por mais punições, as quais atingem somente aqueles indivíduos "etiquetados" pelo capitalismo (ANDRADE, 2003).

O desejo pela segurança pública faz com que o Estado invista cada vez mais em órgãos de repressão, ao mesmo tempo em que alega falta de verba para outros setores, tais como saúde e educação. Exemplo a ser citado são as intervenções ocorridas nas favelas do Rio de Janeiro, onde visivelmente o Estado entra com o objetivo de eliminar certas pessoas, entretanto, a mídia retrata como algo necessário e humanizado que visa o combate à criminalidade e ao tráfico de drogas.

Tal problemática consiste em ignorar o estudo pragmático da criminalidade e produzir apenas uma "legislação simbólica", pois não tem como objetivo real a resolução dos problemas dessa ordem. Assim, criam-se leis a fim de contentar a classe dominante.

Destarte, cada lei penal criada torna-se mais uma que se destina a punir os pobres, na medida em que as sanções recaem sobre eles. Nesse sentido, há a ilusão de que uma lei seja capaz de impedir determinada ação, entretanto, ocorre que a criminalização não está necessariamente ligada com o cessamento de certas condutas, ela somente tipifica algo que vem sendo cometido, e continuará sendo, como ilícito, e partir disso, tenta-se demonstrar a imoralidade na referida conduta.

Em verdade, o que se pretende no seio do paradigma punitivista não é reduzir a criminalidade, mas sim, reduzir a quantidade de "indesejados sociais". Por mais recrudescido que seja o sistema penal, ele não impede o acontecimento de determinadas condutas, ainda, em um sistema penal com uma lei penal construída "capitalisticamente", como é o caso do Brasil, onde os crimes contra o patrimônio são punidos exemplarmente desde sempre, o que se consegue é cada vez mais criar zonas de indistinção entre a vida e morte, habitadas preferencialmente pelas camadas desprovidas da sociedade.

Diante disso, a crença criminológica dominante tem seu ponto principal na própria ideia de pena, e, antes de tudo, acredita na pena como algo sagrado e solucionador de conflitos, não importando o fundamento que a legitima. Não há debate nem atrito, pois todo o discurso legitimador da pena é aceito de forma fácil e rápida, imediatamente incorporado à sociedade de forma a naturalizar-se (BATISTA, 1990). Com efeito:

> "No Brasil e nos demais países emergentes, sem falar nos países subdesenvolvidos, os indicadores sociais do processo de aprisionamento são ainda mais alarmantes, como se sabe. Com efeito, não apenas as prisões estão superlotadas, como também as condições do aprisionamento são as piores possíveis. A seletividade que norteia a constituição da população carcerária, constituída por pobres e negros, assim como os privilégios outorgados às classes média e rica, é patente, atingindo o nível de obscenidade." (BIRMAN, 2010, p. 123-124).

Os reflexos dos discursos de medo e da impunidade que estão naturalizados socialmente, cumprem perfeitamente seu papel ideológico conforme exposto, tendo como solução para a violência uma forma de genocídio em desfavor das classes vulneráveis, ao mesmo tempo em que o Estado penal vai se tornando cada vez mais forte e estabilizado para dar continuidade a tais práticas (BIRMAN, 2010).

Considerando as reflexões expostas, torna-se necessária a construção de ideias e práticas libertárias, bem como igualitárias, visando o rompimento em todos os sentidos com as diversas formas e manifestações de totalitarismo, negando essa "proliferação" da cultura do controle e consequentemente das punições que norteiam a atual sociedade (KARAM, 2010).

É essencial o afastamento dos medos, ao passo em que é preciso repudiar o maniqueísmo responsável pela divisão e rotulação das pessoas em "boas" e "más", resultando na crença da existência do "cidadão de bem" como oposição aos "delinquentes" e "marginais". Este maniqueísmo é estimulante dos desejos punitivos e não permite a existência de uma igualdade necessária entre todos os indivíduos. O maniqueísmo rotula, segrega e mata, tornando extremamente eficazes os discursos do punitivismo, do medo e da impunidade, ao passo em que capacita o Estado a encarcerar de forma ilimitada, sendo cada vez mais rigoroso em suas penas e tendo cada vez mais uma polícia, um Judiciário e uma classe média com desejos punitivos que extrapolam qualquer noção de Direitos Humanos e seguem se afastando de qualquer avanço social.

Por isso, a superação do poder penal, especificamente do poder de encarcerar, só acontecerá se houver condições para tal avanço, como, por exemplo, a produção de um consenso que vise a superação dessa tradição com raízes no autoritarismo, responsável por identificar liberdade com impunidade e praticando diversas opressões contra o povo – ou, determinada camada social. Há de ser travada uma luta contra a "hegemonia do cárcere", contra os instrumentos propagadores dos discursos que permitem dar força as ideias punitivistas e segregacionistas, e por fim, contra todos os aparelhos ideológicos pertinentes ao capitalismo e que tem como aspiração uma sociedade desigual e injusta (KARAM, 2010).

Por fim, ressalta que por meio dos discursos mencionados, bem como dos diversos mecanismos utilizados pelo Estado burguês, torna-se possível o encarceramento em massa de uma classe social e a retirada em massa de sua humanidade, caracterizando grupos de pessoas em situação de vulnerabilidade como "outros", dotados de maldade e vistos como inimigos para os demais cidadãos.

A sociedade capitalista obteve êxito quando propôs o encarceramento em massa como paradigma a fim de excluir aqueles considerados indesejados. Nos dias atuais, é necessário um sistema carcerário lotado de pobres, negros e outros indesejados pelas elites, bem como a existência de favelas, guetos ou espaços regidos pelo Estado, quase sob a lógica estrutural de um campo de concentração, onde determinadas vidas são dispensáveis e insignificantes, podendo ser retiradas a qualquer momento, sem qualquer caráter de ilegalidade e com pouca fiscalização ou crítica. Essa é a lógica do encarceramento em massa, e é o que se passa a tratar.

1.2. O encarceramento em massa como paradigma excludente

Quando adentramos na lógica do encarceramento em massa como paradigma excludente, interessa demostrar as razões pelas quais o cárcere é uma alternativa tão utilizada pelo Estado. Tais razões são encontradas no próprio funcionamento

do sistema econômico vigente, que modula o sistema penal vigente, bem como o direito como um todo, para que permaneça servindo a seus interesses.

Nessa etapa do presente trabalho buscar-se-á um olhar sob a perspectiva da criminologia radical[1] como crítica radical à criminologia tradicional, assumindo um ponto de vista que analisa a sociedade dividida em classes e demonstra os objetivos da ideologia dominante reproduzidos pelas teorias tradicionais de controle social (SANTOS, 1981). É importante demonstrar que tal perspectiva tem raízes em Marx, pois ele foi um dos responsáveis por desmascarar o caráter ideológico do mecanismo capitalista, que encarna os ideais burgueses de "liberdade" e "justiça", observando que esse mecanismo funciona sobre pressupostos de escravidão e opressão (ANIYAR DE CASTRO, 2005).

> "A Criminologia Crítica recupera, portanto, a análise das condições objetivas, estruturais e funcionais que originam, na sociedade capitalista, os fenômenos de desvio, interpretando-os separadamente, conforme se tratem de condutas das classes subalternas ou condutas das classes dominantes (a chamada criminalidade de colarinho branco, dos detentores de poder econômico e político, a criminalidade organizada, etc.)" (ANDRADE *apud* GUIMARÃES, 2007, p. 82)

Adentra-se na perspectiva materialista do desenvolvimento histórico da humanidade, considerando que as relações se constituem por meio de um "enfrentamento" de interesses contrários, os quais superam a si mesmos, estabelecendo que, primeiramente, deve-se observar a história constituinte, pois somente

1. Em contraponto a criminologia radical, a "criminologia positivista" analisa somente as condutas daqueles indivíduos criminalizados, deixando de fora o sistema penal do seu objeto de estudo. Ao fazer isso, aceita a ideologia dominante e justifica o sistema penal e o controle social existente, dando a condição de legalidade a toda opressão que parte do Estado por meio do Direito Penal. Há uma série de conhecimentos que deixam claro o caráter ideológico dos discursos criminológicos tradicionais, que unicamente estudam os criminalizados que são, nada mais, nada menos, que indivíduos "selecionados" em razão de sua classe social vulnerável. Por isso, o Direito Penal se limita apenas aos sentidos atribuídos juridicamente quanto aos atos e ignora o sentido teleológico da punição, bem como não faz as críticas necessárias a tal prática (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1999). A análise criminológica tradicional e positivista não faz nenhuma análise sociológica, ignorando as desigualdades existentes, prendendo-se as "condutas" e a lei, ou seja, a perspectiva do desenvolvimento histórico, embasado no enfrentamento de classes, bem como a existência de uma classe detentora de poder, não existem para tal corrente. Tem-se somente um estudo perante o que está posto, abstendo-se de questionamentos ou aprofundamentos a fim de questionar os fatores pertinentes ao sistema penal de maneira ampla.

assim alcançará o conhecimento científico coerente dos fatos sociais e encontrará as contradições desse fenômeno (MARX, 2017).

A partir desta ótica, delinear-se-á como ideologias dominantes àquelas que são construídas por teorias tradicionais de controle social e se configuram como ideologia "oficial" no âmbito do Direito Penal e das diversas políticas de segregação (ANIYAR DE CASTRO, 2005).

Desta maneira, o desempenho de todo o sistema penal, sob o olhar marxista, tem como a sua mais importante função a proteção das camadas mais altas da estrutura social em prejuízo das camadas mais baixas, por meio do controle social das populações desfavorecidas economicamente. De forma mais generalizada, as relações sociais desiguais, existentes em razão do modo de produção capitalista, necessitam se preservar como forma de perpetuação desse próprio sistema, cabendo ao Estado o papel da repressão pela via da legitimidade do sistema penal, produzindo um discurso ideológico que possibilita a aceitação do *status quo* relativo à sociedade de classes e as inerentes desigualdades (GUIMARÃES, 2007).

Nesse sentido, a pena privativa de liberdade como parte do sistema penal pode ser compreendida como uma transformação (negativa) social, econômica e política que preside a sociedade capitalista, levando em conta que expressa claramente os ideais e as exigências para a dominação de classes, antes mesmo de qualquer ideia de humanização das penas (GUIMARÃES, 2007).[2]

2. "A emergência da pena de prisão e do moderno sistema penal somente pode ser compreendida no marco das transformações sociais, econômicas e políticas concretas que presidem à consolidação da sociedade capitalista, pois expressa suas exigências de dominação classista, antes que a exigência de humanização da pena. O processo de industrialização e o impacto racionalizador do mercado, a necessidade de regular a força de trabalho, o medo do proletariado nascente, a necessidade de substituir a autoridade tradicional e os conceitos pré-modernos; todos esses fatores, em diversificadas combinações, faziam da violência física aberta um castigo penal anacrônico e ineficaz. Era necessário um novo sistema de dominação e disciplina para socializar a produção e criar uma força de trabalho submissa perfeitamente regulada. Assim, não apenas a prisão, mas todo o sistema penal forma parte de uma extensa racionalização das relações sociais no capitalismo nascente" (ANDRADE, 1997, p. 191). A partir dessa perspectiva, pretender-se-á demonstrar o verdadeiro objetivo da pena privativa de liberdade dentro desse sistema penal, a fim deixar clara a lógica excludente em razão da sociedade dividida em classes sociais, bem como as opressões sofridas por aqueles que são afetados com o funcionamento desse estado democrático burguês. Torna-se importante, observar a ideologia contida no direito como um todo, por meio de uma análise marxista, a fim de desmascarar as falácias capitalistas, dentre elas a ideia de igualdade em sentido amplo, que abrange o mito da igualdade perante a lei.

O encarceramento em massa, por meio da pena privativa de liberdade, representa essas transformações negativas em todos os seus aspectos, ao passo em que se tornou um paradigma, ou seja, um padrão desenvolvido a fim de satisfazer as políticas capitalistas. Conforme se encarcera em massa a pobreza sob o discurso da segurança, o Estado desenvolve políticas de austeridade, diminuindo investimentos em diversas áreas de caráter fundamental.

O direito assume o caráter ideológico, cuja igualdade é uma exigência inafastável dentro de uma sociedade regida por princípios do mercado, cujos componentes se acham em estrita "igualdade jurídica", consistente na liberdade para contratar. Dessa maneira, a desigualdade econômica é "compensada" pela "igualdade jurídica", uma vez que a desigualdade entre o produtor direto e o burguês capitalista (detentor dos meios de produção) pode ser juridicamente transformada em igualdade contratual, fazendo com que a desigualdade real seja compensada por uma igualdade "virtual" através do sistema jurídico-penal (GUIMARÃES, 2007).

Assim, o Estado passa a funcionar como um aparelho com o objetivo de assegurar a ordem política e o padrão de acumulação de capital por meio do seu mais importante instrumento que capacita tal legitimação para as coerções: o Direito. O sujeito passa a ser categorizado conforme sua capacidade de autodeterminação e as explorações são vistas como formas de liberdade contratual.

> "[...] aquela filosofia do direito, cujo fundamento é a categoria do sujeito com a sua capacidade de autodeterminação (já que o presente, a ciência burguesa não criou outros sistemas coerentes de filosofia do direito), nada mais é, com certeza, do que a filosofia da economia mercantil, que estabelece as condições mais gerais, mais abstratas, sob as quais se pode efetuar a troca de acordo com a lei do valor e ter lugar a exploração sob a forma do "contrato livre". Este pensamento embasa a crítica que o comunismo fez e, ainda faz, à ideologia burguesa de liberdade, da igualdade e da democracia burguesa formal, dessa democracia na qual "a república do mercado" procura mascarar o "despotismo de fábrica"." (PACHUKANIS, 2017, p. 41)

Por isso, para o materialismo histórico, o Estado é uma "violência organizada" de uma classe contra aquelas que são subordinadas a tal, dando uma aparência civilizada a essa opressão em razão do caráter de legitimidade proporcionado pelo Direito em sentido amplo, mas especificamente pela forma mais direta, o Direito Penal (PACHUKANIS, 2017). Coloca-se à disposição do modo de produção capitalista uma máquina estatal policialesca e excessivamente repressiva, que a partir do Direito e de seus aparelhos ideológicos – o principal deles, o sistema

penal – constitui um campo profícuo à catalogação, separação e contenção de qualquer ameaça ao paradigma econômico dominante.

A natureza antagonista do Direito Penal consiste em deduzir os princípios da política penal a partir dos interesses do conjunto da sociedade. Esse "conjunto da sociedade" ocorre só na imaginação da maioria dos juristas, pois o que há são classes com interesses opostos (PACHUKANIS, 2017).[3] Esse conflito de interesses resulta na opressão da pobreza, que tem seus corpos violados pelo Estado, que os encarcera sem que haja limites e/ou os empurra para locais onde as condições para se possuir uma vida digna são extremamente precárias.[4]

Hoje em dia, todos os vulneráveis a esse modelo econômico são privilegiadamente tachados como criminosos pelo Estado e vistos como tal pela parcela da sociedade que não é prejudicada com o sistema econômico – e penal. Esse fator é determinante para definir contra quem o sistema penal vai destinar suas leis e seus estabelecimentos prisionais. Por mais que o Estado busque proporcionalidade entre o delito e a pena, há um limbo que surge posteriormente ao tratar do cumprimento da pena, uma vez que o "delinquente" é reduzido a inimigo e encarcerado em locais onde há constantes violações de Direitos Humanos, pondo fim a proporcionalidade quanto a essa reparação de forma equivalente, pois a realidade do cumprimento da pena não consta no Código Penal. Com efeito:

> "Se o conceito de crime exige a pena, a realidade do crime exige uma medida da pena. O crime real é limitado. A pena deverá ser limitada para ser real, e terá de ser limitada conforme um princípio legal para ser justa. A tarefa consiste em fazer da pena a consequência real do crime. Ela deve então aparecer ao criminoso como o efeito necessário de seu próprio ato e, por conseguinte, como *seu próprio ato*. O limite de sua pena deve ser, portanto, o limite de seu ato. O

3. Há de se analisar a questão histórica nesse sentido observando os seguintes apontamentos: o senhor feudal executava o camponês insubmisso e aqueles que eram contrários à sua dominação. Na idade média, todo indivíduo que desejasse exercer determinada profissão sem ser membro de uma corporação, era um fora da lei. Até meados do século XX não foi diferente com burguesia capitalista, que ao surgir, declarou criminosos os operários que se reuniam a fim de formarem associações (PACHUKANIS, 2017).

4. De acordo com Pachukanis (2017) verifica-se que, independentemente do contexto social no qual se realiza determinada ação delituosa, quem agiu, bem como a razão porque tal ação foi praticada, não importam. O único fator relevante nesse caso é a punição como maneira de reparar o dano causado e saber se a sentença corresponde ou não à gravidade do delito, sendo que a privação da liberdade é medida em tempo por meio da tentativa de reparar de forma equivalente, havendo "proporção" entre delito e pena, pouco importando o destino posterior do "delinquente".

> *conteúdo* determinado que foi violado é o limite do crime determinado. A medida desse conteúdo é, pois, a medida do crime. Essa medida da propriedade é o seu *valor*. A personalidade existe sempre apenas em um limite que não só é determinável, mas também determinado, não só mensurável, mas também medido. O valor é a existência burguesa da propriedade, a palavra lógica pela qual ela começa a adquirir compreensibilidade e comunicabilidade social." (MARX, 2017, p. 83)

Nessa perspectiva, é inviável compreender a criminalidade sem analisar o funcionamento do sistema penal. Ele é quem define e reage contra essa criminalidade, desde as normas abstratas, até a reação das instâncias oficiais, tais como polícia, juízes, instituições penitenciárias, etc. Nesse passo, o *status* social do delinquente pressupõe o efeito, ou, a reação dessas instâncias oficiais de controle social da criminalidade (BARATTA, 1999).

Importa ressaltar que nesse entendimento, não adquire necessariamente o *status* de delinquente aquele que realizou determinada conduta ilícita e não é alcançado pela ação dessas instâncias. Por isso cria-se um estigma por parte das atividades da polícia e dos demais órgãos de acusação pública e juízes, que etiquetam determinados indivíduos que a sociedade capitalista compreende como delinquentes. Diante desse raciocínio, verifica-se que não é necessariamente delinquente aquele que cometeu alguma prática delitiva, mas aquele que pelas condições socioeconômicas encontra-se em vulnerabilidade em razão dos reais interesses da burguesia capitalista (BARATTA, 1999).[5]

O sistema penal, como sistema de direito desigual, demonstra que o Direito Penal não defende os bens jurídicos interessantes a todos os cidadãos e determina "penas justas", mas demonstra que o *status* do criminoso é compartilhado de modo extremamente desigual e ideologicamente interessado. Logo, o dano causado e o quão grave for o ato ilícito não constituem a variável principal para causar a reação do sistema penal, mas sim a pessoa que comete o crime (BARATTA, 1999).

5. É importante esclarecer que sob esse viés, a criminalidade deixa de ser uma qualidade ontológica de estipulados comportamentos e determinados indivíduos, mas se mostra como um *status* concedido a determinadas pessoas por meio de uma dupla seleção. Primeiro tem-se a seleção dos bens protegidos penalmente e dos comportamentos e condutas que ofendem esses bens, os quais estão descritos nos tipos penais. Em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados dentre todos aqueles que infringem as normas penais. Desse modo, a criminalidade é um "bem negativo", distribuído de forma desigual de acordo com a estruturação dos interesses no sistema socioeconômico, e também, de acordo com a desigualdade social entre os indivíduos (BARATTA, 1999).

A desigualdade, inerente ao Direito Penal, é necessária para a consolidação e defesa dos privilégios das classes dominantes, pois seleciona certos tipos de delinquência, bem como de delinquentes, e imuniza determinados comportamentos nocivos que são praticados pelos indivíduos pertencentes as classes sociais detentoras de poder e que, normalmente, são delitos com ligação ao acumulo de capital (GUIMARÃES, 2007).

Por essa razão, a justiça penal se transforma em um meio de repressão brutal da burguesia que volta as suas forças quase que exclusivamente contra os revoltados com a situação de penúria crescente, mendigos, prostitutas, camponeses e todos aqueles que compõem as classes menos favorecidas. Além disso, as penas se transformam apenas em meios de extermínio físico, terrorismo e isolamento/segregação com relação ao sujeito. Esse isolamento assume um caráter não apenas social, mas muitas vezes racial/étnico (GUIMARÃES, 2017).

E, dentro dessa lógica, a "clientela" desse sistema penal capitalista é formada por pobres, não por terem tendência à prática delitiva, mas por terem mais chances de se tornarem indivíduos criminalizados e "etiquetados" como delinquentes em razão das suas condições socioeconômicas. Assim, o sistema penal, por meio da Polícia, Ministério Público, órgãos de execução penal e Magistratura, atua de maneira ideológica a serviço do modo de produção capitalista, corroborando com a dominação de classe e criminalizando os mais vulneráveis socialmente (ANDRADE, 1997).

Assim, vê-se a pena privativa de liberdade como o principal mecanismo do sistema penal vigente, pois o Estado, na condição de executor, encarcera o indivíduo selecionado e o mantém sob "controle". A essência desse tratamento diferenciado atribuído a esse suposto "inimigo" é negar a sua condição de ser humano, considerando-o somente alguém perigoso. Dessa forma, estabelece uma distinção entre o cidadão, que é considerado "pessoa" e o inimigo, que tem tal condição negada e seus direitos individuais privados (ZAFFARONI, 20073).

O sistema prisional e as leis penais, como já expostos, servem para isolar e neutralizar determinadas camadas da população, por meio de uma vigilância, cuja lógica é a retirada dos "dejetos sociais", e não "um trabalho social". A principal justificativa para o encarceramento é de que os indivíduos que tiveram sua liberdade privada cometeram delitos, embasando a ideia funcionamento e eficácia com relação ao cárcere, pois impossibilitaria o acontecimento de novos crimes por parte dos encarcerados (WACQUANT, 2003).

Essa exposição que visa justificar o cárcere é uma falácia, pois a criminalidade não diminui, na medida em que o sistema penal não visa esse objetivo, ele

somente quer retirar algumas pessoas de circulação. Além disso, a desigualdade social continua a existir, e consequentemente, as práticas delitivas. Outro fator a ser mencionado é que os indivíduos podem praticar delitos mesmo inseridos no sistema carcerário, como de fato acontece (WACQUANT, 2003).

Esse sistema de encarceramento não representa um "avanço teórico" sobre como a sociedade contemporânea age com relação ao fenômeno criminal, somente deixa claro que esse fator é parte integrante de um modelo político-econômico que não acredita na intervenção do Estado na economia como fundamental para a redução das desigualdades. Esse modelo não tem outro jeito de agir com a desigualdade social senão por meio de ameaça frequente do encarceramento e com o isolamento em massa das populações a margem da sociedade capitalista.[6]

O crime então seria um "fenômeno político", enquanto o criminoso, um indivíduo de alguma classe vulnerável que é induzido a ir contrário à lei, até porque os grupos detentores de poder acabaram por instrumentalizar o Direito e o Estado para criminalizar comportamentos contrários a eles e sua ideologia burguesa. Esse processo de criminalização diante as instâncias formais representa um conflito entre os detentores do poder e os submetidos ao poder (BARATTA, 1999).

E, nesse sentido, vislumbra-se que a existência de um sistema penal burguês faz com que seus operadores (polícias, Judiciário e demais instituições pertinentes) trabalhem de forma cooperada com o fim de encarcerar em massa a pobreza, sem que haja qualquer análise de caráter sociológico. Essa atuação por parte desses operadores é revestida por um aspecto de naturalidade, capaz de ser analisada embasando-se no conceito de banalidade do mal, desenvolvido por Hannah Arendt.

Há uma banalização do mal do próprio Estado capitalista de maneira geral, responsável por violar uma série de direitos que prejudicam a classe desfavorecida, entretanto, o que mais nos salta aos olhos, é a criminalização da pobreza como um mal banal, algo que se tornou natural e passa despercebido diante da existência de um mecanismo jurídico burguês que legaliza e institucionaliza essas práticas de opressão.

6. Por isso, é necessário frisar que tais ideias como as de "ressocialização, reeducação", são mitos criados pela burguesia, os quais possuem a finalidade de inserir o proletariado e as classes desfavorecidas de capital na monotonia e mecanização do ritmo de trabalho na modernidade. Não há de se falar em "reeducação" para o convívio na sociedade, mas em adestramento e isolamento (BARATTA, 1999).

2. A criminalização da pobreza à luz do conceito de banalidade do mal de Hannah Arendt

É visto que a criminalização da pobreza parte de um ódio de classes com caráter de "normalidade", considerando que majoritariamente a população carcerária é integrada por indivíduos pobres e de baixa renda. Mostram-se distinções nos crimes e nas contravenções penais praticados por ricos e pobres, bem como no tratamento dado a essas classes pelos três poderes e pela polícia. Observa-se uma sociedade com desejos punitivistas, aderindo aos princípios mais reacionários. Parte em uma busca de soluções no Estado, a fim de que haja a aplicação de sanções penais como uma "solução final" a toda espécie de problema causado pelo próprio capitalismo em seu fundamento.

Ao mesmo tempo em que é buscada no Estado a solução para o fim e/ou diminuição da criminalidade, liberta-se dele nos sentidos sociais e econômicos. Nessa perspectiva, mantém-se uma classe de indivíduos favorecidos com o capitalismo que seguem insatisfeitos, sempre alegando a impunidade, para cada vez mais punir. Punir os pobres. As violações do estado (neo)liberal com relação à pobreza tornam-se naturais e não são questionadas, mas apenas aceitas, especialmente por aqueles que não sofrem com elas. O sujeito na condição de pobreza passa a ser considerado o "indesejado" e vive na margem da sociedade. Entretanto, não o pensa como produto da realidade capitalista, mas o sustenta por meio das falácias sobre a meritocracia, democracia e progresso.

Nesse viés, Hannah Arendt abordou a questão da banalidade do mal, após a Segunda Guerra, com base nos acontecimentos ocorridos nela, bem como posteriormente, o julgamento de Adolf Eichmann. A normalidade com a qual se exerciam funções de extermínio colocou questionamentos nas noções de culpa e responsabilidade do Estado Burocrático.

Assim, é possível abordar a banalidade do mal como um princípio responsável por manter o *status quo* em relação à naturalidade com que o estado moderno trata os indivíduos inseridos na pobreza – e que perdura até a atualidade: segregando-os, violando seus direitos e punindo-os, com a mesma naturalidade (naturalização) com o modo que os nazistas agiam com relação aos judeus e os indesejáveis ao Terceiro Reich. Dessa forma, o que se pretende é analisar e compreender o processo de criminalização da pobreza sob a ótica do conceito de banalidade do mal construído por Hannah Arendt.

2.1. A filosofia de Hannah Arendt e o conceito de banalidade do mal

Hannah Arendt abordou a questão do nazismo e a naturalização com que os judeus foram exterminados a partir da normalidade demonstrada por Adolf

Eichmann durante sua vida e seu julgamento. Observa-se, também, que as respostas dadas por ele, enquanto aguardava sua execução premeditada, mostravam um "exemplar funcionário público" e articulador do extermínio de judeus. Tudo isso sem, ao menos, demonstrar traços de alguma patologia ou "anormalidade", sequer pensando que estivesse fazendo o mal. Afinal, só cumpria ordens. Nesse caminho, o conceito de banalidade do mal desenvolvido por Hannah Arendt é concebido a fim de atestar a naturalidade como que as atrocidades aconteceram durante o nazismo, bem como, que pessoas "normais" às cometeram. Assim, Adolf Eichmann e sua vida pregressa serviram como instrumento para essa análise.

Hannah Arendt foi até a Jerusalém, com o objetivo de acompanhar para o jornal The New Yorker, o julgamento de Adolf Eichmann, o qual foi acusado de crimes contra o povo judeu, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Adolf Eichmann foi capturado no dia 24 de maio de 1960, na Argentina e seu julgamento iniciou no dia 15 de abril de 1961 (ASSY, 2001).[7]

Interessa abordar inicialmente a informação prestada pelo advogado do acusado, que diz muita coisa sobre o que a banalidade do mal representa, pois segundo ele, Adolf Eichmann se considerava culpado perante Deus, não perante a lei. Apesar de tal afirmação jamais ter sido confirmada pelo acusado, possivelmente ela o represente independentemente de sua confirmação (ARENDT, 2017).

Nesse passo, ressalta-se que ele jamais se considerou culpado ou alguém a ser julgado perante a lei, na medida em que era um cumpridor das ordens emanadas pelo Estado nazista. Suas ações só passaram a ser crime retrospectivamente, pois durante o regime, sempre executou da "melhor forma" as ordens de Hitler, as quais possuíam bastante força no Terceiro Reich. Sua dedicação a tais princípios fez com que matasse qualquer pessoa, caso fosse necessário (ARENDT, 2017).

Adolf Eichmann agira conscientemente com relação aos seus feitos criminosos, como embarcar milhares de homens, mulheres e crianças para o extermínio.

7. Os aspectos que levaram Hannah Arendt a cobrir o julgamento foram três: saber sobre a mentalidade totalitária do acusado, a possibilidade de avaliação dos aspectos jurídicos existentes na possibilidade de caracterização de um novo tipo de crime, bem como de criminoso e por fim, a capacidade das instituições "legais", como no caso, o nazismo. Tudo isso com o fim de entender a natureza do mal (ASSY, 2001). A mentalidade totalitária despertou curiosidade tendo em vista a ideologia do regime, com aspectos extremamente fascistas, capazes de tomar proporções inimagináveis, quanto à existência de um novo crime e criminoso, e em razão das possíveis inovações no cenário mundial e no Direito Internacional relativa aos fatos ocorridos na Segunda Guerra Mundial, como, por exemplo, o genocídio ocorrido durante esse período. E, por fim, e o talvez o mais surpreendente, é o fato de que todas as atrocidades que aconteceram foram por meio da legalidade emanada pelas instituições componentes do Estado nazista.

Sua consciência pesaria somente se não cumprisse aquilo que era ordenado, e não o oposto, ou seja, jamais se recusava a cumprir qualquer ordem emanada do Reich. Há de ressaltar que esse fato não é motivo para considerá-lo alguém "anormal". De acordo com Arendt (2017), ele nunca demonstrou traços de antissemitismo, inclusive teria razões pessoais para não ir contra os judeus. Daí parte a afirmação de que ele não era nenhum fanático ou algo do tipo, mas somente um indivíduo comum, das quais suas funções poderiam ser exercidas por qualquer outro alemão filiado ao partido nazista e disposto a cumprir ordens sem as questioná-las.

Para Adolf Eichmann, tornou-se mais importante as pautas estatais e burocráticas do que propriamente a vida daqueles indesejados pelo nazismo, mesmo que não fosse antissemita. Apesar da sua consciência quanto as suas ações, não havia nenhuma espécie de arrependimento, pois o dever estava sendo cumprido com êxito, e as consequências do cumprimento não importavam, desde que fossem as esperadas pelo governo nazista.

Como demarca Arendt (2017), durante o julgamento, percebeu-se dificuldade por parte do público e dos julgadores, na admissão de que um indivíduo "normal", que não era burro, tampouco doutrinado, pudesse ser incapaz de distinguir aquilo que é considerado "certo e errado". Por isso concluiu-se que Adolf Eichmann era um mentiroso, pois tal conclusão era mais fácil de ser aceita.

Assim desconstruiu-se a ideia de que o regime nazista era composto somente por "loucos" e antissemitas, e passou a se perceber a naturalidade com que ele foi prosperando e a consciência pelos seus atos por parte de seus operadores, seguidores e simpatizantes. Era basicamente um regime onde a maioria dos homens eram "normais", mas capazes de cometer incontáveis crimes contra a humanidade, em específico o povo judeu, sem que houvesse qualquer traço de insanidade. Isso não significa que também não houvesse muitos extremistas, que sentiam prazer na destruição do povo judeu e no advento do nazifascismo.

O acusado não era nenhuma exceção dentro do regime nazista, muito pelo contrário, havia muitos como ele, capazes de perpetrar tamanhos males de maneira consciente, sem realizar os diálogos internos, isto é, refletir sobre os acontecimentos, fator que poderia proporcionar o impedimento quanto à realização de tais feitos. A banalidade de Adolf Eichmann aduz uma incapacidade de pensar de maneira crítica. Ele utilizava-se de frases clichês e códigos de expressão de condutas padronizadas, as quais tinham como função, talvez, protegê-lo da realidade e do pensamento em relação aos fatos (ARENDT, 2000).[8]

8. A linguagem burocrática implicava como principal característica a incomunicabilidade com a pluralidade do convívio social, dificultando a fala comum ao mesmo tempo em

As metáforas utilizadas por Adolf Eichmann durante julgamento e, obviamente, nos anos em que o nazismo prosperou, não mantinham nenhum vínculo com os acontecimentos reais, até porque compreendia as pautas relativas aos campos de concentração em termos de "economia". Nomes em códigos recomendados para a matança, extermínio por meio das câmaras de gás, fuzilamentos, dentre outros métodos horríveis, eram abordados em termos como "solução final", "evacuação" ou "tratamento especial". As deportações eram denominadas de "mudança de residência" e outros clichês vazios que eram apropriados pelo acusado. Essas palavras, diferentes dos fatos, só serviam para mascarar as atrocidades quem eram consideradas legais perante as instituições e legislações vigentes (ARENDT, 2017).

Diante do exposto, vislumbra-se um Adolf Eichmann com traços de um robô, alguém desconectado da realidade, inclusive no sentido semântico, incapaz de perceber de fato o que estava acontecendo ao redor, alienado pelo sistema vigente e coberto pelas leis emanadas pelo Estado nazista, como se elas representassem aquilo de melhor para o mundo. A incomunicabilidade e as metáforas surgiam justamente para que houvesse um maior distanciamento de sua condição de burocrata que assinava papéis, para a execução daquilo que era incumbido a ordenar.

No Terceiro Reich, as palavras do Führer tinham tamanha força que o descumprimento delas era considerado ato criminoso ou ilegal. A aceitação do regime vigente se reveste da convicção na qual o escopo da lei é o próprio chamado ao dever, fazendo de Adolf Eichmann a própria encarnação das ordens de Hitler, inclusive, como ele mesmo mencionava com orgulho, tinha uma "obediência de cadáver", o que queria dizer uma obediência cega que estava sempre dentro dos limites da legislação (ARENDT, 2017).

É importante ressaltar quanto a esse apontamento mencionado para relembrar que não era apenas Adolf Eichmann o "normal", mas havia uma massa burocrática de homens "normais", incapazes de submeterem tais acontecimentos a juízo, e incapazes de refletir com relação ao mal de suas ações e de tudo aquilo que estava acontecendo na Europa (ARENDT, 2017). Esse novo tipo de criminoso,

que criava espécies de "sentenças prontas", com uma lógica autoexplicativa, totalmente desconectada da realidade condizente com o que estava acontecendo (ASSY, 2001). Nesse sentido, a linguagem não dava sentido às "coisas do mundo", não havia uma intersubjetividade linguística que permitisse uma autocrítica a respeito de suas condutas. Não havia intermediação pela linguagem, capaz de emprestar o real sentido às práticas perpetradas por Eichmann, de modo, que o mesmo se encontrava em uma zona de indistinção linguística que normalizava as suas condutas.

dotado dessa normalidade aterrorizante, demonstrava que os indivíduos pudessem cometer crimes de maneira a tornar impossível para eles saber, ou sentir, que estavam fazendo algo errado, pois era extremamente superficial. Nesse momento, o problema do mal banal passa a ser relacionado com a faculdade de pensar, pois ele é o fruto do não exercício da reflexão da consciência (ARENDT, 2000).

Nesse sentido, surge o questionamento quanto à atividade de pensar,[9] examinar e refletir sobre o que acontece, independe de algum conteúdo específico, e como seria possível condicionar os seres humanos a não fazer o mal, ou seja, que forma é a manifestação do mal que ocorreu durante a Segunda Guerra Mundial e como essa forma poderia ser evitada futuramente.[10]

9. Há de se falar na existência de três proposições referentes à relação da faculdade de pensar e a problemática do mal. Primeiramente, se houver essa conexão, deve-se pressupor que a faculdade de pensar é acessível e inerente a todos, e não algo para poucos. Segundo, se a faculdade de pensar tem um resultado antagônico quanto a axiomas sólidos, a consequência disso seria a impossibilidade de presumir que o nosso pensamento vá conduzir a proposições morais ou regras de condutas éticas. Por terceiro, é no sentido de que o pensamento trata com "invisíveis", não fazendo parte da "ordem natural", relativa ao mundo das aparências, logo, não possui vínculo de maneira direta com o mundo (ARENDT, 2004).

10. Antes de tentar explicar essa forma de mal, é importante destacar a diferença entre a concepção de banal e de lugar-comum quando se fala em banalidade do mal. Lugar-comum é um fenômeno que é comum, cotidiano e costuma acontecer com frequência, enquanto o termo banal se diferencia da ideia de algo comum, que vem a pressupor frequência, pois o que é banal não pressupõe ser comum, mas sim pressupõe a "ocupação" do espaço daquilo que seria comum (SOUKI, 1998). É importante também, nessa altura do texto, diferenciar o mal banal do mal radical, pois o primeiro não tem raízes e se conecta com a ausência da faculdade de pensar, enquanto o segundo é o oposto, possuindo raízes e motivos. Esse mal banal não tem profundidade, ele é extremo e superficial, por isso é difícil ser pensado, pois a razão, por definição, visa alcançar as raízes. Para Assy (2001) relativamente ao mal banal, nota-se que quanto mais superficial alguém for ou, vier a se tornar, mais propício que essa pessoa ceda ao mal. Adolf Eichmann, por exemplo, não tinha nenhuma profundidade que despertasse o mal nele, mas havia um abismo, uma manifestação de mal que não se enraizava em nenhum motivo. Nesse sentido, o traço realmente fascinante da banalidade do mal que envolve substancialmente a "banalidade" e a "ausência de raízes" do mal, era que, ao procurar através de Eichmann alguma profundidade que trouxesse à tona o mal, que alcançasse suas raízes, Arendt se deparou com um abismo, uma manifestação do o mal que não se enraizava em nenhum motivo mau, como se o mal se espalhasse como fungo, superficial, rápido e não engendrado em nada. Esta era a "banalidade", a banalidade de Eichmann, a banalidade do mal. A ênfase crucial na ausência de raízes da banalidade, ou seja, na ideia de que o mal não é radical, no sentido latino do termo *radix*, está intrinsecamente imbricada à afirmação de que apenas o pensamento é capaz de atingir profundidade" (ASSY, 2001, p. 145).

Assim, implica a ideia de que somente a partir da atividade de pensar seria possível a obtenção de uma resposta quanto à reflexão e juízo das ações, por isso o próprio desempenho dessa atividade, insinuando a busca de experiências quanto ao pensamento (não doutrinas) é o que capacitaria o reconhecido daquilo que é "bem" e "mal" (ARENDT, 2004).

Se o pensamento detiver qualquer propriedade que possibilite evitar a banalidade do mal, ela deverá ser essencial à própria atividade de pensar, sem depender dos objetos, pois o pensamento não cria valores, o que impede que ele descubra o que é aquilo considerado "bem" e também de confirmar as regras aceitas de conduta, sem antes dissolvê-las (ARENDT, 2004). Nesse ponto, a intermediação entre ser e linguagem é por demais importante, pois, possibilita o acesso aos signos e seus significados efetivos, não ocultando ou velando o real significado de palavras e atos sob um véu de racionalidade excessiva(ente) (burocrática).

Nesse viés, Hannah Arendt traz duas afirmativas socráticas a respeito da ausência do pensamento e a problemática do mal banal. A primeira é de que seria melhor sofrer o mal do que cometê-lo. A segunda seria no sentido de que é melhor que haja a discordância de multidões de seres humanos do que o próprio indivíduo discordar de si mesmo (entrar em desacordo consigo, ou contradizer-se) (ARENDT, 2000). Nesse caso, seria melhor ser o alvo do mal, do que ser considerado como um praticante do mal, corroborando com a segunda afirmativa, pois quando "eu" cometo o mal, possivelmente haja o desacordo comigo mesmo, enquanto ao sofrê-lo, tal discordância não existirá e não haverá desacordo algum. Assim, não importa tanto o pensamento daqueles ao redor sobre determinada ação ou omissão, desde que haja um "acordo" comigo mesmo.

Essa forma de "diálogo sem som" é algo constitutivo do próprio pensamento, é uma conversa de mim comigo mesmo, que é inerente ao ser humano. A dualidade que existe causa ao indivíduo uma série de perguntas e respostas e se torna um processo dialético e crítico ao mesmo tempo (ASSY, 2001). Traz-se uma existência essencialmente no plural, na medida em que, ao mesmo tempo, quem pergunta é quem responde. Por isso a primeira afirmativa socrática de que é melhor sofrer o mal do que cometê-lo, pois ao cometê-lo, e refletir sobre ele, o indivíduo entraria em contradição com ele mesmo (ARENDT, 2000). Quando se aborda a respeito de sofrer o mal ou cometer o mal, não aduz o mal pelo mal, o mal real, mas as considerações do próprio ser sobre a concepção do que é mal, como, por exemplo, para Adolf Eichmann, as práticas nazistas não eram más, pois ele não as entendia de tal forma, o mal estaria no descumprimento do dever. Logo, para ele, cometer o mal seria ir contra o Estado nazista.

Quanto à segunda afirmativa, desvenda que o desacordo comigo mesmo seria a pior das contradições, pois implicaria "a mim" viver o resto vida com a própria consciência. Resumidamente, seria melhor se desavir com todo o mundo do que com a única pessoa com a qual se é forçado a viver toda a vida, o "eu" (ARENDT, 2000). Desse modo, impõe-se o critério da concordância, ou seja, estar em acordo consigo próprio, o axioma da não contradição dessa atividade denominada dois-em-um. Assim temos o processo referente ao pensamento, àquele que o indivíduo conversa consigo mesmo (ASSY, 2001).

Assim, a banalidade do mal estaria ligada no sentido daqueles que sucumbem a ela e são incapazes de se manterem na companhia de si próprio. Por isso, Adolf Eichmann se torna o modelo da falta de diálogo do "dois-em-um", até porque ele conseguiu conviver consigo mesmo, mesmo com tantas contradições existentes (ARENDT, 2017). Isso pressupõe que o acusado detinha a capacidade de pensar, bem como era um indivíduo "racional", porém a falta da conversa consigo mesmo, ou seja, do "diálogo-dois-em-um", impediria as reflexões sobre suas ações e permitiam, que mesmo com sua sanidade e racionalidade, corroborasse com as práticas do governo nazista, uma vez que em momento algum questionava a legislação vigente e as ordens emanadas, pois se fizesse isso, entraria em contradição consigo mesmo e se posicionaria como um perpetrador do mal.

Essa ausência de pensamento é o que permitiu Adolf Eichmann ter a capacidade ilimitada para o cometimento do mal, ou seja, praticá-lo de forma impensável, pois a atividade do pensamento seria o obstáculo aos nossos atos, no sentido de que as motivações aplicadas a interesses próprios, não desempenhariam nenhum papel e a banalidade do mal nasceria da ausência de pensamento, pois é um mal sem limites e sem raízes, podendo chegar a extremos impensáveis (ARENDT, 2017). Adolf Eichmann se enquadraria na condição de grande perpetrador do mal, pois esses são os que nunca se envolveram na atividade de pensar, por isso não se pode detê-lo, eis que sem recordações, não há raízes. Frisa-se uma relação entre a faculdade de pensar e uma moralidade negativa, que não conduz o homem ao bem, mas é capaz de prever essa manifestação de mal, o mal banal (ARENDT, 2004).

Esta moralidade negativa, ao mesmo tempo em que não conduz o homem ao bem, o impede da prática do mal banal, o mal pelo mal, justamente pela ausência de raízes ou motivos racionais para o cometimento de tal. Possivelmente essa moralidade negativa faria com que Adolf Eichmann não fosse uma engrenagem do Estado nazista, mesmo que também que não fosse conduzido a ações relativamente "do bem". Com Arendt (2000) é possível dizer que a faculdade de pensar tem consequências morais ao mesmo tempo em que é uma atividade totalmente amoral. O pensamento não vai conduzir para a construção de axiomas

morais ou regras de condutas éticas, entretanto, a ausência de pensamento protege o indivíduo das problemáticas quanto às investigações próprias da reflexão (ARENDT, 2000).

Este não exercício pode acarretar na banalidade do mal, facilitando que os indivíduos sejam capazes de aderir um novo código de conduta de uma determinada sociedade (ARENDT, 2000), como aconteceu com Adolf Eichmann e os demais nazistas, que não se importaram com a inversão de determinados valores, apenas aderiram a um novo código o qual foi capaz de "prestar contas" de sua lógica funcional (ARENDT, 2017).[11]

Os sujeitos não agem mais como indivíduos inseridos no sistema, mas como as engrenagens de uma máquina, dificultando qualquer atribuição individual de culpa ou responsabilidade (ARENDT, 2012). Conforme Assy (2015, p. 45-47), "esse fato não é impeditivo para que não haja julgamento dos burocratas nazistas responsáveis pelos horrores causados, ou seja, há uma responsabilidade coletiva justamente em razão de faltá-los responsabilidades individuais".

Nesse viés, destaca-se a questão da existência de uma "ética da impotência",[12] isto é, uma ética que não objetiva demandar o que fazer, mas sim em "não pensar/

11. Diante do exposto, é possível dizer que o mal é incapaz de ser erradicado da sociedade, na medida em que os homens se tornaram "supérfluos" com relação a ele. Exemplo pode ser a referência do próprio cristianismo, que utiliza a figura do Diabo como um personagem originado celestialmente, ou seja, inerente Deus, em conformidade com os dogmas cristãos. Dessa forma, não existe um rancor ou ódio específico e direcionado, mas algo incapaz de ser explicado com motivos compreensíveis, isto é, um mal intrínseco. Logo, o mal não se originaria dos instintos humanos, mas sim da própria racionalidade que o faz livre, de forma que parece ser impossível extingui-lo da sociedade (ARENDT, 2012). Nesse sentido é como se o mal fosse inerente ao bem, impossibilitando de pôr um fim nele, assim como Deus representaria o bem, e o Diabo representaria o mal para o cristianismo, isto é, a ausência de Deus acarretaria na presença do Diabo e vice-versa, sendo o mesmo que ocorre desconsiderando a definição religiosa exposta para tal abordagem.

12. Quanto a essa ética, vale destacá-la, pois no momento que o indivíduo se omite em pensar nas consequências de determinadas ações, ou na própria ação em si, não significa que ele não agirá, este foi o caso de Adolf Eichmann, alguém que se omitiu quanto a faculdade de pensar, pois na condição de engrenagem, suas ações estavam preestabelecidas e autojustificadas. Conforme Arendt (2004) facilita essa omissão quando se fala em burocratização das ações e decisões dos seres humanos. Nessa ótica, constatou-se que o mal não pode ser reduzido a simples perversão humana, pecado do ser humano, ou na malignidade, mas sim em tornar evidente que os seres humanos, na condição de indivíduos (engrenagens), dotados de raciocínio, são capazes de praticar ações incompreensíveis

parar de pensar" (ASSY, 2015). Essa ética permearia muitos sujeitos submissos ao Terceiro Reich, tornando-os o que foi denominado de "engrenagens", capacitando a descaracterização do sujeito como indivíduo. Essa ética da impotência se assemelha com a ideia de omissão, não se omitir em agir, mas omitir-se em pensar sobre a ação, ao passo que aconteceu uma série de crimes cometidos pelos nazistas da maneira mais natural possível.

Para compreender os tempos sombrios em que houve épocas que "todo ato moral era ilegal e todo ato legal era criminoso" (ARENDT, 2004), seria impossível de conceber uma teoria que não previsse "o mal pelo mal", impossibilitando, desse modo, uma concepção que somente presumisse que todos os seres racionais seriam capazes de distinguir o bem do mal, sem a característica fundamental, qual seja a inerência do dele (SOUKI, 1998).

É nesse sentido que se adentra na questão da criminalização da pobreza como uma externalidade oriunda do sistema, uma vez que os males cometidos contra a pobreza (criminalização, segregação, dentre outros) tornaram-se banais, naturalizados, sem raízes, pois não há um "ódio" racional em desfavor do pobre, o que há são condutas dotadas de legalidade (encarcerar a pobreza em massa), ou ilegalidade (cometimento de crimes) que capacitam o Estado capitalista a agir de tal forma.

E nessa ótica, os "Eichmanns" do capitalismo executam com louvor as leis vigentes, sem fazer qualquer reflexão sobre as consequências, ou até mesmo sobre as razões da criminalidade ser atribuída a pobreza, como se fossem robôs que encaminhavam judeus aos campos de concentração durante o nazismo, temos robôs encaminhando pobres aos estabelecimentos carcerários enquanto o Estado empurra a pobreza ao crime.

2.2. A criminalização da pobreza como externalidade do sistema: a pobreza como "mal banalizado"

Considerando o caminho percorrido até aqui, observou-se em certa medida – ainda que não a esgotar o tema – o funcionamento do sistema capitalista, especialmente no que se refere à utilização do Direito como aparelho ideológico do

e inimagináveis (causar destruição e morte em massa) sem qualquer motivação maligna. Ainda, segundo a autora, é possível explicar isso visualizando o processo de naturalização da sociedade, que tornou artificial a natureza humana, ocorrido com a "tecnicidade" das decisões e das organizações humanas na contemporaneidade por meio da burocratização e da instrumentalização (ARENDT, 2001).

Estado, atentando-se quanto ao sistema penal, responsável por políticas segregacionistas e meio para criminalização de classe.

Diante disso, é possível visualizar que todas as opressões sofridas pelas classes vulneráveis passam despercebidas aos olhos daqueles que estão em condições socioeconômicas afastadas da "margem" da sociedade. A partir dessa "cegueira" por parte da sociedade, ou dessa ausência da capacidade de reflexão, e distanciamento da realidade (ASSY, 2001), as opressões e as políticas segregacionistas são potencializadas ao passo em que se tornam cada vez mais "normais e naturais".

Assim, o Direito como um aparelho ideológico, desenvolveu suas legislações penais como forma de fortalecer tal ideologia, bastando analisar o Código Penal patrimonialista existente no Brasil. Nesse sentido, com base em textos legais é que essas opressões vão se tornando naturais, e seus executores deixando de realizar qualquer reflexão ou questionamento sobre o encarceramento em massa da pobreza.

Os reflexos desse sistema penal constituem a existência de uma arbitrariedade punitiva que é racionalizável a partir de uma teoria preexistente. Exemplo disso é o regime nazista, que construiu seu direito aderindo a teorias conservadoras vigentes na época, que objetivavam neutralizar os infratores incorrigíveis pela via da pena retributiva perpétua ou de morte (ZAFFARONI, 2003).

Ao passo do desenvolvimento da sociedade e, consequentemente, do Direito, é válido dizer que a utilização de teorias já existentes a fim de embasar racionalmente as concepções de dominação de classe por meio do sistema penal é algo que aconteceu durante o nazismo e segue acontecendo na atualidade, porém de novas maneiras. Para compreender esse fator, importa analisar que o "homem criminoso" de Cesare Lombroso é constantemente "atualizado" para fins de sanar as necessidades da classe dominante, que segue utilizando-se de teorias extremamente conservadoras para justificar uma diversidade de práticas com fins de extermínio (GUIMARÃES, 2007).

Tal justificativa não é nada mais que uma ideologia que se sustenta no fato do Direito Penal ter como um dos seus objetivos privilegiar os interesses de classe, imunizando os detentores do poder e dirigindo o processo de criminalização às formas de desvio oriundas das classes subalternas e oprimidas (BARATTA, 2004). É diante do nascimento do totalitarismo penal, perceptível especificamente durante o regime nazista, que surge a problemática acerca da ideia do "inimigo" no Direito Penal, ou seja, aquele que não deve ser tratado bem, mas sim exterminado/isolado da sociedade. O homem criminoso de Cesar Lombroso, com o advento do capitalismo, resumiu-se no pobre ou naquele indesejado perante a lógica do sistema. Assim como na época, tal conceito se desenvolveu com

o objetivo de tratar o problema da criminalidade, as constantes atualizações também têm o mesmo objetivo, que nada mais é que a atribuição da criminalidade a determinado grupo. Com efeito:

> "A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao *inimigo* consiste em que o direito *lhe nega sua condição humana*. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe a estabelecer a distinção entre *cidadãos* (pessoas) e *inimigos* (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação de *hostis*, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de Direito." (ZAFFARONI, 2007, p. 18)

Conforme expostos ao tratar da banalidade do mal, verificou-se que o mal banal resultou no extermínio de judeus de maneira natural, e nesse sentido, traz-se a distinção que caracteriza determinadas pessoas como inimigas e outras como cidadãos e questiona-se se esses "inimigos", não sofrem uma espécie de tratamento parecido com os inimigos do nazismo, especificamente por parte das instituições burocráticas que compõem o Estado. Há um ponto importante para ressaltar, que é o do inimigo no Direito Penal com o a ideia de mal, e busca-se por meio do sistema penal como um todo identificar aqueles considerados maus.

Vale reafirmar que o mal não possuí raízes, profundidade ou uma dimensão demoníaca, simplesmente é algo superficial enraizado na conduta social, muito bem exemplificado na figura de Adolf Eichmann, acusado de crimes contra o povo judeu, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, entretanto possuía um comportamento "exemplar", com uma personalidade desejável e com ideias positivas. É perceptível que Eichmann, apesar da condenação à morte, não se tratava de nenhum monstro, nem um insano, também não era nenhum antissemita. Tal fato da margem para dizer que a banalidade do mal faz referência à aparência de mal, como um fenômeno que nem sempre se mostra visível, pois nem sempre as pessoas vão revelar algo, no caso em apreço, por exemplo, a aparência serviu somente para ocultar (ARENDT, 2017).

Adolf Eichmann teve amigos judeus, exerceu outras profissões antes do nazismo, tinha amigos, família e todos os traços que o demonstravam como um homem "comum", como muitos, sem grandes aspirações, bem como sem um ódio específico ou motivado. Assim como tivemos muitos Eichmanns no nazismo, não é diferente nos dias atuais, onde percebemos que um grande número de pessoas que se afastam da realidade para cumprirem ordens e assinar papéis, que resultam em opressões de forma institucionalizada.

É importante ressaltar que Adolf Eichmann prestou seus serviços a uma sociedade totalitária. O totalitarismo foi uma proposta de governabilidade e organização de sociedade inédita que buscou a dominação total por meio do emprego do terror para que o medo estivesse presente em toda a parte, tendo o campo de concentração com o paradigma organizacional (LAFER, 1988).

Tal fator, também, ocorre por meio da lógica do encarceramento em massa da pobreza no capitalismo. Conforme visto, observaram-se os discursos do medo, da impunidade e do punitivismo como formas de incitar o clamor popular quanto às punições, que recaem sobre os marginalizados, verificando que o emprego do terror no capitalismo continua presente do mesmo modo como esteve no século passado, durante o nazismo.

Uma sociedade totalitária fundamenta-se na crença de que os seres humanos, independentemente do que fazem ou pensam, podem ser condicionados a inimigos objetivos, tornando-se supérfluos para tal regime. Essa descartabilidade dos seres humanos contraria a ideia de valor da pessoa humana como fonte da legitimidade no âmbito jurídico, ou seja, atrocidades como o holocausto encontram-se previstas legalmente (LAFER, 1988).

Essa descartabilidade também é vista nos dias de hoje. Basta analisar a atuação das polícias nas favelas, e as condições precárias nos presídios, que deixam de lado a valorização da vida e atentam-se ao extermínio. O preso, ao ser condicionado a inimigo, não merece ter uma vida digna. O morador de favela, em razão de residir em um local marginalizado, também não merece ser portador de direito.

Atualmente, apesar de não vivermos em regimes totalitários, caso do Brasil e da maioria dos países, é possível dizer que o direito, mais especificamente o sistema penal, traz consigo traços de uma irrealidade, na medida em que atua como um aparelho ideológico a serviço do modo de produção capitalista, sem analisar as causas da criminalidade ou formas de combatê-la, somente deslocando o foco do Direito Penal para o autor, normatizando princípios positivistas (ANDRADE, 1997). Essa irrealidade coloca o indivíduo como responsável pelo seu destino e afasta as condições socioeconômicas preestabelecidas, a ao fazer isso, encarcera-os e criminaliza-os utilizando-se de chavões jurídicos que justificam as medidas tomadas pelo Estado. Têm-se instituições responsáveis pela aplicação do Direito Penal como instituições regidas por engrenagens servindo os interesses da classe dominante.

Outra característica que possibilita visualizar o distanciamento da realidade encontra-se na falsa ideia de ressocialização, pois esta não ocorre. A única "ressocialização" é a tentativa de transformar o indivíduo delinquente em alguém útil

ao modo de produção capitalista. Há de ressaltar que essa tentativa é pela via do isolamento e da segregação, pois tratam-se de pessoas desfavorecidas de capital, pertencentes às classes mais vulneráveis da sociedade (BARATTA, 1999). A ressocialização transforma-se em uma mera desculpa para amenizar a realidade do cárcere, até porque é visível ser mais provável que o indivíduo, o qual tem sua liberdade suprimida, adentre ainda mais no mundo da criminalidade do que saia dela e deixe de praticar crimes.

Com efeito, a prisão então se torna o principal instrumento da "política habitacional" do Estado para os "inúteis" dessa economia. Destarte, implica a vinculação do sistema penal com a ideologia do sistema produtivo de cada momento histórico, que, impulsionada pelo capitalismo, responsável pela criminalização generalizada da pobreza, implica em um enrijecimento das penas privativas de liberdade e consequentemente o aumento da população carcerária a partir da década de 1980 (WACQUANT, 2003).

Um dos reflexos do crescimento da desigualdade social é a criação de mais indivíduos "inúteis" ao capitalismo, fazendo com que esse aumento seja a consequência natural com o decurso do tempo. Essa "política habitacional" do Estado capitalista está dando tão certo para a burguesia como os campos de concentração deram para os nazistas. De acordo com Assy, (2001) a banalidade do mal, institui uma "necessidade", que é construída através de um sistema que possibilita que cada um seja tolerante, indulgente por meio da sua função exercida nesse sistema. Assim implica a perda da identidade pessoal ao ponto de capacitar a possibilidade de reivindicação dos seus atos. Como refere Arendt, (2017) Eichmann, por exemplo, tinha respaldo legal quanto às suas condutas, protegido pela argumentação de que cumpria ordens, e, consequentemente obedecia às leis vigentes no Terceiro Reich. Havia uma necessidade de cumprir seus deveres, independentemente da consequência que eles pudessem trazer.

Considerando tal exposição, é importante demonstrar a possibilidade de definir a atual forma de aplicação do Direito Penal, especialmente quanto aos seus operadores sob a ótica dessa "necessidade" acima exposta, a qual é causadora de um endeusamento no que se refere à aplicação da lei penal, tendo ela como a responsável por resolver todos os problemas do sistema. O sistema penal moldou-se perfeitamente ao sistema capitalista, e seus operadores aplicam perfeitamente o Direito Penal burguês, criminalizando e encarcerando as classes desfavorecidas de poder econômico sob o respaldo da legalidade (ANDRADE, 1997).

Atualmente também há o respaldo legal para determinadas ações, conforme ocorreu durante o nazismo, e, que constantemente esteve presente na argumentação de Eichmann. No capitalismo talvez ainda mais forte, até porque

se argumenta que o encarceramento ocorre em razão da prática do crime, mas a questão a ser debatida nesse sentido, não é o crime ou o criminoso em si, mas as condições que norteiam a criminalidade. Evidentemente ao fim e ao cabo, as prisões se dão por conta do cometimento do crime, mas a raiz do problema não está aí, e, sim, no tipo de criminalidade que é escolhida para ser punida.

No nazismo, a argumentação de que o holocausto ocorreu com base na lei vigente talvez fosse até mesmo mais difícil, pois tais leis basearam-se apenas em questões étnico-raciais e na ideologia fascista por si só, corroborada pelo antissemitismo que aflorava na Europa. Não havia a justificativa do crime conforme há no "capitalismo penal". Conforme Lafer, (1988) a violência passa a ter caráter instrumental e atualmente, o seu alcance multiplica-se por meio de técnicas para a sua melhor utilização conforme a necessidade daqueles que tem os meios para operar através dela, ou seja, a violência se torna um meio do Estado combater a pobreza.

Assim constata-se que há duas formas de violência, aquela oriunda do Estado, com o objetivo de oprimir determinado grupo ou classe, e a violência contra o Estado, que é resultado das desigualdades, isto é, a segunda violência é reflexa da primeira, como uma forma de resistência, o que torna o criminoso uma vítima em potencial das violências do capitalismo.

Desse modo, reivindica-se da capacidade de distinguir valores, e consequentemente refletir sobre as consequências de determinadas ações, permitindo que a irrealidade permeie o plano do pensamento, e facilitando ações pautadas pela dita necessidade, adestrando totalmente os indivíduos (ASSY, 2001). Isso resulta em uma onda punitivista em virtude da ausência do pensamento. Havendo não apenas operadores do direito, por meio da lei, encarcerando em massa a pobreza, mas parcela da sociedade, desvinculada do mundo jurídico aderindo a discursos de ódio, responsabilizando-se por potencializar as opressões.

Assim, perpetra-se o mal sem nenhuma base racional, tornando-se banal justamente por estar presente em qualquer um, sem qualquer distinção, e, sempre buscando servir a interesses nada democráticos (ASSY, 2001). Visto a presença dessa banalidade do mal com base em observações quanto ao regime nazista no que tange aos crimes contra o povo judeu e a humanidade em geral, questiona-se a presença desta abordagem quando se trata da segregação em massa da população pobre, seja pela via do sistema penal (encarceramento), seja pela existência de periferias e guetos.

Nesse sentido, visualiza-se uma série de modalidades partidas do Estado a fim de punir e controlar os cidadãos considerados indesejáveis fora do cárcere. Nesse sentido, a prisão não é apenas uma instituição ou um prédio com objetivo de

corrigir e castigar, ela tornou-se uma política de defesa da sociedade contra aqueles que ela não suporta (FOUCAULT, 1999). A contenção da liberdade, inclusive por meio das favelas, tratando-se do Brasil, deixa visível os ideais totalitários por trás do capitalismo, bem como as políticas racistas e classistas que vigoram, sem que haja manifestações contrárias capazes de impedi-las.

Apesar das favelas não serem necessariamente administradas pelo Estado, há a constante presença da polícia e das forças armadas, exemplo a ser citado são as intervenções ocorridas no Rio de Janeiro, que demonstra que dita autonomia da população não é do tamanho que se apresenta. O Estado só entra na favela como inimigo, jamais como "amigo", isto é, entra com o objetivo de cessar a criminalidade, ocorre que para os olhos do próprio Estado capitalista, o morador da favela representa o criminoso em sua totalidade.

Nesse sentido, relacionam-se a banalidade do mal em Arendt, com o movimento atual de criminalização da pobreza e as violações de direitos sofridas pelos extratos sociais mais pobres, ocorridas de forma banal e naturalizadas como uma prática (política) de Estado, sem que haja muitas problematizações ou reflexões por aqueles que são responsáveis por elas, até porque o revestimento da legalidade ocorre no capitalismo da mesma forma que ocorreu no nazismo. Assim, o mal banal encontra-se presente nas instituições burocráticas do capitalismo e nos servidores destas, os quais geram a desigualdade de forma banal, e a combatem com violência de forma naturalizada, evidenciando-se a criminalização da pobreza, e, na sua esteira o grande encarceramento – de determinados indivíduos – como uma forma contemporânea de banalidade do mal.

Conclusão

Por meio das implicações expostas durante o desenvolvimento do trabalho, constatou-se um sistema penal adequado ao capitalismo, com objetivos voltados para a segregação e exclusão de indivíduos indesejados, tratando-os como "inimigos", a fim de legitimar as práticas de opressão. Nessa ótica, esta pesquisa buscou demonstrar os mecanismos e os discursos utilizados que operam, permitindo que a sociedade desvie o olhar da realidade quanto à ideologia excludente.

A análise feita ao referido sistema penal tornou possível observar as práticas de opressão por parte do Estado de forma banal quanto à pobreza, especificamente relativo à forma de tratamento aos indivíduos na condição de pobre, de forma direta e indireta. Ainda, fica claro o respaldo institucional, elemento essencial para estabilizar a lógica estabelecida.

No primeiro capítulo, houve esforço em demonstrar o sistema penal e o encarceramento em massa como paradigmas do modelo de economia capitalista, fazendo apontamentos históricos quanto ao desenvolvimento do Direito Penal, para posteriormente abordar a atualidade. Inicialmente, se visualizou os três discursos legitimadores do encarceramento em massa das populações vulneráveis, quais sejam: o punitivismo, o medo e a impunidade, responsáveis por causar, na sociedade, satisfação e desejo no que tange as práticas de punição ideológicas.

Visto tais discursos, observou o encarceramento como modelo excludente da sociedade na medida em que destina suas locações especificamente para aqueles indivíduos pertencentes às classes sociais mais pobres, com o objetivo de retirá-los do meio da sociedade, desconsiderando-os como parte desta, retirando seu caráter de humanidade e criando um estereótipo de criminoso para racionalizar a falsa ideia de justiça social vigente no capitalismo.

O sistema penal, por meio do Direito Penal, e posteriormente pelas instituições prisionais, se mostraram essenciais ao capitalismo como meios de repressão de determinados grupos. Nesse sentido, ressalta-se que tal apontamento não passou a ocorrer no século XXI, mas perdura por séculos como elemento neutralizador, a serviço das elites, com a mesma lógica e quase as mesmas características.

Desse modo, vislumbra os discursos do medo, da impunidade e do punitivismo, como práticas necessárias para o mantimento do *status quo*. Assim, tem-se o capitalismo como responsável por gerar a desigualdade social e violar aqueles desfavorecidos com tal desigualdade por meio do encarceramento em massa da pobreza.

Passando para o segundo capítulo, constatamos o conceito de banalidade do mal e a naturalização do mal demonstrada, um mal sem raízes e capaz de estarem presentes em todos os seres humanos, dando margem para acontecer os diversos crimes contra a humanidade, como aqueles perpetrados pelos nazistas.

Verificou-se fatores como o distanciamento da realidade, a necessidade quanto ao cumprimento de ordens, bem como uma incapacidade de reflexão diante dos fatos. Este cumprimento de ordens de maneira "cega", onde a lei transcende os limites semânticos e é "endeusada", proporcionando a banalidade em toda ação de opressão em desfavor de determinados indivíduos, uma vez que tais ações estão legitimadas. Além disso, parte da população, a qual não está na condição de vulnerabilidade socioeconômica, nem fazem parte das instituições de repressão/opressão, acabam por se omitir e deixam de enxergar as constantes violações e a luta de classes.

Nesse sentido, se busca trazer a filosofia de Hannah Arendt para os dias atuais, onde o capitalismo instaurou-se como ideologia dominante e proporciona

horrores não tão diferentes daqueles que a sociedade nazista mostrou ao mundo. Exemplo pode ser a banalização das práticas de opressão do Estado em desfavor das pessoas em situação socioeconômica vulnerável no sentido de sempre criminalizá-las, para posteriormente segregá-las ou eliminá-las, como ocorreu especialmente com os judeus.

A banalidade do mal serviu como "justificativa" para a naturalização das práticas opressoras e banalização do mal, utilizando-a como filosofia capaz de ser aplicada não apenas no nazismo, mas também no capitalismo. O mal banal, tendo em vista sua ausência de raízes, sempre esteve presente, e não é diferente neste século, onde é "disseminado" por meio das instituições criadas pelo capitalismo para incorporarem à democracia burguesa.

Assim, conclui-se que há uma ligação evidente entre o modo de produção capitalista e o engendramento do sistema penal, em especial no Brasil, como uma máquina punitiva, encarceradora e segregadora, que atua privilegiadamente sobre as camadas mais pobres da população. Dessa forma, o sistema penal serve ao sistema do capital, e garantido por um forte discurso de medo e impunidade, atua de maneira indiscriminada contra os indesejados pelo sistema político, social e econômico, gerando o que se denomina de encarceramento em massa através da criminalização da pobreza. Tal situação se mostra como uma manifestação na atualidade da banalidade do mal cunhada por Hannah Arendt, pois a punição quase que exclusiva dos mais pobres se mostra naturalizada como uma mera necessidade de limpeza social e contenção da violência – dos pobres.

Referências bibliográficas

ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Seminário Depois do Grande Encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder.* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

AMARAL, Augusto Jobim do. A Cultura do Controle Penal na Contemporaneidade. In: *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília/DF, v. 12, n. 98, 2010.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão da Segurança Jurídica:* do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da Libertação*. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

ARENDT, Hannah. *A Vida do Espírito*. Trad. Antônio Abranches, César Augusto R. de Almeida e Helena Martins. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém:* Um relato sobre a Banalidade do Mal. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo:* antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ASSY, Bethania. Eichmann, Banalidade do Mal e Pensamento em Hannah Arendt. MORAES, Eduardo Jardim de; BIGNOTTO, Newton (Org.). *Hannah Arendt: Diálogos, reflexões, memórias*. Belo Horizonte: UFMG, 2001.

ASSY, Bethania. *Ética, Responsabilidade e Juízo em Hannah Arendt*. São Paulo: Perspectiva, 2015.

AUGUSTO, Acácio. Para além da prisão-prédio: as periferias como campos de concentração a céu aberto. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Seminário Depois do Grande Encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal:* introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro, 1999.

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos:* violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BIZZOTTO, Alexandre. *A Inversão Ideológica do Discurso Garantista:* A subversão da Finalidade das Normas Constitucionais de Conteúdo Limitativo para a Ampliação do Sistema Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BIRMAN, JOEL. O Pai como Lei e a Lei como Pai. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Seminário Depois do Grande Encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

BOSCHI, Marcus Vinicius. Direito Criminal e alteridade – um ensaio. In: *Revista do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha*, Caxias do Sul/RS, n. 8, p. 128-135, 2010.

CARVALHO, Salo. *Antimanual de Criminologia*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis/RJ: Vozes, 1999.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. *Funções da Pena Privativa de Liberdade no Sistema Penal Capitalista*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

KARAM, Maria Lúcia. Dispositivos Legais Desencarceradores. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Seminário Depois do Grande Encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MARX, Karl. *O Capital*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2017. Livro I.

MARX, Karl. *Os Despossuídos:* debates sobre a lei referente ao furto de madeira. Trad. Karl Marx de Nélio Schneider. Trad. Daniel Bensaid de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2017.

PASSETTI, Edson. Fascismos, pequenos fascismos, ou como designar isso que vivemos na sociedade de controle. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Seminário Depois do Grande Encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SOUKI, Nádia. *Hannah Arendt e a Banalidade do Mal*. Belo Horizonte: UFMG, 1998.

WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres:* a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Direito Penal Brasileiro:* teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas:* a perda da legitimidade do sistema penal: Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. O inimigo no Direito Penal. Trad. Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo, 1999.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A crise da atividade jurisdicional e o hiperencarceramento como resposta estatal, de Diogo Lentz Meller e Alexandre de Almeida Turela – *RBCCrim* 134/387-409 (DTR\2017\2540);
- Democracia e encarceramento em massa: provocações de teoria política ao estado penal brasileiro, de Hamilton Gonçalves Ferraz e Tiago Joffily – *RBCCrim* 152/383-422 (DTR\2019\90); e
- Estado punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil atual, de Debora Regina Pastana – *RBCCrim* 77/313-330 (DTR\2009\187).

Exploração da mercadoria-força de trabalho da pessoa condenada

Exploitation of the convicted criminal's labor power-commodity

Guilherme Perez Cabral

Professor Titular (Categoria A1) da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito (PPGD), vinculado à Linha de Pesquisa "Cooperação Internacional e Direitos Humanos". Membro do grupo de pesquisa "Direito num mundo globalizado" (CNPq/PUC Campinas). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (2014), Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (2008) e Graduado em Direito pela PUC-Campinas (2003). Integra o Banco de Avaliadores do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – BASis. Na graduação, ministra as disciplinas: Metodologia Jurídica, Direito Internacional Público, Direito do Comércio Internacional. Tem experiência acadêmica nas áreas de Hermenêutica Jurídica, Filosofia e Teoria Geral do Direito, Direito Internacional e Direitos Humanos, atuando principalmente com os temas Direito à Educação e Democracia.
ORCID: 0000-0003-4480-3641
gpcabral@gmail.com

Salvador Scarpelli Neto

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas) (2018). Advogado.
ORCID: 0000-0001-5064-4806
salvadorscarpelli@outlook.com

Recebido em: 09.09.2019
Aprovado em: 26.11.2019
Última versão dos autores: 25.12.2019

Áreas do Direito: Penal; Trabalho

Resumo: Neste artigo, a partir do processo de produção do capital analisado por Karl Marx no livro I da obra O capital, jungido ao estudo desenvolvido por Evguiéni B. Pachukanis, em sua Teoria geral do direito e marxismo, pretende-se analisar criticamente os institutos normativos

Abstract: In this article, from the process of capital production analyzed by Karl Marx in book I, of you work Capital, coupled with the study developed by Evguiéni B. Pachukanis, in his General Theory of Law and Marxism, we intend to critically analyze the normative institutes from

da Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de julho de 1984) que regulam a relação de compra e venda da mercadoria-força de trabalho da pessoa privada de sua liberdade após sentença condenatória penal transitada em julgado. Com isso, busca-se perspectivar como essa sistemática normativa específica habilita as pessoas jurídicas de direito privado a uma maior extração de mais valor, quando comparada com a mercadoria-força de trabalho das pessoas condenadas sob o regime da Consolidação das Leis Trabalhistas (Decreto Lei 5.452, de maio de 1943).

Palavras-chave: Mercadoria-força de trabalho – Sistema prisional brasileiro – Forma-jurídica – Reprodução social – Precarização do trabalho.

the Criminal Execution Law (Law 7,210, of July 1984). It regulates the relationship of purchase and sale of the labor force-commodity of the person deprived of his or her liberty after a final criminal conviction. Throughout the text, we seek to demonstrate how this specific normative system enables the legal entities of private law a greater extraction of more value compared when compared with the free workers regulated by the Consolidation of Labor Laws (Decree Law 5.452, of Maw 1943).

Keywords: Labor power-commodity – Brazilian prison system – Legal-form – Social reproduction – Precarization of work.

Sumário: Introdução. 1. Análise breve da incursão histórico-econômica do trabalho no sistema prisional brasileiro atrelada à funcionalidade seletiva do sistema penal. 2. A questão da liberdade envolvendo a venda da mercadoria-força de trabalho da pessoa condenada à pena privativa de liberdade. 3. A exploração da mercadoria-força de trabalho da pessoa condenada à pena privativa de liberdade no Brasil. 3.1. A regulamentação do trabalho do preso na Lei de Execução Penal. 3.2. A "informalidade" prevista em lei. 3.3. Os selecionados. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

Para construir o exame do processo de valorização do valor dentro da sistemática de uma sociedade estruturada pela universalização das relações de troca, parte-se da crítica da economia política construída por Karl Marx no livro I, da obra *O capital*. Aqui, o autor verificará o processo de produção do capital.

O agente econômico possuidor dos meios de produção fundamentais tem como objetivo principal produzir não apenas um produto que seja objeto de uso pessoal, mas também um produto que seja destinado à alienação, uma mercadoria[1]. Além disso, ele quer realizar "uma mercadoria cujo valor seja maior do que a soma do valor das requeridas para sua produção"[2], ou seja, ele quer produzir

1. MARX, Karl. *O capital*: crítica da economia política, Livro I: *O processo de produção do capital*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 263.
2. MARX, Karl. *O capital*: crítica da economia política, Livro I: *O processo de produção do capital*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 263.

mais valor[3]. Com o incremento de mais valor no processo de produção, ao seu final, "mais dinheiro é tirado da circulação do que nela fora lançado inicialmente"[4], concretizando a valorização do valor.

Para tanto, deve-se ter em mente que "o valor de toda mercadoria é determinado pela quantidade de trabalho materializado em seu valor de uso, pelo tempo de trabalho socialmente necessário para sua produção"[5]. E é justamente a mercadoria-força de trabalho que proporcionará essa valorização, já que a sua utilização é objetivar o tempo de trabalho socialmente necessário em um certo produto[6].

A necessidade material que obriga alguém a vender-se no mercado reside tanto na indispensabilidade de possuir meios de subsistência, pois é preciso consumir a cada dia para se manter vivo, como na carência absoluta de meios de produção fundamentais para o processo de trabalho. Diante dessa ausência de todas as coisas necessárias à realização de sua força de trabalho, não resta alternativas a não ser vendê-la.

Com a mercadoria-força de trabalho sob o domínio do capitalista, o processo de trabalho torna-se processo de produção. Por meio disso, haverá a realização não apenas de um produto que seja suporte do valor de troca, habilitando a sua venda no mercado, mas também a constituição de um excedente sobre o valor despendido. Desse modo, o valor da mercadoria produzida será maior do que os valores das mercadorias compradas para a realização da produção em questão. Assim, não só se produziu uma mercadoria, mas também mais valor.

Isso ocorre por meio do consumo da força de trabalho, pois a partir dela se agrega valor aos "elementos mortos que constituem o produto"[7]. Isso significa que, ao acrescentar novo trabalho, um novo valor foi criado porque contém uma maior quantidade de trabalho despendido no tempo.

Diante dessas afirmações, concluiu-se que o maior valor resulta da diferença entre o valor agregado à mercadoria pelo trabalho durante uma jornada de trabalho e o valor recebido pela pessoa trabalhadora ao alienar sua força de

3. MARX, Karl. *O capital*: crítica da economia política, Livro I: *O processo de produção do capital*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 263.
4. MARX, Karl. *O capital*: crítica da economia política, Livro I: *O processo de produção do capital*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 227.
5. MARX, Karl. *O capital*: crítica da economia política, Livro I: *O processo de produção do capital*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 263-264.
6. MARX, Karl. *O capital*: crítica da economia política, Livro I: *O processo de produção do capital*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 270.
7. MARX, Karl. *O capital*: crítica da economia política, Livro I: *O processo de produção do capital*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 262.

trabalho como mercadoria; e que, quanto maior a incorporação de valor, maior será a necessidade de tempo de trabalho empregado.

Sendo assim, o aspecto principal da exploração da capacidade de trabalho está na jornada de trabalho, pois nela se incorpora o tempo necessário para formar o valor equivalente ao da mercadoria-força de trabalho comprada e para a extração de mais valor, explorado pelo hiato entre o que o trabalhador recebe e o valor que ele cria ao trabalhar por mais tempo que o suficiente para a compensação do seu valor como mercadoria. Será justamente essa diferença que possibilitará que o comprador retire do mercado o capital.

Retornando à esfera da circulação, vende-se a mercadoria produzida, o que proporciona ao dono dos meios de produção a retirada do valor acrescido pela força de trabalho consumida. Isto é: retira-se um excedente de dinheiro comparado com aquilo que ele investiu previamente.

De todo o exposto, foi demonstrado em termos gerais como o trabalhador, ao vender-se, é explorado pelo possuidor de dinheiro, meios de produção e de subsistência, que compra a sua força de trabalho. Dessa maneira, no modelo de produção capitalista, o trabalho, ao ser apropriado pelo capital, promoverá a exploração do seu possuidor, o trabalhador.

Essa relação de apropriação e venda da mercadoria-força de trabalho estabelecida entre os dois distintos agentes econômicos mediatiza-se sob a forma jurídica de contratado. Como já elucidado, a pessoa que, por não possuir os meios de produção e os meios de subsistência, vende a única mercadoria que possuí: sua força de trabalho. Mas, para tanto, é necessário que o trabalhador se coloque no mercado como "livre vendedor de sua força de trabalho"[8].

Após um processo histórico não harmonioso e ordenado, com demasiadas especificidades que não cabem neste estudo, o vínculo social da produção, enquanto relação econômica, constituiu a "capacidade do homem de ser sujeito de direito"[9]. Por meio dessa qualidade, ele conseguirá fazer com que as mercadorias circulem entre si. Assim, o sujeito, enquanto pessoa livre e capaz de realizar a sua vontade, poderá dispor livremente de sua força de trabalho, concretizando a relação de uma exploração capitalista "mediada pela forma jurídica do contrato"[10].

8. PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 118.
9. PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 121.
10. PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 118.

Partindo do pressuposto da exploração capitalista da força de trabalho, na perspectiva marxiana, este artigo se concentra sobre o trabalho exercido pelo preso em razão de uma sentença penal transitada em julgado. Debruça-se, destarte, sobre o contingente populacional privado da liberdade, formalmente atribuída pelo ordenamento jurídico de dispor da mercadoria-força de trabalho no mercado.

Faz isso, a fim de demonstrar que o Estado, ao possibilitar o emprego desses trabalhadores em entidades privadas, possibilitará a elas uma extração maior de mais valor quando comparado à utilização da mercadoria-força de trabalho daqueles contratados sob o regime jurídico da Consolidação das Leis Trabalhistas (Decreto-Lei 5.452 de 1943). Isso porque, conforme os artigos de Lei de Execução Penal (Lei 7.210 de 1984), instituto legal que regula o trabalho a ser exercido pela pessoa presa, o condenado não está sujeito ao regime celetista, podendo, inclusive, receber salário inferior ao mínimo vigente, ainda que sua jornada de trabalho esteja limita ao período temporal de 06 até 08 horas diárias, com descansos nos domingos e feriados. O que significa maior valorização do valor, ao se utilizar da força de trabalho da pessoa presa.

Dessa forma, diante dessas especificidades normativas, tem-se que a mercadoria-força de trabalho da pessoa condenada à pena privativa de liberdade é mais desprotegida e menos onerosa para o dono dos meios de produção fundamentais ao se comparar com a do trabalhador celetista, o que significa afirmar que a exploração daquela é mais acentuada do que desta.

Somado a isso, entrelaça-se essa abordagem à inerente seletividade do sistema penal, indicando quem são as pessoas, em razão das características socialmente construídas, vulneráveis ao poder punitivo, que serão punidas com a privação da liberdade e, assim, em dado momento, trabalharão nas circunstâncias descritas.

Para tanto, em primeiro lugar, mediante estudo bibliográfico, faz-se uma análise sucinta a respeito do trabalho no sistema prisional brasileiro. Isso, a fim de se evidenciar que mesmo ocorrendo o esvaziamento do sentido inicial que era esperado do trabalho no século XIX, como instrumento para realizar o projeto positivista de criar corpos dóceis e úteis, sujeitos à nova sistemática produtiva, a atividade laborativa, enquanto obrigação da pessoa presa, ainda se faz presente na Lei da Execução Penal. Nesses períodos, procura-se verificar o aspecto econômico que envolvia a utilização dessa força de trabalho. Jungindo-se às especificidades históricas e econômicas, a incursão do trabalho no sistema prisional não se deu de maneira linear, nem simplista. Do complexo processo histórico que o envolve, são apresentados, sucintamente, os fatores que levaram o labor ao cárcere.

Em segundo lugar, a partir dos estudos desenvolvidos por Pachukanis em *Teoria geral do direito e marxismo* – ao utilizar a categoria forma-mercadoria para realizar a crítica do direito e do Estado – é feita uma análise sobre a liberdade formal (e sua privação) envolvendo a venda da mercadoria-força de trabalho das pessoas não presas em contraponto com o das pessoas que se encontram segregadas em instituições prisionais. Explicita, assim, que liberdade nunca houve efetivamente ao trabalhador, esteja ele segregado ou não. Com isso, mostra-se que essa normatividade, que obrigada a pessoa presa a exercer atividade laborativa, para além da relação social capitalista, escancara a real situação do trabalhador regido pela legislação obreira dentro do âmbito da circulação.

Por fim, analisando os aspectos normativos instituídos pela Lei 7.210 de 1984, desagua-se na descrição crítica dos elementos objetivos que envolvem a mercadoria-força de trabalho da pessoa condenada no Brasil.

Assim, em última análise, pretende-se averiguar como a relação de reprodução social dentro do modo de produção capitalista está articulada dentro de um sistema normativo específico, a Lei de Execução Penal.

Imperioso ressaltar, por último, que o presente estudo não tem a pretensão de buscar soluções reformistas para a questão da pena privativa de liberdade. Afinal, esta forma de punir está ontologicamente relacionada com o sistema de produção capitalista[11]. Analisando um dos aspectos que a envolve, o que se pretende é, tão somente, descrever criticamente uma realidade normativa.

1. Análise breve da incursão histórico-econômica do trabalho no sistema prisional brasileiro atrelada à funcionalidade seletiva do sistema penal

Na concepção marxiana, a mercadoria é compreendida como forma elementar da sociedade capitalista[12]. A relação que se estabelece entre a mercadoria e a pena criminal nos revela o valor de troca desta, constituído como o fenômeno da retribuição equivalente do delito, sendo "medida pelo tempo de liberdade suprimida segundo a gravidade do crime realizado"[13].

11. Cf. FURQUIM, G. M; MASTRODI, JOSUÉ. Pachukanis e o abolicionismo penal de Hulsman e Christie/ Pachukanis and the Hulman and Christie Penal Abolitionism. *Revista Direito e Práxis*, vol. 5, n. 9, p. 150-175, ago. 2014. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/10507/10644]. Acesso em: 08.10.2018.

12. MARX, Karl. *O capital*: crítica da economia política, Livro I: *O processo de produção do capital*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 113.

13. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal*: parte geral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 443.

O tempo, assim, "torna-se quantificador da pena ao mesmo tempo em que mensura o valor na mercadoria"[14]. Com isso, a "privação da liberdade é a forma na qual o capitalismo personifica o conceito contratual de recompensa equivalente"[15].

A utilização generalizada dessa forma de punição, portanto, apenas ocorre dentro de uma estrutura social em que o processo econômico é capitalista. Pois, para tanto, foi necessário que todas "as formas concretas de riqueza social estivessem reduzidas à forma simples e abstrata – trabalho humano medido pelo tempo"[16], e isso apenas ocorre com essa sistemática de produção. Nesse sentido E. B. Pachukanis conclui que:

> "A privação de liberdade por um prazo determinado de antemão e especificado por uma sentença do tribunal é a forma específica por meio da qual o direito penal moderno, ou seja, burguês-capitalista, realiza o princípio da reparação equivalente. Esse modelo é inconsciente, mas está profundamente ligado ao homem abstrato e à abstração do trabalho humano mensurável pelo tempo."[17]

No que concerne à sua finalidade, por não ser um instrumento idôneo para solução de conflitos, a pena carece de qualquer racionalidade, apenas podendo ser explicada como manifestação do poder[18]. Órfã de sentido que não o simples exercício de poder estatal realizado pela agência judicial, a pena deve ser compreendida como a consequência jurídica que impõem sofrimento[19].

Exerce, então, o sistema penal, uma função política, manifestando-se através da seleção criminalizante não pelo "critério da conduta realizada, e sim o da

14. FURQUIM, G. M; MASTRODI, JOSUÉ. Pachukanis e o abolicionismo penal de Hulsman e Christie/Pachukanis and the Hulman and Christie Penal Abolitionism. *Revista Direito e Práxis*, v. 5, n. 9, p. 150-175, ago. 2014, p. 165. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/10507/10644]. Acesso em: 08.10.2018.
15. ANITUA, G. I. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015. p. 618.
16. PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 117.
17. PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 117.
18. ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Amir Lopes da Conceição; Vânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2017. p. 202.
19. ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Amir Lopes da Conceição; Vânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2017. p. 202.

vulnerabilidade ao poder punitivo"[20]. Diante da realidade social do poder punitivo, certo é que a seletividade penal recai sobre "pessoas selecionadas segundo certos estereótipos historicamente condicionados"[21].

Em razão desse elemento real, pode-se concluir que a função principal do sistema penal foge da oficial promessa de realizar a redução e a eliminação da criminalidade, ao proteger os bens jurídicos universais e garantir a segurança pública. Sua eficácia invertida[22], seletiva e estigmatizante, constrói a criminalidade, reproduzindo, "material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais"[23]. Essa é a síntese da sistemática concreta do sistema penal.

No país, em junho de 2016, havia 726.712 pessoas presas, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. As pessoas negras representavam 64% do total da população carcerária, sendo a idade de 18 a 24 anos a faixa etária reflexa à 30%, e o ensino fundamental incompleto retratava a realidade de 51% das pessoas privadas de liberdade. O mesmo levantamento de dados informa que em 2015, 53% da população brasileira eram, dentre a parcela acima de 18 anos, pessoas negras. Por seu turno, a Pesquisa Nacional Por Amostra de Domicílios constatou que em 2015, entre as pessoas de 25 anos ou mais de idade, 31,3% delas possuíam o ensino fundamental incompleto[24].

Esse número total de pessoas privadas de liberdade correspondia, à época, ao aprisionamento de 352,6 pessoas para cada 100 mil habitantes. Imperioso ressaltar, nesse ponto, que a taxa de encarceramento, entre 2000 e 2016, aumentara em 157% no país[25].

---

20. ALAGIA, A. et al. *Direito Penal Brasileiro,* segundo volume: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 79.
21. ALAGIA, A. et al. *Direito Penal Brasileiro,* segundo volume: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 79.
22. Termo utilizado por Vera Regina P. de Andrade. Cf. ANDRADE, V. R. P. de. *Pelas mãos da criminologia*: O controle penal para além da (des)ilusão. Florianópolis: Revan, 2012.
23. ANDRADE, V. R. P. de. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des) ilusão. Florianópolis: Revan, 2012. p. 136.
24. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Sistema integrado de informações penitenciárias – Infopen*. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias 2016/relatorio_2016_22111.pdf]. Acesso em: 10.11.2018.
25. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Sistema integrado de informações penitenciárias – Infopen*. p. 12. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias 2016/relatorio_2016_22111.pdf]. Acesso em: 10.11.2018.

Entre este número total de pessoas privadas da liberdade, 95.919 delas exerciam atividade laborativa, internas e externas aos estabelecimentos totais, o que corresponde a 15% da população prisional[26].

A pena privativa de liberdade, como retribuição equivalente do crime, é compreendida como sofrimento imposto pela agência judicial a pessoas específicas, a se realizar de forma banalizada com a completa afirmação do sistema de produção capitalista. Os conceitos jurídicos que estruturam esta sistemática operam-se a partir de específica função política, recaindo-se sobre pessoas previamente selecionadas. Eis a perspectiva que se afirma a partir de breve verificação histórico-econômica, dentro da realidade do sistema prisional brasileiro, de um dos aspectos que integram o cárcere: o trabalho.

É o momento histórico e econômico, caracterizado pela ascensão da burguesia no país, que fincará seu ideal da ambição do lucro e do enriquecimento como dominante ao consagrar a República como novo regime político[27]. E, por ser justamente nos momentos revolucionários que ocorrem "as diferentes fases dos movimentos penitenciários"[28], há a consequente transformação do aparelhamento punitivo brasileiro.

O desenvolvimento econômico interno atrelado às influências europeias e estadunidenses sobre o aprimoramento da tecnologia do poder punitivo ocorrido no século XIX[29] atribuíram um novo paradigma significativo ao sistema prisional. Assim, a "prisão passa a ser o principal meio de punição, porém agora envolta na tarefa de requalificação dos criminosos"[30].

---

26. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Sistema integrado de informações penitenciárias – Infopen*. p. 56. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias 2016/relatorio_2016_22111.pdf]. Acesso em: 10.11.2018.
27. PRADO JÚNIOR, Caio. *História econômica do Brasil*. São Paulo: Editora Brasiliense, 2006. p. 143.
28. ANITUA, G. I. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015. p. 218
29. Cf. KIRSCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Nedder. Rio de Janeiro: Revan, 2004. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. Raquel Ramalhete. Rio de Janeiro: Vozes, 2014. MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*: as origens do sistema penitenciário (século XVI – XIX). Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
30. SALLA, Fernando. *As prisões em São Paulo: 1822-1940*. São Paulo: Annablume; Fapesp, 2006. p. 59.

Inaugura-se no país, na década de 1850, no Rio de Janeiro e em São Paulo, as duas primeiras instituições totais conhecidas como "casa de correção" ou "casa de prisão com trabalho"[31]. Nelas, como nas demais, que aos poucos se erguiam pelo Brasil, seria realizado o "projeto civilizador oitocentista"[32], para "criar um 'novo homem'"[33], que "seria devolvido à sociedade com todos os atributos necessários à convivência social, principalmente para o trabalho"[34].

Na medida em que a doutrina era recuperar o condenado, deveria, no interior das instituições prisionais, "ter reinado a disciplina do trabalho"[35]. Conforme o modelo adotado, foram as instituições edificadas com oficinas de trabalho, realizado no período diurno, e celas individuas, onde, durante o período noturno, as pessoas, de maneira isolada, eram recolhidas[36].

Por outro lado, ao fazer referência à Clarissa Nunes Maia, Flávio de Sá Cavalcanti de Albuquerque Neto afirma que o que se esperava do trabalho dos condenados, na Casa de Detenção de Recife, além da reintegração social e correção moral, era "a diminuição dos gastos públicos com sua manutenção"[37].

Apesar da implementação dessa nova maneira de punir, o propósito idealizado nesse período – "corrigir os indivíduos por meio de isolamento e trabalho

31. SALLA, Fernando. *As prisões em São Paulo: 1822-1940*. São Paulo: Annablume; Fapesp, 2006. p. 42 et seq.
32. TRINDADE, C. M. O nascimento de uma penitenciária: os primeiros presos da Casa de Prisão com Trabalho da Bahia (1860–1865). *Tempo*, Niterói, v. 16, n. 30, 2011. p. 169. Disposnível em: [www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-77042011000100008&script=sci_abstract&tlng=pt]. Acesso em: 09.10.2018.
33. TRINDADE, C. M. O nascimento de uma penitenciária: os primeiros presos da Casa de Prisão com Trabalho da Bahia (1860–1865). *Tempo*, Niterói, v. 16, n. 30, 2011. p. 171. Disposnível em: [www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-77042011000100008&script=sci_abstract&tlng=pt]. Acesso em: 09.10.2018.
34. TRINDADE, C. M. O nascimento de uma penitenciária: os primeiros presos da Casa de Prisão com Trabalho da Bahia (1860–1865). *Tempo*, Niterói, v. 16, n. 30, 2011. p. 171. Disposnível em: [www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-77042011000100008&script=sci_abstract&tlng=pt]. Acesso em: 09.10.2018.
35. MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (século XVI – XIX)*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 184.
36. SALLA, Fernando. *As prisões em São Paulo: 1822-1940*. São Paulo: Annablume; Fapesp, 2006. p. 60.
37. ALBUQUERQUE NETO, F. de S. C. *Punir, recuperar, lucrar*: o trabalho penal na casa de Detenção do Recife (1862-1879). Tese (Doutorado) – Faculdade de História da Universidade Federal do Pernambuco, Pernambuco, 2015. p. 111.

terapêutico"[38] – não foi atingido[39]. Os modelos prisionais aplicados "acabaram por se destacar por potencializar a exclusão social pela via da classificação das capas subalternas"[40]. Todavia, percebe-se que a utilização da força de trabalho da pessoa presa dentro desta nova instituição que se enraizava na sociedade brasileira foi revestida pela contribuição econômica que se extraia de seu consumo.

Nas últimas décadas do Império, a grande expansão das forças produtivas manifestou uma "economia voltada para a produção extensiva e em larga escala, de matérias-primas e gêneros tropicais destinados à exportação"[41]. Impulsionou-se, ainda mais, com o estabelecimento da República[42].

Para que houvesse essa extensa possibilidade na área econômica, o país teve de resolver o problema da força de trabalho, sendo ele sanado com a abolição da escravidão e pela imigração[43].

Fernando Salla aponta que a abolição da escravidão engendrou um novo ideário, elevando o trabalho de sinônimo de condição escrava para ser compreendido como fonte "da virtude, da honradez, da dignidade e da honestidade"[44]. Esse entendimento se enraíza nos primeiros anos da República, sendo "fundamental para legitimar os meios de controle social que as elites e os governos do período desenvolveram". Entrelaçado a esse ideário, forte era

38. CESAR, T. S. Estado, sociedade e o nascimento da prisão na América Latina. *Métis: história & cultura*, Caxias do Sul, v. 12, n. 23, jan.-dez. 2013. p. 37. Disponível em: [www.ucs.br/etc/revistas/index.php/metis/article/view/1713]. Acesso em: 10.10.2018.

39. CESAR, T. S. Estado, sociedade e o nascimento da prisão na América Latina. *Métis: história & cultura*, Caxias do Sul, v. 12, n. 23, jan.-dez. 2013. p. 37. Disponível em: [www.ucs.br/etc/revistas/index.php/metis/article/view/1713]. Acesso em: 10.10.2018.

40. CESAR, T. S. Estado, sociedade e o nascimento da prisão na América Latina. *Métis: história & cultura*, Caxias do Sul, v. 12, n. 23, jan.-dez., 2013. p. 37. Disponível em: [www.ucs.br/etc/revistas/index.php/metis/article/view/1713]. Acesso em: 10.10.2018.

41. PRADO JÚNIOR, Caio. *História econômica do Brasil*. São Paulo: Editora Brasiliense, 2006. p. 154.

42. Caio Prado Júnior expõe a mudanças de paradigma entre estes dois períodos da história do país. Para tanto ver PRADO JÚNIOR, Caio. *História econômica do Brasil*. São Paulo: Editora Brasiliense, 2006, p. 155.

43. PRADO JÚNIOR, Caio. *História econômica do Brasil*. São Paulo: Editora Brasiliense, 2006. p. 154.

44. SALLA, Fernando. *As prisões em São Paulo: 1822-1940*. São Paulo: Annablume; Fapesp, 2006. p. 187.

a "presença dos princípios de ordem e progresso da filosofia positivista de Augusto Comte"[45]. Desta forma, eram alvos do controle social aqueles que "não se acomodavam à disciplina do trabalho (vadios, mendigos, loucos, criminosos, menores desamparados)"[46].

É dentro desse contexto histórico-econômico que surge no país, em 1920, a Penitenciária do Estado de São Paulo, que serviu de "modelo de disciplinamento do preso como trabalhador, ajustando-se assim ao momento de avanço e urbanização pelo qual passava o Brasil"[47]. Em seu interior, a presença de pessoas vindas das camadas mais pobres era quase que exclusiva, principalmente as que trabalhavam na área rural, sendo raros os condenados pertencentes aos extratos sociais privilegiados[48].

Em todo o percurso de concepção da Penitenciária, "a questão da utilidade e da produtividade do condenado em trabalhos públicos"[49] esteve presente. É nesta instituição que se tentará, pela disciplina do trabalho, transformar o estabelecimento "de controle da criminalidade numa máquina produtiva"[50]. A organização do trabalho, desta forma, era um dos pontos de maior cuidado do governo, o que acarretou a construção de oficinas com os maquinários mais avançados da época, principalmente nas áreas da sapataria e da alfaiataria[51]. Além disso, recaía sobre a força de trabalho do condenado "a preocupação em gerar recursos para que os custos da operação da prisão fossem reduzidos com a receita oriunda do produto do trabalho dos presos"[52].

45. SALLA, Fernando. *As prisões em São Paulo: 1822-1940*. São Paulo: Annablume; Fapesp, 2006. p. 188.
46. SALLA, Fernando. *As prisões em São Paulo: 1822-1940*. São Paulo: Annablume; Fapesp, 2006. p. 187.
47. SALLA, Fernando. *As prisões em São Paulo: 1822-1940*. São Paulo: Annablume; Fapesp, 2006. p. 185.
48. SALLA, Fernando. *As prisões em São Paulo: 1822-1940*. São Paulo: Annablume; Fapesp, 2006. p. 210 e 211.
49. SALLA, Fernando. *As prisões em São Paulo: 1822-1940*. São Paulo: Annablume; Fapesp, 2006. p. 184.
50. SALLA, Fernando. *As prisões em São Paulo: 1822-1940*. São Paulo: Annablume; Fapesp, 2006. p. 187.
51. SALLA, Fernando. *As prisões em São Paulo: 1822-1940*. São Paulo: Annablume; Fapesp, 2006. p. 197.
52. SALLA, Fernando. *As prisões em São Paulo: 1822-1940*. São Paulo: Annablume; Fapesp, 2006. p. 197.

É no período da República Velha, destarte, que o trabalho das pessoas presas se torna um aspecto essencial do sistema prisional brasileiro, o que habilitou à instituição carcerária uma imagem de "empreendimento fabril e de lucratividade"[53].

Menos de um século depois, na sistemática produtiva pós-fordista, o paradigma da instituição prisional deixou de ser a transformação dos condenados em corpos dóceis e úteis, reabilitando-os para reintegrá-los. Agora, a partir da política criminal atuarial, visando ao "controle de grupos de risco mediante neutralização de seus membros saliente"[54], o cárcere se dedica a contenção e destruição dos "muito indóceis e inúteis, subtraindo-os da vida livre em sociedade pelo maior tempo possível"[55]. Nesses termos, portanto, pode-se afirmar que "a penalidade neoliberal abriu mão de cumprir qualquer função sobre o criminalizado para além de sua incapacitação seletiva"[56].

O novo discurso sobre o crime e o papel do sistema penal abarca uma nova narrativa. "A questão em jogo não é mais aquela, tão pretensiosa, quanto ingênua, de derrotar o crime, mas simplesmente de racionalizar a imperatividade dos sistemas que permitem 'gerir' a criminalidade sobre a base de avaliação de tipo estático e atuarial"[57].

Mesmo diante desta realidade, que aos poucos se afirma como discurso oficial, o trabalho exercido pela pessoa presa permanece inserido na legislação atual como um "*dever social*" dotado de finalidade produtiva[58].

Por todo o narrado, a incursão histórica e econômica da força de trabalho no sistema prisional brasileiro nos revela dois pontos importantes. Em primeiro lugar, essa simbiose ocorre ao mesmo tempo em que há o fortalecimento e o

53. SALLA, Fernando. *As prisões em São Paulo: 1822-1940*. São Paulo: Annablume; Fapesp, 2006. p. 197.

54. DIETER, M. S. *Política criminal atuarial*: a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 100.

55. DIETER, M. S. *Política criminal atuarial:* a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 100.

56. LEAL ROORDA, João Guilherme et al. A economia política do pacote "anticrime". *Boletim IBCCRIM*, v. 318, 2019. p. 32.

57. PAVARINI, Massimo. Cárcere sem fábrica. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino Simon. In: GIAMBERARDINO, André et al. (Org.). *Cárcere sem fábrica*: escritos em homenagem a Massimo Pavarini. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 15.

58. Prevê o artigo 28, *caput*, da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 que "O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva".

desenvolvimento do capitalismo no país. Em razão disso, para justificar a função do trabalho, imperou o discurso da necessidade da correção da pessoa. Atrelada à esta questão, também imperava o aspecto econômico do uso desta capacidade de trabalho segregada no cárcere.

Em segundo lugar, está a seletividade. Sempre foram grupos sociais específicos os encarcerados. Nessa condição, sujeitos à disciplina interna da instituição, tiveram de trabalhar.

Dessarte, ao longo de todo o processo histórico-econômico que envolve o sistema prisional brasileiro, o trabalho da pessoa privada da liberdade foi mais do que um meio dirigido à reabilitação. Foi exploração de força de trabalho de pessoas selecionadas pela agência penal em vista da realização de finalidades econômicas.

2. A questão da liberdade envolvendo a venda da mercadoria-força de trabalho da pessoa condenada à pena privativa de liberdade

Ao ter a liberdade tolhida, a pessoa presa, após sentença penal transitada em julgado, não só apenas perde o direito de ir e vir, mas também a sistemática normativa determina a obrigatoriedade de venda da sua força de trabalho. Dessa forma, a população carcerária, como se demonstrará a seguir, em razão da imposição estatal, está obrigada a trabalhar.

A sociedade capitalista, estruturada sobre parâmetros de troca universalizada, demanda que os proprietários de mercadorias as levem ao mercado. Na esfera da circulação, os agentes econômicos, de forma consciente e "livre", praticam o ato de troca. Afinal, como superficialmente elucidado na Introdução deste artigo, Marx destaca que "as mercadorias não podem ir por si mesmas ao mercado e trocar-se umas pelas outras"[59].

Ao entrarem em circulação, as relações econômicas que se formarão estão atreladas à uma relação, de natureza jurídica, cuja forma é o contrato. O núcleo dessa nova relação, "que é dado pela própria relação econômica"[60], caracteriza-se tanto pelo reconhecimento mútuo dos personagens como proprietários, como pelo ato de vontade que os possibilita apropriarem e alienarem as mercadorias.

59. MARX, Karl. *O capital*: crítica da economia política, Livro I: *O processo de produção do capital*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 159.

60. MARX, Karl. *O capital*: crítica da economia política, Livro I: *O processo de produção do capital*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 159.

Nota-se, com isso, o caráter jurídico que veste a regulamentação social na sociabilidade capitalista. Aqueles sujeitos apenas manifestarão suas determinações e realizarão a liberdade e a igualdade no ato de troca[61], sendo esse o substrato concreto do contrato[62]. Expressando sua vontade através desse ato jurídico, o trabalhador assalariado "surge no mercado como livre vendendo de sua força de trabalho"[63].

O investimento de juridicidade às subjetividades construirá abstratamente a figura do sujeito jurídico, átomo necessário das relações jurídicas. Da mesma maneira, garantirá os vínculos nas trocas e assegurará a apropriação do capital e da mercadoria[64]. E. B. Pachukanis escreve que:

> "O sujeito de direito é um possuidor de mercadorias abstrato e ascendido aos céus. Sua vontade, entendida no sentido jurídico, tem um fundamento real no desejo de alienar ao adquirir e adquirir ao alienar. Para que esse desejo se efetive, é indispensável que a vontade do possuidor de mercadorias vá ao encontro de um desejo de outro proprietário de mercadorias. Juridicamente, essa relação se expressa na forma do contrato ou do acordo entre vontades independentes."[65]

Essa necessária qualidade jurídica, por sua vez, não garante que as pessoas sejam proprietárias, mas apenas que elas sejam "igualmente 'dignas' de ser proprietárias"[66]. Percebe-se daí que essa qualidade é formal, encobrindo a relação concreta de exploração inerente ao sistema de produção capitalista dentro de um contrato – forma jurídica variada do ato jurídico em geral[67].

Com a sentença penal transitada em julgada, a pessoa selecionada previamente em razão de suas características sociais perde a liberdade juridicamente reconhecida de ir e vir, sendo segregada em uma instituição total.

---

61. PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 124.
62. PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 127.
63. PACHUKANIS, E. B. Teoria geral do direito e marxismo. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 118.
64. MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 23.
65. PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 127.
66. PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 133.
67. PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 127.

Na condição de pessoa presa, dois fenômenos jurídicos impostos pela Lei 7.210, de 11 de junho de 1984, ocorrem.

Em primeiro lugar, pelo disposto no artigo 31, *caput*, a perda da liberdade implica a obrigatoriedade da venda da força de trabalho. A manifestação de vontade do preso restringe-se ao consentimento ou não para a prestação de trabalho externo à entidade privada (art. 36, § 3º).

Em segundo lugar, pelo comando do artigo 28, § 2º, a relação que se formará com o comprador da mercadoria-força de trabalho não é regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, porque inexiste a condição fundamental para a constituição do contrato: a liberdade para a formação deste negócio jurídico[68].

Em razão disso, o ato de troca que realiza não decorre da prática de sua liberdade formal, manifestando "toda a plenitude das suas determinações"[69] por meio de sua vontade independente.

Pelo contrário, nessa situação, a venda da mercadoria-força de trabalho seria imposta pelo mesmo ordenamento jurídico que o torna livre. Tanto é assim que caso haja a recusa em trabalhar, a pessoa cometerá falta grave[70], o que implica na interrupção da contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena[71] e no regresso para regime mais rigoroso[72].

Essa ausência de manifestação da liberdade no ato de troca se evidencia no contrato que é formulado para a utilização de sua força de trabalho. Conforme modelo disponibilizado pela Fundação Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel – FUNAP[73],

68. *O item 57* da Exposição de motivos 213, de 9 de maio de 1983, que versa sobre a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, determinar que o trabalho não está submetido à Consolidação das Leis do Trabalho, "dada a inexistência de condição fundamental, de que o preso foi despojado pela sentença condenatória: a liberdade para a formação do contrato".

69. PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 124.

70. BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Artigo 51* cumulado com o *artigo 39, inciso V*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm]. Acesso: 09.10.2018.

71. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 534*. A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração. Brasília, 2015.

72. BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Artigo 118, inciso I*.

73. Essa fundação foi instituída pelo Governo de Estado de São Paulo por meio da Lei número 1.238, de 22 de dezembro de 1976. Ela é vinculada à Secretaria de Estado da

conclui-se que a pessoa presa não é individualiza, sendo o negócio jurídico realizado apenas entre a pessoa jurídica que demanda a mercadoria-força de trabalho, a instituição carcerária e a fundação mencionada. A relação jurídica que se constituirá forma-se às costas do preso.

Dessa maneira, percebe-se que a condenação acarreta a perda do "raro presente"[74] do qual Pachukanis faz referência ao analisar a mercadoria e o sujeito. Isto é, enquanto preso, a pessoa perde aquela "vontade presumida juridicamente que faz dele um possuidor de mercadorias tão absolutamente livre e igual perante os demais quanto ele mesmo o é"[75], justamente porque não lhe é permitido manifestar livremente a sua vontade no ato de troca.

Apesar dessa ausência formal de liberdade para formar a relação jurídica por meio de um contrato de trabalho, a pessoa condenada trabalha, concretamente, e insere-se numa relação em que a sua força de trabalho é utilizada por um comprador que irá extrair mais-valor.

Efetiva e materialmente livre para a venda da mercadoria-força de trabalho, no mercado, nenhum trabalhador está. A liberdade jurídica, vimos, é meramente formal. Pois é a necessidade material que obriga as pessoas a venderem-se no mercado. Isto reside em dois fatores: na indispensabilidade de se possuir os meios de subsistência, porque se precisa consumir a cada dia para se manter vivo, e na carência absoluta dos meios de produção para o processo de trabalho[76]. A esta "totalidade dos assalariados, homens e mulheres que vivem de

Administração Penitenciária, sendo sua missão institucional "planejar, desenvolver e avaliar, no âmbito estadual, programas sociais nas áreas de assistência jurídica, da educação, da cultura, da capacitação profissional e do trabalho para as pessoas que se encontrem privadas de liberdade, desenvolvendo, assim, seus potenciais como indivíduos, cidadãos e profissionais e contribuindo para a inclusão social dos mesmos". Disponível em: [www.funap.sp.gov.br/site/index.php/sobre_funap]. Acesso em: 13.10.2018. Modelo de contrato de trabalho envolvendo a Funap. Disponível em: [www3.araraquara.sp.gov.br/ImageBank/FCKEditor/file/imprensa01/ADM%20LICITACOES/contratos/LIVRO%2008%20-%202017/CONTRATO%20N%C2%BA%204783-2017%20%20FUNDA%C3%87%C3%83O%20PROF_%20DR_%20MANOEL%20PEDRO%20PIMENTEL%20-%20FUNAP.pdf]. Acesso em: 13.10.2018.

74. PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 121.

75. PACHUKANIS, E. B. Teoria geral do direito e marxismo. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 121.

76. MARX, Karl. *O capital*: crítica da economia política, Livro I: *O processo de produção do capital*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 243.

venda da sua força de trabalho"[77], Ricardo Antunes dá a denominação "classe-que-vive-do-trabalho"[78].

Assim, se, por um lado, o trabalhador que não está preso se distingue do que está pelo exercício formal da liberdade de ir e vir e de autodeterminar-se; por outro, como o que se encontra segregado, ele também está adstrito ao trabalho, já que impera sobre ambos a impossibilidade de optar por não vender a força de trabalho.

Se o condenado deve, obrigatoriamente, conforme o artigo 31, *caput*, da Lei de Execução Criminal trabalhar, o trabalhador não preso também deve alienar a única mercadoria que possuí, pois, caso contrário, não sobrevive.

3. A exploração da mercadoria-força de trabalho da pessoa condenada à pena privativa de liberdade no Brasil

3.1. A regulamentação do trabalho do preso na Lei de Execução Penal

A regulamentação da atividade laborativa do condenado foi idealizada a partir da busca de aproximação com o trabalho exercido pela pessoa em liberdade. O Projeto da Lei de Execução Penal buscava, dessa maneira, diminuir as diferenças existentes entre a vida dentro da instituição e a vida fora dela[79].

Apesar da intenção de proximidade que o referido diploma legal visa atingir, o que se percebe, no plano fático, é que este regramento possibilita uma maior extração de mais valor quando da utilização da mercadoria-força de trabalho da pessoa presa, se comparada com a utilização da força de trabalho da pessoa trabalhadora regida pelo diploma obreiro.

Para se chegar a tal conclusão, deve-se analisar os principais aspectos da regulação do trabalho do condenado, conforme previsto na Lei 7.210 de 1984 (Lei de Execução Penal – LEP).

---

77. ANTUNES, Ricardo; ALVES, Giovani. As mutações no mundo do trabalho na era da mundialização do capital. *Educação e sociedade*, Campinas, v. 25, n. 87, maio-ago. 2004. p. 336. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/es/v25n87/21460.pdf]. Acesso em: 09.10.2018.

78. Cf. ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2018. p 101 et. seq.

79. BRASIL. Exposição de Motivos 213, de 9 de maio de 1983. *Item 54*: O Projeto adota a ideia de que o trabalho penitenciário deve ser organizado de forma tão aproximada quanto possível do trabalho na sociedade. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html]. Acesso: 09.10.2018.

a) Trabalho obrigatório. O trabalho exercido pelas pessoas que tiveram a liberdade restrita em razão de uma condenação criminal transitada em julgado, como já dito, é obrigatório. De acordo com o art. 31, *caput*, LEP, "O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade".

Não se exige, em suma, o consentimento do preso para a prestação do trabalho. Ele não detém a liberdade de não trabalhar. A manifestação do consentimento condiciona, apenas, nos termos do art. 36, § 3º, LEP, a prestação de trabalho externo à entidade privada.

Importa observar que, ao mesmo tempo em que obriga o preso a exercer a atividade laborativa, a legislação prevê que um dia de sua pena será reduzido a cada três dias de trabalho[80]. Dessa maneira, mesmo sendo a venda da mercadoria força de trabalho obrigatória, há um estímulo para que o faça.

De qualquer forma, a despeito da obrigatoriedade do trabalho, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2016, constatou que apenas 15% da população prisional estava "envolvida em atividade laborais, internas e externas aos estabelecimentos penais"[81], o que representava um total de 95.919 pessoas.

Manifesta-se a ausência de vender a mercadoria-trabalho. A obrigatoriedade é expressa, retirado o véu da "liberdade formal", resguardada ao trabalhador "livre".

b) Não incidência da Consolidação das Leis Trabalhistas. Menos direitos trabalhistas. Em razão da condenação, o preso, privado da liberdade, não mais dispõe de elemento fundamental para constituir uma relação jurídica contratual, regida pelo Decreto-Lei nº 5.452 de 1943. Assim, o artigo 28, §2º, LEP, afasta a incidência do diploma obreiro sobre a relação estabelecida entre a pessoa presa e aquela que consumirá sua capacidade de trabalho.

Com isso, por não possuir o trabalhador os direitos oriundos da Consolidação das Leis do Trabalho, o comprador desta mercadoria não assume obrigações referentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, ao aviso prévio indenizado ou não, à indenização adicional, ao repouso semanal remunerado, aos feriados, às férias – remuneradas com acréscimo de 1/3 –, ao auxílio enfermidade, ao décimo terceiro salário, à licença paternidade, à licença maternidade e à contribuição previdenciária.

80. BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Artigo 126, § 1º, inciso II.*

81. INFOPEN, 2016, p. 56.

c) Remuneração inferior ao salário mínimo. A única obrigação legal do empregador é com a contraprestação do consumo da força de trabalho, que não poderá ser inferior a 3/4 do salário mínimo vigente, nos termos do artigo 29, LEP: "O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo".

Tal remuneração, que prevê o mesmo dispositivo em seus §§ 1º e 2º, deverá indenizar os "danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios", bem como atender à "assistência à família", a "pequenas despesas pessoais" e, por fim, ao "ressarcimento do Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada". Após o ressarcimento obrigatório das despesas enumeradas anteriormente, o restante é depositado em favor da pessoa condenada trabalhadora, podendo ela levantá-los após ser posta em liberdade.

Cabe ressaltar que, não obstante o mínimo legalmente estabelecido, dados do INFOPEN mostram que "75% da população prisional em atividade laboral não recebe remuneração ou recebe menos que 3/4 do salário mínimo mensal". Desse número total de pessoas, 41% delas são remuneradas com menos do mínimo estabelecido e 33% não recebem remuneração[82].

d) Limite máximo de trabalhadores presos por obra. Não há qualquer impedimento relacionado ao porte da pessoa jurídica para a utilização da força de trabalho do condenado. Conforme o artigo 36, § 1º, da Lei de Execução Penal, apenas se estipula que, quando o trabalho for externo ao cárcere, o comprador da mercadoria em questão estará limitado a uma porcentagem de presos correspondente ao máximo de 10% do total de pessoas empregadas[83].

e) Jornada de trabalho. A jornada diária de trabalho não poderá ser inferior a seis nem superior a oito horas (art. 33, *caput*, LEP).

Em razão dos aspectos expostos, além do condenado não poder optar em não trabalhar, não é ele celetista e tem menos direitos assegurados, incluindo piso de remuneração inferior ao do salário mínimo vigente. Isso torna sua

82. INFOPEN, 2016, p. 56 e 58

83. Essa imposição legal não impede que, no plano fático, pessoas jurídicas, visando violar a livre iniciativa, contrate número superior do que o permitido. Como exemplo, ver: [http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/ompt/crj/noticias/26277825-cc1e-457e-a5c1-f899bce23efa?urile=wcm%3Apath%3A/mpt/o+mpt/crj/noticias/26277825-cc1e-457e-a5c1-f899bce23efa (acessado 20/09/2018 às 18:52)]. Acesso em: 13.10.2018.

mercadoria-força de trabalho mais desprotegida e menos onerosa para o empregador ao se comparar com o trabalhador livre inserido em uma relação de trabalho formal. No mesmo período de tempo de consumo destas duas mercadorias, será possível uma extração de mais-valor mais acentuada ao se fazer uso do trabalho da pessoa presa.

3.2. A "informalidade" prevista em lei

Recai, dessa forma, também sobre a pessoa condenada por uma sentença penal transitada em julgada, a "informalidade", no sentido da não aplicabilidade das regras jurídicas ordinariamente incidentes sobre a relação de trabalho assalariado, nos termos da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Tem-se, portanto, que a informalidade do trabalho exercido pelo condenado não decorre de uma situação fática, mas da própria legislação que o regulamenta. Assim, este "modo de ser da informalidade"[84] é intencional por parte do Estado, pois, racionalmente mantém estes trabalhadores à margem da legislação trabalhista, possibilitando que pessoas jurídicas extraiam mais-valor superior ao se utilizar da força de trabalho formal.

Portanto, da mesma forma que ocorre com aquelas que se encontram em liberdade, mas em situação de "ruptura com os laços formais de contratação e regulação da força de trabalho"[85], a condição do condenado trabalhador assume "um importante elemento de ampliação, de potencialização e mesmo de realização de mais-valor".[86]

Desse modo, com a condenação criminal transitada em julgado, a mercadoria-força de trabalho sofre uma significativa desvalorização, o que corresponde a um estímulo ao possuidor dos meios de produção e dos meios de subsistência a optar por esta mercadoria em questão do que àquela das pessoas que se encontram em liberdade e possuem carteira de trabalho assinada, já que menos custosa.

---

84. ANTUNES, Ricardo. A nova morfologia do trabalho e suas principais tendências. *Riqueza e Miséria do Trabalho no Brasil II*. ANTUNES, Ricardo (org.). São Paulo: Boitempo, 2013. p. 17.
85. ANTUNES, Ricardo. A nova morfologia do trabalho e suas principais tendências. *Riqueza e Miséria do Trabalho no Brasil II*. ANTUNES, Ricardo (org.). São Paulo: Boitempo, 2013. p. 17.
86. ANTUNES, Ricardo. A nova morfologia do trabalho e suas principais tendências. *Riqueza e Miséria do Trabalho no Brasil II*. ANTUNES, Ricardo (org.). São Paulo: Boitempo, 2013. p. 17.

Ao ser consumida, a força de trabalho entra em funcionamento e atinge a finalidade produtiva estipulada pelo art. 28, *caput*, da Lei de Execução Penal. Lembrando, o trabalho do encarcerado, compreendido como dever social e condição da dignidade humana, terá finalidade produtiva e educativa.

Quanto ao propósito educativo, também previsto no referido dispositivo, não há como o trabalho ser o meio para se atingir a prevenção especial positiva da pena, como já há muito demonstrado pelo fracasso histórico do projeto de conceber a pena como tratamento curativo[87].

3.3. Os selecionados

A análise desse cenário deve estar atrelada à seletividade penal que recai sobre os corpos, pois se deve saber quem é a pessoa selecionada pelo sistema penal que será segregada e obrigada a vender sua força de trabalho nas condições narradas.

Como já dito, no país, em junho de 2016, conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, havia 726.712 pessoas presas. As pessoas negras representavam 64% do total da população carcerária, sendo a idade de 18 a 24 anos a faixa etária reflexa à 30%, e o ensino fundamental incompleto reproduzia a realidade de 51% das pessoas[88].

Assim, sabendo que a "nova morfologia do trabalho"[89], em razão da informalidade e da precarização do labor, expulsou "da produção uma infinitude

87. O presente trabalho não se alongará nesse assunto. A concepção de que a instituição prisional teria como finalidade a reeducação da pessoa foi, ao longo da história da criminologia, revelada como fracassada; cf. IFGANGER, F. C. A.; POGGETTO, J. P. G. D. As finalidades ocultas do sistema penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 124, p. 259-297, out. 2016. Disponível em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/106814]. Acesso em: 18.10.2018, bem como, entre outros, BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 183 et. seq.

88. INFOPEN, 2016, p. 32.

89. Expressão utilizada por Ricardo Antunes. O autor afirma que "uma análise do capitalismo atual nos obriga a compreender que as formas vigentes de valorização do valor trazem embutidos novos mecanismos geradores de trabalho excedente (...) E esse processo tem clara funcionalidade para o capital, uma vez que permite a ampliação do bolsão de desempregados e reduz ainda mais a remuneração da força de trabalho, em amplitude global, pela retração salarial daqueles assalariados que se encontram empregados" (ANTUNES, Ricardo. A nova morfologia do trabalho e suas principais tendências. In: ANTUNES, Ricardo (Org.). *Riqueza e Miséria do Trabalho no Brasil II*. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 14).

de trabalhadores que se tornaram sobrantes, descartáveis e desempregados"[90] e que o indivíduo é importante nas relações jurídica-econômica apenas enquanto consumidor, tem-se que os excluídos sociais são os economicamente inativos[91].

Dessa forma, haverá o vínculo entre aqueles marginalizados socioeconomicamente com o sistema jurídico tão somente por meio das normas penais[92], pois, diante da "simbiose entre marginalidade econômica e marginalidade social"[93] o Estado concentra sua atuação na "preservação da segurança e da ordem interna"[94], cujo objeto é a repressão desta marginalidade.

Portanto, a condenação penal transitada em julgado, que implicará na segregação da pessoa em regime de cumprimento de pena fechado ou semiaberto, habilitará uma maior extração de mais valor. A consequência implícita desta decisão judicial é informalizar o labor, tornando a mercadoria-força de trabalho do condenado mais desprotegida e menos custosa para o consumidor quando comparada com a mercadoria-força de trabalho do celetista.

Os obrigados a exercer atividade laborativa nas condições expostas são os selecionados pelo sistema penal, isto é, os excluídos do mercado por não serem consumidores e por não conseguirem vender a única mercadoria que possuem, a força de trabalho. Estas pessoas são, em sua maioria, negras e com o ensino fundamental incompleto.

---

90. ANTUNES, Ricardo. A nova morfologia do trabalho e suas principais tendências. *Riqueza e Miséria do Trabalho no Brasil II*. In: ANTUNES, Ricardo (Org.). São Paulo: Boitempo, 2013. p. 14.
91. MORAIS, J. L. B de; WERMUTH, M. A. D. A crise do *welfare state* e a hiperforia do Estado Penal. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 66, 2013. p. 165. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552013000100007&script=sci_abstract&tlng=pt]. Acesso em: 18.10.2018.
92. MORAIS, J. L. B de; WERMUTH, M. A. D. A crise do *welfare state* e a hiperforia do Estado Penal. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 66, 2013. p. 165. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552013000100007&script=sci_abstract&tlng=pt]. Acesso em: 18.10.2018.
93. MORAIS, J. L. B de; WERMUTH, M. A. D. A crise do *welfare state* e a hiperforia do Estado Penal. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 66, 2013. p. 166. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552013000100007&script=sci_abstract&tlng=pt]. Acesso em: 18.10.2018.
94. MORAIS, J. L. B de; WERMUTH, M. A. D. A crise do welfare state e a hiperforia do Estado Penal. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 66, pp. 161-186, 2013, p. 166. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552013000100007&script=sci_abstract&tlng=pt]. Acesso em: 18.10.2018.

Considerações finais

Sabendo que o Estado "abre, constitui e cria novos campos do fenômeno jurídico nas sociedades capitalistas"[95], fazendo com que a relação de trabalho, antes constituída por vínculos contratuais autônomos, passe a ser intermediada por institutos normativos estatais, restou demonstrar como a Lei 7.210, de julho de 1984, regulamenta a compra e venda da mercadoria-força de trabalho da pessoa privada de sua liberdade.

O presente estudo encontra-se, pois, em uma etapa pré-empírica, porquanto não ser possível a partir de previsões normativas, adentar o campo da realidade material (com todas as suas minúcias), na qual a mercadoria-força de trabalho da pessoa condenada está inserida.

Por outro lado, como primeira etapa de uma investigação mais aprofundada, mostra-se válido compreender como esse específico campo do fenômeno jurídico está estruturado pelo Estado. Assim, esmiuçando-se esse ponto, pode-se compará-lo com os aspectos materiais que revestem o trabalho das pessoas em situação de cárcere.

Ademais, mais uma vez, deve-se evitar conclusões apresadas, sendo necessário assinalar que a relação que se estabelece entre o direito e o modo de produção capitalista escapa aos interesses da classe dominante, vinculando-se "ao próprio fenômeno jurídico enquanto tal"[96]. Isso implica a negação de qualquer tese reformista a que se poderia chegar ao final deste estudo, ainda mais no cambito jurídico, porque este, como assinalado, é uma das formas necessárias para a reprodução das relações econômicas capitalistas.

Como reiterado, desagua-se, por meio de uma análise crítica, na seguinte conclusão: os institutos normativos estatais habilitam às pessoas jurídicas de direito privado extraírem intenso mais valor ao usufruírem a mercadoria-força de trabalho da pessoa privada de sua liberdade após uma sentença penal transitada em julgado.

Ainda, evidenciou-se que o trabalho é incorporado ao sistema prisional no processo de desenvolvimento e fortalecimento do capital no país. Para além de servir como meio para se atingir a ressocialização da pessoa condenada, o que se percebe, no percurso histórico-econômico desta simbiose, é que a força de

95. MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 42.

96. BATISTA, F. R. O conceito de ideologia jurídica em teoria geral do direito e marxismo: uma crítica a partir da perspectiva da materialidade das ideologias. *Verinotio*, Belo Horizonte, v. X, n. 19, p. 91-105, abr. 2015. p. 92.

trabalho de pessoas selecionadas pelo sistema penal foi utilizada para realizar finalidades econômicas específicas daquelas pessoas que a possuíam.

Nesse contexto, diante da realidade normativa atual, na qual a mercadoria-força de trabalho do condenado está inserida, sua exploração é mais acentuada do que a do trabalhador regido pelo diploma obreiro. Não há a incidência da Consolidação das Leis do Trabalho na relação formada entre as pessoas presas e seu empregador, possibilitando, maior desproteção, incluindo remuneração ao trabalhador condenado inferior ao do salário mínimo vigente.

Em razão disso, a mercadora-força de trabalho da pessoa apenada é mais desprotegida e menos onerosa para o comprador, quando comparada com a do trabalhador celetista. Assim, dentro do mesmo período de tempo, o comprador da força de trabalho conseguirá extrair uma quantia mais elevada de mais-valor ao fazer uso do trabalhado do condenado.

Ainda, é preciso jungir essa situação material às pessoas que terão de vender a força de trabalho nessas condições de precarização. Conforme os dados obtidos pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, e sabendo que o sistema penal incide sobre características sociais e historicamente construídas, têm-se que a população carcerária brasileira é formada, em sua maioria, por pessoas pretas e que possuem o ensino fundamental incompleto. São estes os corpos brasileiros explorados nos moldes da conjuntura elucidada.

Com isso, desagua-se que o Estado, obrigando que as pessoas privadas de liberdade trabalhem para pessoas jurídicas privadas, possibilita que estas extraiam uma quantia maior de mais valor ao empregarem a força de trabalho protegida pelo diploma legal obreiro.

Referências bibliográficas

ALAGIA, A. et al. *Direito penal brasileiro*: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2016. v. 2.

ALBUQUERQUE NETO, F. de S. C. Prisões e o trabalho forçado no Brasil na segunda metade do século XIX. *Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 40-57, jan.-abr. 2017. Disponível em: [www.revistapassagens.uff.br/index.php/Passagens/article/view/121]. Acesso em: 09.10.2018.

ALBUQUERQUE NETO, F. de S. C. *Punir, recuperar, lucrar*: o trabalho penal na casa de Detenção do Recife (1862-1879). Tese (Doutorado) – Faculdade de História da Universidade Federal do Pernambuco, Pernambuco, 2015.

ANDRADE, V. R. P. de. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão. Florianópolis: Revan, 2012.

ANITUA, G. I. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.

ANTUNES, Ricardo. A nova morfologia do trabalho e suas principais tendências. In: ANTUNES, Ricardo (Org.). *Riqueza e miséria do trabalho no Brasil II*. São Paulo: Boitempo, 2013.

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2018.

ANTUNES, Ricardo; ALVES, Giovani. As mutações no mundo do trabalho na era da mundialização do capital. Educação e Sociedade, Campinas, v. 25, n. 87, p. 335-351, maio-ago. 2004. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/es/v25n87/21460.pdf]. Acesso em: 09.10.2018.

BATISTA, F. R. O conceito de ideologia jurídica em teoria geral do direito e marxismo: uma crítica a partir da perspectiva da materialidade das ideologias. *Verinotio*, Belo Horizonte, v. X, n. 19, p. 91-105, abr. 2015.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: *introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BRASIL. Exposição de Motivos n. 213 de 9 de maio de 1983 da Lei n. 7.210 de 1984. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html]. Acesso em: 09.10.2018.

CESAR, T. S. Estado, sociedade e o nascimento da prisão na América Latina. *Métis: história&cultura*, Caxias do Sul, v. 12, n. 23, p. 32-48, jan.-dez., 2013. Disponível em: [www.ucs.br/etc/revistas/index.php/metis/article/view/1713]. Acesso em: 10.10.2018.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal*: parte geral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

DIETER, M. S. *Política criminal atuarial:* a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. Raquel Ramalhete. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

FURQUIM, G. M; MASTRODI, J. Pachukanis e o abolicionismo penal de Hulsman e Christie/ Pachukanis and the Hulman and Christie Penal Abolitionism. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 9, p. 150-175, ago. 2014. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/10507/10644]. Acesso em: 08.10.2018.

IFGANGER, F. C. A; POGGETTO, J. P. G. D. As finalidades ocultas do sistema pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 124, p. 259-297, out. 2016. Disponível em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/106814]. Acesso em: 18.10.2018.

KIRSCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Nedder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

LEAL ROORDA, João Guilherme et. al. A economia política do pacote "anticrime". *Boletim IBCCRIM*, v. 318, p. 30-33, 2019.

MALOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica:* as origens do sistema penitenciário (século XVI – XIX). Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

MARX, Karl. *O capital*: crítica da economia política, Livro I: *O processo de produção do capital*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2017.

MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2016.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Sistema integrado de informações penitenciárias – Infopen*. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias 2016/relatorio_2016_22111.pdf]. Acesso em: 10.11.2018.

MORAIS, J. L. Bde; WERMUTH, M. A. D. A crise do *welfare state* e a hiperforia do Estado Penal. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 66, p. 161-186, jul. 2013. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552013000100007&script=sci_abstract&tlng=pt]. Acesso em: 18.10.2018.

PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017.

PRADO JÚNIOR, Caio. *História econômica do Brasil*. São Paulo: Editora Brasiliense, 2006.

PAVARINI, Massimo. Cárcere sem fábrica. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino Simon. In: GIAMBERARDINO, André et al. (Org.). *Cárcere sem fábrica*: escritos em homenagem a Massimo Pavarini. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

SALLA, Fernando. *As prisões em São Paulo: 1822-1940*. São Paulo: Annablume; Fapesp, 2006.

TRINDADE, C. M. O nascimento de uma penitenciária: os primeiros presos da Casa de Prisão com Trabalho da Bahia (1860 – 1865). *Tempo*, Niterói, v. 16, n. 30, p. 167-196, 2011. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-77042011000100008&script=sci_abstract&tlng=pt]. Acesso em: 09.10.2018.

ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Amir Lopes da Conceição; Vânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2017.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Privatização de presídios e a mercantilização do crime e da pobreza, de Erica do Amaral Matos – *RBCCrim* 133/257-297 (DTR\2017\1848); e
- Trabalho do preso: premissas para o reconhecimento dos direitos trabalhistas e da relação de emprego, de Isabella Monteiro Gomes e Michel Carlos Rocha Santos – *RDT* 144/193-210 (DTR\2011\5183).

Cabral, Guilherme Perez; Scarpelli Neto, Salvador. Exploração da mercadoria-força de trabalho da pessoa condenada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 167. ano 28. p. 367-394. São Paulo: Ed. RT, maio 2020.