Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 25 • vol. 134 • ago. / 2017

Dossiê Especial: Corrupção e Direitos Humanos

Editor-associado – Marcelo Almeida Ruivo dos Santos

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 25 • vol. 134 • ago. / 2017

Presidência
Cristiano Avila Maronna

Coordenação
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

EDITORA-CHEFE – Mariângela Gama de Magalhães Gomes

EDITOR-ASSOCIADO – Marcelo Almeida Ruivo dos Santos

EDITORES-ASSISTENTES – Chiavelli Facenda Falavigno, Clécio Lemos, Daniel Leonhardt, Gabriel Divan, Pedro Castro e Vinicius Gomes de Vasconcellos.

EDITORES-EXECUTIVOS – Adriano Galvão, Eduardo Carvalho, Taynara Lira e Willians Meneses

CONSELHO EDITORIAL

Ada Pellegrini Grinover (USP – São Paulo/SP); Adolfo Ceretti (Università degli Studi di Milano-Bicocca – Itália); Afranio da Silva Jardim (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Alberto Silva Franco (IBCCRIM – São Paulo/SP); 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); 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 – CHAMADA GERAL)

André Szesz (UNIPOSITIVO – Curitiba/PR); Andréa Ana do Nascimento (UFRJ – Rio de Janeiro); Antonio Carlos Tovo Loureiro (Ulbra – Porto Alegre/RS); Antonio E. Ramies Santoro (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Brunna Laporte Cazabonnet (PUC-RS – Porto Alegre/RS); Carlos Eduardo Millen Grosso (IFSC – Curitiba/SC); Carolina de Freitas Paladino (PUC-RS – Porto Alegre/PR); Christiano Falk Fragoso (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Décio Franco David (UFPR – Curitiba/PR); Deise Helena Krantz Lora (UCRC – Chapecó/RS); Diego Alan Schöfer Albrecht (PUC-RS – Porto Alegre/RS); Eduardo Bruno Avellar Milhomens (UNA/BH – Belo Horizonte/MG); Eduardo Saad-Diniz (USP – Ribeirão Preto/SP); Eduardo Viana (Universidade Estadual de Santa Cruz – BA); Emília Merlini Giuliani (PUC-RS – Porto Alegre/RS); Fábio Gomes de França (PMPB – João Pessoa/PB); Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon (PUC-RS – Porto Alegre/RS); Felipe da Silva Freitas (UNB – Brasília/DF); Felipe da Costa De-Lorenzi (PUC-RS – Porto Alegre/RS); Felipe da Veiga Dias (Faculdade Meridional – Passo Fundo/RS); Francis R. Beck (Unisinos – São Leopoldo/RS); Frederico Gomes de Almeida Horta (UFMG – Belo Horizonte/MG); Frederico Valdez Pereira (Università degli Studi di Pavia – ITA); Guilherme Francisco Ceolin (PUC-RS – Porto Alegre/RS); Helena Regina Lobo da Costa (USP – São Paulo/SP); Ísis de Jesus Garcia (UFSC – Curitiba/SC); Jéssica Oníria Ferreira de Freitas (UFMG – Belo Horizonte/MG); Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – ARG); Klelia Canabrava Aleixo (PUC-MG – Belo Horizonte/MG); Leonardo Costa de Paula (UFPR – Curitiba/PR); Leonardo Massud (PUC-SP – São Paulo/SP); Lucas Romero Montenegro (Universität Augsburg/ALEM); Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (MPMG – Belo Horizonte/MG); Marco Aurélio Florêncio Filho (Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP); Mariana Barrêto Nóbrega de Lucena (PUC-RS – Porto Alegre/RS); Miguel Tedesco Wedy (Unisinos – São Leopoldo/RS); Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR – Fortaleza/CE); Oliveiros Guanais de Aguiar Filho (PRBA – Salvador/BA); Rodrigo Régnier Chemim Guimarães (UNIPAR – Curitiba/PR); Rosane Teresinha Carvalho Porto (UNISC – Santa Cruz do Sul/RS)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE DOSSIÊ)

Alaor Leite (Ludwig-Maximilians Universität – ALEM); Augusto Jobim do Amaral (PUC-RS – Porto Alegre/ RS); Bruno de Oliveira Moura (FCT – PT); Caíque Ribeiro Galícia (PUC-RS – Porto Alegre/RS); Dyellber Araújo (FDUC – PT); Eduardo Saad-Diniz (USP – Ribeirão Preto/SP); Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon (PUC-RS – Porto Alegre/RS); Frederico Gomes de Almeida Horta (UFMG – Belo Horizonte/MG); Gustavo Noronha de Ávila (UEM – Maringá/PR); José Danilo Tavares Lobato (UFRRJ – ICHS – Seropédica/RJ); Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya (UFRN – Natal/RN); Moyses Pinto Neto (ULBRA – Porto Alegre/RS); Pablo Rodrigo Alflen (UFRGS – Porto Alegre/RS); Ricardo Jacobsen Gloeckner (PUC-RS – Porto Alegre/RS); Tomás Grings Machado (Unisinos – Porto Alegre/RS); Vanessa Chiari Gonçalves (UFRGS – Porto Alegre/RS)

AUTORES (DESTE VOLUME)

Adriano Teixeira (Universidade Ludwig-Maximilian – ALEM); Alexandre de Almeida Turela (UNISC – Santa Cruz do Sul/RS); Andre Ricardo Godoy (UC – PT); André Rocha Sampaio (UNIT – Maceió/AL); David da Silva Pereira (UTFP – Cornélio Procópio/PR); Diogo Lentz Meller (UNIBAVE – Orleans/SC); Fabiula Bernardes Barbosa (Universidade Estadual de Campinas – Campinas/SP); Francesco Viganò (Università Bocconi – ITAL); Frederico de Almeida (UNICAMP – Campinas/SP); Gustavo de Souza Preussler (UFGD – Dourados/MS); Jairton Ferraz Júnior (ICPC – Curitiba/PR); Jéssica Andrieta (Universidade Estadual de Campinas – Campinas/SP); Lorenzo Picotti (Università di Verona – ITAL); Luciana Costa Fernandes (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Luís Greco (Universidade Ludwig Maximilians – ALEM); Marcelo Almeida Ruivo dos Santos (Universidade Luterana do Brasil – Torres/RS) Mariana German (UFPR – Curitiba/PR); Marília Martins de Souza (IBMEC – Campinas/SP); Natacha Alves de Oliveira (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Raphael Boldt (Johann Wolfgang Goethe-Universität – ALEM); Rodrigo Oliveira de Camargo (ULBRA – Campus Torres/RS); Thais Lemos Duarte (UERJ – Rio de Janeiro/ RJ); Thiago Fabres de Carvalho (FDV – Vitória/ES); Victor Sugamosto Romfeld (UFPR – Curitiba/PR); Vinicius de Melo Lima (ULBRA – Campus Torres/RS); Wilder De Lazari Araujo (Universidade Estadual de Campinas – Campinas/SP)

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 25 • vol. 134 • ago. / 2017

Coordenação (editora-chefe)
MARIÂNGELA GAMA DE MAGALHÃES GOMES

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 25 • vol. 134 • ago. / 2017

Presidência
Cristiano Avila Maronna

Coordenação (editora-chefe)
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

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

© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretora Editorial
MARISA HARMS

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

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

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 h às 17 h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

e-mail para submissão de originais
revista@ibccrim.org.br

Visite nosso *site*
www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [08-2017]
Profissional
Fechamento desta edição: [21.06.2017]

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2017/2018

Diretoria Executiva

Presidente
Cristiano Avila Maronna
1.º Vice-Presidente
Alexis Couto de Brito
2.º Vice-Presidente
Eleonora Rangel Nacif
1.º Secretário
Renato Stanziola Vieira
2.º Secretário
Carlos Roberto Isa
1.º Tesoureiro
Edson Luis Baldan
2.º Tesoureiro
Bruno Shimizu
Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais
André Adriano Nascimento e Silva
Assessora da Presidência
Jacqueline Sinhoretto

Conselho Consultivo

André Pires de Andrade Kehdi
Carlos Alberto Pires Mendes
Helios Alejandro Nogués Moyano
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Sérgio Salomão Shecaira

Ouvidor

Rogério Fernando Taffarello

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Amicus Curiae
Maurício Stegmann Dieter
Biblioteca
Renato Watanabe de Morais
Boletim
Fernando Gardinali Caetano Dias
Comunicação e Marketing
Gabriel de Freitas Queiroz
Convênios
João Paulo Martinelli
Cooperação Jurídica Internacional
Silvia Steiner
Cursos
Yuri Felix
Estudos e Projetos Legislativos
Luis Guilherme Mendes de Paiva
Estudo sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos
César Mortari Barreira
Estudos sobre Habeas Corpus
Alberto Zacharias Toron
Infância e Juventude
Mariana Chies S. Santos
Iniciação Científica
Natália Macedo Sanzovo
Journal de Ciências Criminais
Marina Pinhão Coelho Araújo
Justiça e Segurança Pública
Daniela Skromov
Mesas de Estudos e Debates
Maurides de Melo Ribeiro
Monografias
Frederico Normanha de Almeida

Núcleo de Pesquisas
Juliana de Oliveira Carlos
Política Nacional de Drogas
Luis Carlos Valois
Revista Brasileira de Ciências Criminais
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Revista Liberdades
Ivan Luis Marques da Silva
Sistema Prisional
Paulo Cesar Malvezzi

Presidentes das Comissões Organizadoras

23.º Seminário Internacional
Alexis Couto de Brito

21.º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCRIM
Frederico Normanha de Almeida

Comissão Especial IBCCRIM – Coimbra

Presidente
Rafael Serra de Oliveira

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 25 • vol. 134 • ago. / 2017

Diretora Responsável
Marisa Harms

Diretora de Operações de Conteúdo
Juliana Mayumi Ono

Editores: Aline Darcy Flôr de Souza, Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Luciana Felix, Marcella Pâmela da Costa Silva e Thiago César Gonçalves de Souza

Assistentes Administrativos Editoriais: Francisca Lucélia Carvalho de Sena e Juliana Camilo Menezes

Produção, Qualidade Editorial e Revisão
Coordenadoras
Iviê A. M. Loureiro e Luciana Vaz Cameira

Líder Técnica de Qualidade Editorial: Maria Angélica Leite

Analistas de Operações Editoriais: André Furtado de Oliveira, Bryan Macedo Ferreira, Damares Regina Felício, Danielle Rondon Castro de Morais, Felipe Augusto da Costa Souza, Felipe Jordão Magalhães, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Maria Eduarda Silva Rocha, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra, Rafaella Araujo Akiyama e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

Analistas Editoriais: Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Daniele de Andrade Vintecinco, Maria Cecilia Andreo e Mayara Crispim Freitas

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier Silva, Claudia Helena Carvalho e Marcelo Ventura

Estagiários: Angélica Andrade, Guilherme Monteiro dos Santos, Larissa Gonçalves de Moura, Miriam da Costa e Sthefany Moreira Barros

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi
Adaptação capa: Brenno Stolagli Teixeira

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação
Marcello Antonio Mastrorosa Pedro

Analistas: Ana Paula Cavalcanti, Bruna Carmo, Diogo Ferreira, Gabriela Lino, Luciano Guimarães, Renan Diniz, Rodrigo Araújo, Rodrigo Barcelos e Yasmim Andrade

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
Caio Henrique Andrade

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Sumário

Dossiê especial – Corrupção e Direitos Humanos

O fenômeno da corrupção como desafio às ciências criminais

The phenomenon of corruption as challenge for the criminal sciences

Marcelo Almeida Ruivo 17

I delitti di corruzione pubblica nell'ordinamento italiano de lege lata e ferenda

The corruption offences in the italian legal order de lege lata and ferenda

Francesco Viganò 29

Corrupção, democracia e judiciário no discurso de ministros do Supremo Tribunal Federal (2013-2016)

Corruption, democracy and citzenship: a discourse analysis of the Brazilian Supreme Court Justices

Frederico de Almeida, David da Silva Pereira, Fabiula Bernardes Barbosa, Jéssica Andrieta, Marília Martins de Souza e Wilder de Lazari Araujo 63

Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a operação Lava Jato como processo penal do inimigo

Fighting against corruption and the flexibility of fundamental guarantees: Lava Jato' operation as a criminal procedure of the enemy

Gustavo de Souza Preussler 87

Análise criminológica da corrupção: uma visão despenalizante

Criminological analysis of corruption: a decriminalizing view

Jairton Ferraz Júnior 109

L'evoluzione della legislazione penale italiana contro la corruzione

The evolution of Italian criminal law against corruption

Lorenzo Picotti 137

Aproximação a uma teoria da corrupção

Towards a theory of corruption

Prof. Dr. Luís Greco (LL.M.) e Adriano Teixeira (LL.M.) 159

Análise contextual da prisão de Adriana Ancelmo no combate à corrupção e ao superencarceramento feminino: raça, classe e gênero intermediando concessões

Contextual analysis of the case of Adriana Ancelmo's pre-trial prison in a anti-corruption agenda and female mass incarceration background: how could race, class and gender intermediate concessions

Natacha Alves de Oliveira e Luciana Costa Fernandes 189

Sobre a criminalização da corrupção entre particulares e a tutela dos direitos humanos e fundamentais

The criminalization of corruption between particulars and the protection of human and fundamental rights

Rodrigo Oliveira de Camargo e Vinicius de Melo Lima 219

Direito Penal

Whistleblowing no direito penal brasileiro: análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional

Whistleblowing under Brazilian criminal law: analysis of the bills in process before the National Congress

Andre Ricardo Godoy 269

As ações neutras na estrutura do delito

The neutral actions in crime structure

Vinicius de Melo Lima 291

Processo Penal

Para além do processo: epistemologia inquisitória e a ilusão do sistema acusatório na modernidade

Beyond the process: inquisitorial epistemology and the illusion of the adversarial system in modernity

Raphael Boldt e Thiago Fabres de Carvalho 323

Profanando o dispositivo "inquérito policial" e seu ritual de produção de verdades

Profanating the dispositive "police investigation" and its ritual of production of truths

André Rocha Sampaio 351

Crime e Sociedade

A crise da atividade jurisdicional e o hiperencarceramento como resposta estatal

The crisis of judicial activity and response state as hyperincarceration

Alexandre de Almeida Turela e Diogo Lentz Meller 387

Esquerda punitiva e criminologia crítica: um diálogo possível?

Punitive left and critical criminology: is it possible a dialogue?

Mariana David German e Victor Sugamosto Romfeld 411

Encontros no cárcere "ontem" e "hoje": histórico da visitação ao sistema prisional do Rio de Janeiro

Conjugal visits in prison "yesterday" and "today": history of the visitation in Rio de Janeiro's prison system

Thais Lemos Duarte 437

Índice Alfabético-remissivo 481

Política Editorial – Revista Brasileira de Ciências Criminais 487

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 497

Condições para Submissão (Checklist) 503

O fenômeno da corrupção como desafio às ciências criminais

The phenomenon of corruption as challenge for the criminal sciences

Marcelo Almeida Ruivo

Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Pesquisador convidado no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Freiburg, Alemanha) em 2009, 2011-2012, 2014, 2016 e 2017, Professor da Faculdade de Direito da Ulbra.
marceloaruivo@gmail.com

Área do Direito: Penal

A reprovação e a prevenção do fenômeno da corrupção desafiam profundamente a teoria e a prática das ciências criminais em âmbito nacional e internacional.[1] A *Revista Brasileira de Ciências Criminais* – consciente do seu dever de fomentar o debate científico nacional e da necessidade de aprofundar a reflexão – lançou convocatória, por edital público, para receber e avaliar artigos, a fim de elaborar o dossiê intitulado *Corrupção e direitos humanos*. A finalidade foi contribuir cientificamente na melhora do funcionamento das instâncias estatais de controle da corrupção e na orientação da produção legislativa, bem como na indicação de temas de estudo que merecem investigações específicas e aprofundadas. O resultado é a reunião de pesquisas nacionais e estrangeiras com diferentes interesses e enfoques.

1. Sobre isso, neste volume, na Alemanha: GRECO; TEIXEIRA. Aproximação a uma teoria da corrupção. *RBCCRIM, Dossiê Corrupção*, v. 134; e na Itália: VIGANÒ. I delitti di corruzione pubblica nell'ordinamento italiano de lege lata e ferenda. *RBCCRIM, Dossiê Corrupção*, v. 134; e PICOTTI, L'Evoluzione della legislazione penale italiana contro la corruzione. *RBCCRIM, Dossiê Corrupção*, v. 134; e, com mais referências: RUIVO, Corrupção e gestão fraudulenta: o financiamento ilícito de campanha por bancos públicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2014, v. 111, p. 158.

Ruivo, Marcelo Almeida. O fenômeno da corrupção como desafio às ciências criminais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 134. ano 25. p. 17-27. São Paulo: Ed. RT, ago. 2017.

Os desafios levantados pelo fenômeno da corrupção podem ser agrupados segundo as três disciplinas das ciências criminais: direito penal e processual penal, criminologia e política criminal. Cada uma das disciplinas elucida uma perspectiva do fenômeno, na medida em que a torna perceptível ao seu objeto e metodologia científicos.[2] Certamente alguns problemas teórico-práticos convocam soluções interdisciplinares, que podem ser didaticamente alocadas entre as indagações mais próprias de uma específica disciplina.

O entendimento dos problemas jurídico-políticos da reprovação e prevenção da corrupção demanda a análise da dimensão social, antropológica, política, ideológica, filosófica, econômica, histórica e cultural do fenômeno, o que aponta a criminologia como ciência adequada para esse objetivo.

1. *Criminologia.* O diagnóstico empírico das características essenciais e das consequências sociais da corrupção é fundamental para a distinção do que identifica e diferencia a corrupção em relação a outros crimes. Algumas indagações são relevantes para o entendimento da ontologia da corrupção, da sua percepção social pela população e pelos membros das instâncias de controle estatais e das estratégias de tratamento. Por exemplo: *(1.1.)* quais fatores sociais contribuem para a prática das diversas condutas reunidas no conceito amplo de corrupção? *(1.2.)* Quais estratégias podem ser utilizadas para evitar que esses elementos aconteçam ou atuem em conjunto? *(1.3.)* Qual o nível de eficiência do funcionamento das instâncias jurídicas de controle – administrativa e penal – na prevenção da ocorrência dos fatores geradores da corrupção? *(1.4.)* Seria eventualmente possível obter maior eficiência preventiva com novas regras jurídicas diversas do direito penal? *(1.5.)* Quais são os efetivos impactos na qualidade dos serviços e atividades estatais de prestação de direitos individuais e sociais? *(1.6.)* A percepção social da corrupção pelos cidadãos possui estreita relação com a prática do crime de corrupção ou é influenciada por outros fatores? *(1.7.)* Seria o funcionário corrupto ou o particular corruptor efetivamente um inimigo público, a reivindicar tratamento diferenciado em relação aos criminosos em geral?

O intuito de responder algumas dessas perguntas encontra-se nos artigos reunidos neste volume. A importância de evitar o fenômeno da "corrupção 'sistemática'" é destacado por Lorenzo Picotti, no estudo *L'evoluzione della legislazione penale italiana contro la corruzione*. O Professor de Verona indica

2. Mais detalhes: RUIVO. Diferenças científicas fundamentais entre a criminologia e o direito penal. *In*: D'AVILA; SANTOS, *Direito penal e política criminal*, p. 326, 328-329, 335 e 340.

entre os fatores etiológicos a "estrutura burocrática pouco eficiente e escassamente transparente", bem como que uma intervenção sancionatória eficaz e sistemática deve "operar em multiníveis".[3] Picotti ressalta igualmente a "importância da prevenção não só no interior da administração pública, mas também nas empresas e sociedades comerciais, que são as primeiras atrizes da economia."[4]

Outro ponto que merece especial atenção do público brasileiro é o estudo do crime de *concussione* do artigo 317 do Código Penal italiano de 1930,[5] que serviu de modelo para o crime de concussão do artigo 316 do Código Penal brasileiro.[6] A inspiração do Código Penal brasileiro de 1940 na orientação técnica e, por vezes, político-criminal do Código Penal autoritário italiano de 1930 (*Codice Rocco*) é destacada na doutrina.[7]

Especificamente, a análise típica da *concussione* italiana e a sua relação problemática com o crime de corrupção é desenvolvida no *I delitti di corruzione pubblica nell'ordinamento italiano de lege lata e ferenda* de Francesco Viganò.[8] O Professor de Milão vai adiante no sentido de estudar o ordenamento legal italiano após a introdução do delito de *induzione indébita a dare o promettere utilità* (art. 319-quarter)[9] na reforma legislativa de controle da

3. PICOTTI. L'evoluzione della legislazione penale italiana contro la corruzione. *RBCCRIM*, *Dossiê Corrupção*, 2017, v. 134. Itens 1 e 5. No mesmo sentido: FERRAZ JUNIOR. Análise criminológica da corrupção: uma visão despenalizante. *RBCCRIM, Dossiê Corrupção*, 2017, v. 134. Item 4.
4. PICOTTI. L'evoluzione della legislazione penale italiana contro la corruzione. *RBCCRIM*, *Dossiê Corrupção*, 2017, v. 134. Item 5.
5. "*Art. 317 Concussione* (1) Il pubblico ufficiale che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da *sei a dodici anni*. (1) così sostituito dall'art. 1, L. 6 novembre 2012,n. 190".
6. "*Art. 316* – Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida: *Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa*".
7. D'AVILA, Fabio. Il codice penale de brasile: una presentazione, 2012, p. 47-48; PESSAGNO; BERNARDI. *Temas de historia penal,* 1953, p. 203; ZAFFARONI; PIERANGELI. *Manual de direito penal brasileiro,* 1999, p. 222-223 e 225.
8. VIGANÒ, Francesco. I delitti di corruzione pubblica nell'ordinamento italiano de lege lata e ferenda. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, *Dossiê sobre corrupção e direito humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 134. Itens 1 e 2.2.
9. "Art. 319-quater Induzione indebita a dare o promettere utilità(1) Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio

corrupção em 2012.[10] As condutas proibidas, na *concussione* e na *induzione indébita a dare o promettere utilità,* do "privado que dá ou promete dinheiro ou uma vantagem indevida ao agente público", que abusou do poder para constringir ou induzir o particular a tanto, não apresentam previsão típica específica em outros países europeus, sendo enquadráveis em hipóteses de gerais corrupção.[11] Viganò entende que a finalidade de ambos crimes autônomos italianos seria assegurar a "não punibilidade ou uma punibilidade muito menos severa".[12]

Na Itália, a *concussione* é um crime pluriofensivo que tutela, por um lado, ao "interesse da administração pública" e, por outro, ao interesse de manutenção da "integridade do patrimônio" do cidadão.[13] No Brasil, a doutrina afirma que a concussão seria igualmente um crime pluriofensivo que protege tanto a "moralidade e a probidade da administração pública", quanto o "patrimônio" e a "liberdade individual" do particular.[14] Picotti reconhece que consta na origem dessa incriminação a compreensão cultural – herdada da prática do Estado autoritário e não rara na população brasileira – de que o "poder público" é "fonte de abusos" e "prevaricações em dano dos privados".[15]

Particularmente, argumentos a respeito da ineficiência da criminalização da corrupção[16] e propostas específicas a compor o sistema jurídico multidiscipli-

---

che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da tre a otto anni. Nei casi previsti dal primo comma, chi dà o promette denaro o altra utilità è punito con la reclusione fino a tre anni."

10. VIGANÒ, Francesco. I delitti di corruzione pubblica nell'ordinamento italiano de lege lata e ferenda. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, *Dossiê sobre corrupção e direito humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 134. Item 3.2.
11. VIGANÒ, Francesco. I delitti di corruzione pubblica nell'ordinamento italiano de lege lata e ferenda. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, *Dossiê sobre corrupção e direito humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 134. Item 1.
12. VIGANÒ, Francesco. I delitti di corruzione pubblica nell'ordinamento italiano de lege lata e ferenda. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, *Dossiê sobre corrupção e direito humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 134. Item 1.
13. CRESPI; FORTI; ZUCCALÀ. *Commentario breve al Codice penale,* 2013, p. 317.
14. BITENCOURT. *Tratado de direito penal,* 2004, v. 4, p. 400; PRADO; CARVALHO; CARVALHO, *Curso de Direito Penal brasileiro*, 2015, p. 1337-1338.
15. PICOTTI. L'evoluzione della legislazione penale italiana contro la corruzione. *RBCCRIM, Dossiê Corrupção*, 2017, v. 134. Item 2.1.
16. FERRAZ JUNIOR. Análise criminológica da corrupção: uma visão despenalizante. *RBCCRIM, Dossiê Corrupção*, 2017, v. 134. Item 2.

nar, de prevenção à corrupção, encontram-se no texto a *Análise criminológica da corrupção: uma visão despenalizante* de Jairton Ferraz Júnior.[17]

Uma tentativa de colher e interpretar a percepção dos Ministros do Supremo Tribunal Federal sobre o tema da corrupção – a partir da análise de discursos – é apresentada no artigo *Corrupção, democracia e cidadania: uma análise do discurso de Ministros do Supremo Tribunal Federal* de Frederico de Almeida *et alia*.[18] Enfatiza-se o perigo ao funcionamento judicial independente e à separação constitucional de poderes (art. 2º, CF), decorrente da exposição excessiva à mídia e ao clamor social por parte dos membros do Supremo Tribunal Federal.

2. *Direito penal*. As informações empíricas e a reflexão sobre o funcionamento do sistema penal obtidas com pesquisas criminológicas são de grande valor para a orientação conceitual da dogmática do direito penal material. A partir da ontologia do fenômeno é possível identificar *(2.1.)* qual o valor que se pretende proteger com os diversos tipos de crimes de corrupção e *(2.2.)* quais são as características essenciais da conduta que se pretende proibir. O valor tutelado pelo tipo penal e os limites do ilícito da corrupção são pontos incertos e com larga tradição de debates no Brasil e na Europa.[19] A definição do bem jurídico tutelado é fundamental para a hermenêutica da técnica de tutela prevista na lei penal e a avaliação do merecimento e carência de pena.

Ademais, a definição do bem jurídico é imprescindível para outras questões igualmente incertas – na doutrina e na jurisprudência brasileira – que dela decorrem,[20] como *(2.3.)* a indicação dos critérios capazes de distinguir as

17. FERRAZ JUNIOR, Jairton. Análise criminológica da corrupção: uma visão despenalizante. *RBCCRIM, Dossiê Corrupção*, 2017, v. 134. Item 4.

18. ALMEIDA, Frederico de *et alia.* Corrupção, democracia e cidadania: uma análise do discurso de Ministros do Supremo Tribunal Federal. *RBCCRIM, Dossiê Corrupção*, 2017, v. 134, *passim*.

19. RUIVO. O bem jurídico do crime de corrupção passiva no setor público. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra: Coimbra editora, 2015, v. 25, p. 264. Na Alemanha: *SCHRÖDER. "Das Rechtgsgut der Bestechungsdelikte und die Bestechlichkeit des Ermessensbeamte",* p. 289; WESSELS; HETTINGER. *Strafrecht, Besonderer Teil,* 2013, nm. 1106, p. 347; MAURACH; SCHROEDER; MAIWALD. *Strafrecht, Besonderer Teil,* 2012, v. 2, nm. 9, p. 350; ROXIN, "Vorteilsannahme" *In*: ALBRECHT; KIRSCH; NEUMANN; SINNER. *Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag*, 2015, p. 461-462. n. 53.

20. Mais detalhes em RUIVO, "Illegale Parteienfinanzierung durch öffentlichrechtliche Kreditinstitute in Brasilien", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaf*, Berlin: De Gruyter, 2016, v. 128 p. 856.

condutas socialmente adequadas entre o funcionário e o particular daquelas proibidas. Veja-se, por exemplo, a pontual oferta de presente ao médico do posto de saúde, a sistemática oferta de bebida ou refeição a membros da polícia militar por estabelecimento comercial e a oferta informal de equipamentos e serviços particulares para manutenção de prédios públicos. *(2.4.)* A delimitação da *ofensa insignificante ao bem jurídico* ou do crime bagatelar é outro campo indefinido no crime de corrupção, ou seja, se é possível identificar uma ofensa penalmente irrelevante ao bem jurídico tutelado ou se toda conduta, que formalmente contrarie o texto legal, será sempre considerada crime.

Luís Greco e Adriano Teixeira, reconhecendo a longa discussão doutrinal sobre o bem jurídico da corrupção e partindo da conclusão de Kindhäuser de que a corrupção "semelhante à fraude, coação ou violência" seria "apenas uma forma de agressão",[21] propõem leitura inovadora do conteúdo do ilícito de corrupção. Os autores assumem-se, em afastamento do desvalor do resultado e em aproximação do desvalor da conduta,[22] a fim de evitar "moralismos" e de buscar denominador comum nas diversas modalidades de corrupção existentes na Alemanha e no Brasil.[23] A essência da corrupção é defendida, em *Aproximação a uma teoria da corrupção*, como "o abuso de poder condicionado por vantagens".[24]

3. *Direito processual penal*. A dogmática do processo penal igualmente obtém informações relevantes a partir das pesquisas criminológicas. Essas informações são capazes de indicar a necessidade de reorientação de conceitos tradicionais e proposição de novos conceitos científicos.[25] Tem-se, por exemplo, os desafios de produção da justiça penal igualitária, de proteger o direito de liberdade, restringir os espaços de arbítrio e de uso meramente simbólico das instâncias de controle. Todavia isso não significa que a jurisdição ordinária

21. KINDHÄUSER. "Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft". 2011, p. 468.

22. GRECO; TEIXEIRA. Aproximação a uma teoria da corrupção. *Dossiê sobre corrupção e direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 134. Itens IV, 2 e 3.

23. GRECO; TEIXEIRA. Aproximação a uma teoria da corrupção. *Dossiê sobre corrupção e direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 134. Itens I, II e III.

24. GRECO; TEIXEIRA. Aproximação a uma teoria da corrupção. *Dossiê sobre corrupção e direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 134. Itens III e VI.

25. Sobre isso, com mais detalhes, DIVAN. Justa causa para a ação penal e suas possibilidades criminológicas – criminologia(s) no processo penal (hipótese preliminar). *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, 2015, p. 85 e *RBCCRIM, Dossiê Processo Penal e Criminologia*, v. 128.

esteja autorizada à supressão ou redução de garantias fundamentais para a efetivação de interesses político-criminais. Os limites que a teoria jurídica e a legalidade impõem aos interesses políticos criminais na realização jurisdicional valem igualmente na dogmática penal[26] e processual penal.[27]

O artigo *Análise contextual da prisão de Adriana Ancelmo no combate à corrupção e ao superencarceramento feminino: raça, classe e gênero intermediando concessões,* de Natacha Oliveira e Luciana Fernandes, critica a seletividade da justiça penal brasileira em relação à prisão preventiva, que oportunizaria a garantia da prisão domiciliar para as "mulheres brancas e ricas" com filhos menores de 12 anos incompletos (art. 318, V, CPP), enquanto para as "mulheres negras e pobres" não seria concedida a garantia legal e, portanto, receberiam "o esquecimento e a prisão".[28]

Também sobre o perigo de flexibilização arbitrária do direito de liberdade na prática judicial trata o estudo *Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a operação lava-jato como processo penal do inimigo* de Gustavo Preussler.[29] Destaca-se o prejuízo que o emprego de conceitos político-criminais indeterminados – sem respaldo científico – pode fazer à boa execução do procedimento penal. Esse é o caso de uma eventual orientação político-criminal de que o investigado ou acusado pelo crime de corrupção seria um "inimigo público". E, ainda, se fosse correta criminológica e ontologicamente essa orientação não seria o suficiente para a tomada de decisões judiciais *contra legem*. A filosofia política e a teoria do direito contemporâneas encontram na lei concretização da ponderação de interesses políticos de tutela de valores, que deve orientar a atuação jurisdicional, em detrimento de interesses exteriores à ordem legal.

---

26. v. LISZT. Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts. *In:* LISZT. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge* (1892-1904), 1905, v. II, p. 80; NAUCKE. *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik,* 1999, p. 231-232. No Brasil, D'AVILA. *Ofensividade em direito penal,* 2009, p. 18; RUIVO. Diferenças científicas fundamentais entre a criminologia e o direito penal. *In*: D'AVILA; SANTOS. *Direito penal e política criminal*, 2015, p. 340.
27. NEGRI. Delle procedura criminali: parte di legislazione così principale e così trascurata. *Cassazione Penale,* 2014, v. 11, p. 3.946 e ss.
28. OLIVEIRA, Natacha; FERNANDES, Luciana. Análise contextual da prisão de Adriana Ancelmo no combate à corrupção e ao superencarceramento feminino: raça, classe e gênero intermediando concessões. *RBCCRIM, Dossiê Corrupção*, 2017, v. 134. Itens 5 e 7.
29. PREUSSLER. Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a operação lava-jato como processo penal do inimigo. *RBCCRIM, Dossiê Corrupção e Direitos Humanos*, 2017, v. 134, *passim*.

Sobre o processo penal em matéria de crimes de corrupção restam, ainda, por investigar questões, sugeridas no edital de convocação, como *(3.1.)* os limites dos novos métodos de investigação e produção de prova e *(3.2.)* os fundamentos e limites da justiça negocial.

4. *Política criminal*. A tradicional tensão político-criminal situa-se na tentativa de encontrar o ponto ideal entre os valores liberdade e segurança, ou seja, qual o meio de tutela mais garantidor da liberdade e produtor de segurança. É tarefa da política criminal o estabelecimento da mais justa e eficiente estratégia de controle da corrupção, razão pela qual assume como referencial as informações colhidas nas pesquisas criminológicas. Os caminhos possíveis apontam no sentido ora da criminalização, ora da descriminalização de condutas. Entre os interesses criminalizadores, é possível que existam eventuais valores merecedores e carecedores de tutela penal ou, ainda, de melhor tutela penal no ordenamento brasileiro. É isso o que busca aportar o artigo *Sobre a criminalização da corrupção entre particulares e a tutela dos direitos humanos* de Vinicius Lima e Rodrigo Camargo. A respeito desse ponto específico sobressaem algumas dúvidas em relação à: *(4.1.)* efetiva existência de valor merecedor e carente de tutela penal reconhecido antropologicamente na sociedade brasileira capaz de justificar a criminalização da conduta, *(4.2.)* adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito do meio penal para garantir a tutela desse eventual valor.

Por outro lado, as pesquisas criminológicas podem apontar, como anteriormente adiantado, a necessidade da procura de outros meios jurídicos ou extrajurídicos mais adequados à prevenção da ofensa ao bem jurídico.[30] Cabe aqui ao leitor interessado confrontar e sopresar os argumentos de cada um dos artigos para avaliar se há pontos que coexistem ou necessariamente se contrapõem.

Os trabalhos reunidos neste volume indicam certamente caminhos possíveis para a solução de questões fundamentais relativas à corrupção. Se as propostas talvez não satisfaçam completamente o leitor mais exigente, espera-se, ao menos, que a leitura dos artigos ofereça novas questões e áreas de interesse para a investigação.

Por fim, é necessário fazer um vivo agradecimento aos autores dos trabalhos publicados neste dossiê. Sabidamente as revistas jurídicas obtêm reconhecimento científico da comunidade acadêmica e confiabilidade da prática

30. Por exemplo, FERRAZ JUNIOR. Análise criminológica da corrupção: uma visão despenalizante. *RBCCRIM, Dossiê Corrupção*, 2017, v. 134.

judicial, a partir da qualidade das pesquisas publicadas. Nesse sentido, é imprescindível reconhecer, valorizar e agradecer aos avaliadores deste volume pela qualidade crítica dedicada à leitura dos artigos enviados, elaboração e motivação dos pareceres e sugestão de correções, qualificações argumentativas e complementações bibliográficas. A elaboração deste texto também contou com as críticas e as observações encetadas pelos avaliadores a respeito dos artigos aqui publicados. Muito obrigado.

Bibliografia

ALMEIDA, Frederico de *et alia*. Corrupção, democracia e cidadania: uma análise do discurso de Ministros do Supremo Tribunal Federal. *RBCCRIM, Dossiê Corrupção*, 2017, v. 134.

BITENCOURT, Cezar. *Tratado de direito penal, parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 4.

CRESPI, Alberto; FORTI, Gabrio; ZUCCALÀ, Giuseppe, *Commentario breve al Codice penale, complemento giurisprudenziale*, 14. ed., Padova: Cedam, 2013.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal, escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

D'AVILA, Fabio Roberto. Il codice penale de brasile: una presentazione. *Diritto Penale XXI Secolo: europeo, storico, comparato*. Padova: Cedam, 2012, v. 1.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. Justa causa para a ação penal e suas possibilidades criminológicas – criminologia(s) no processo penal (hipótese preliminar). *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v.3, n. 1, p. 83-94, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Jairton. Análise criminológica da corrupção: uma visão despenalizante. *RBCCRIM*, *Dossiê Corrupção*, 2017, v. 134.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, *Dossiê sobre corrupção e direito humanos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 134.

KINDHÄUSER, Urs. Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2011,n. 6.

LISZT. Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts. *In*: LISZT. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge* (1892-1904), 1905, v. II.

MAURACH, Reinhart; SCHROEDER, Friedrich-Christian; MAIWALD, Manfred. *Strafrecht, Besonderer Teil, Straftaten gegen Gemeinschaftswerte*, 10. ed., Heidelberg: Müller, 2012, v. 2.

NAUCKE, Wolfgang. Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik. *In*: NAUCKE, Wolfgang, *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik. Abhandlungen zum Strafrecht und zum Strafprozeßrecht*. Frankfurt: Klostermann, 1999.

NEGRI, Daniele. Delle procedura criminali: parte di legislazione così principale e così trascurata. *Cassazione Penale, Rivista mensile di giurisprudenza.* Milano: Giuffrè editore, v. 11, p. 3.946-3.962, 2014.

PESSAGNO, Rodolfo Guillermo; BERNARDI, Humberto. *Temas de historia penal,* Buenos Aires: Perrot, 1953.

PICOTTI. L'Evoluzione della legislazione penale italiana contro la corruzione. *RBCCRIM, Dossiê Corrupção*, 2017, v. 134.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes. *Curso de Direito Penal brasileiro, Parte geral e Parte Especial.* 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PREUSSLER, Gustavo, Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a operação lava-jato como processo penal do inimigo, *RBCCRIM, Dossiê Corrupção e Direitos Humanos*, 2017, v. 134.

ROXIN, Claus. Vorteilsannahme. *In*: ALBRECHT, Peter-Alexis; KIRSCH, Stefan; NEUMANN, Ulfrid; SINNER, Stefan. *Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag*, Berlin: BWV, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2015.

RUIVO, Marcelo. Corrupção e gestão fraudulenta: o financiamento ilícito de campanha por bancos públicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 111, p. 157-176, 2014.

RUIVO, Marcelo. O bem jurídico do crime de corrupção passiva no setor público. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra: Coimbra editora, v. 25, p. 263-283, 2015.

RUIVO, Marcelo. Diferenças científicas fundamentais entre a criminologia e o direito penal. *In*: D'AVILA, Fabio; SANTOS, Daniel. *Direito penal e política criminal*, Porto Alegre: Edipucrs, 2015.

RUIVO, Marcelo Almeida, Illegale Parteienfinanzierung durch öffentlichrechtliche Kreditinstitute in Brasilien, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaf*, Berlin: De Gruyter, 2016, v. 128, p. 851-869.

SCHRÖDER, Horst, Das Rechtgsgut der Bestechungsdelikte und die Bestechlichkeit des Ermessensbeamte*, Goltdammer's Archiv für Strafrecht,* Hamburg: Decker, 1961, p. 289-298.

VIGANÒ, Francesco. I delitti di corruzione pubblica nell'ordinamento italiano de lege lata e ferenda. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, *Dossiê sobre corrupção e direito humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 134.

WESSELS, Johannes; HETTINGER, Michael, Strafrecht, *Besonderer Teil, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte*, 37. ed., Heidelberg: Müller, 2013

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *Manual de direito penal brasileiro, parte geral.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A legitimidade do direito penal para combater à corrupção, de Décio Franco David – *RT* 924/261-296 (DTR\2012\450885);
- Combate à corrupção e ordem constitucional: desafios e perspectivas para o fortalecimento do estado democrático de direito, de Flávia Piovesan e Victoriana Leonora Corte Gonzaga – *RT* 967/21-38 (DTR\2016\4639);
- *Compliance*, direito penal e investigação criminal: uma análise à luz da ISO 19600 e 37001, de Márcio Adriano Anselmo – *RT* 979/53-67 (DTR\2017\1047); e
- Democracia e processo de criminalização da corrupção no Brasil, de Patrick Cacicedo – *RBCCrim* 128/409-430 (DTR\2017\215).

I delitti di corruzione pubblica nell'ordinamento italiano de lege lata e ferenda

The corruption offences in the italian legal order de lege lata and ferenda

Francesco Viganò

Profesore ordinario della Facoltà di Giurisprudenza della Università Bocconi (Milano).
Autor convidado

Área do Direito: Penal

Sommario: Il lavoro traccia le coordinate essenziali dei reati di corruzione nell'ordinamento italiano prima della cruciale riforma del 2012, e riassume quindi le principali innovazioni apportate dalla novella. Speciale attenzione è dedicata al tradizionale delitto di concussione e al nuovo correlato delitto di induzione indebita, che pongono tuttora delicati problemi interpretativi agli interpreti e danno luogo, in pratica, a questioni non risolte dalla giurisprudenza. La parte conclusiva dell'articolo vaglia le prospettive di una possibile riforma dei reati di corruzione in Italia, con l'obiettivo di rendere il sistema delle norme penali in questo settore più adeguato ad affrontare un fenomeno criminoso la cui carica offensiva è stata a lungo sottovalutata sia dall'opinione pubblica che dalla stessa dottrina giuridico-penale.

Parole chiave: Diritto penale comparato – Diritto penale italiano – Reati di corruzione – Concussione – Riforma legislativa.

Abstract: This article draws the essential features of the corruption offences in the Italian legal system prior to the crucial reform of 2012, and summarises their main modifications by that law. A special focus is devoted to the traditional offence of "concussione" and to the new related offence of "induzione indebita", which represent a conundrum for legal scholars and give rise, in practice, to questions that are largely unresolved by the case law. The last part of the paper deals with a possible reform of the corruption offences in Italy, with a view to make the system of the criminal provisions in this field more adequate to tackle a criminal phenomenon whose harmfulness has long been underestimated both in the public opinion and among criminal scholars.

Keywords: Comparative criminal law – Italian criminal law – Corruption offences – "Concussione" – Law reform.

Sumário: 1. Premessa. 2. Le linee essenziali, e i limiti, della legislazione penale italiana in materia di corruzione prima della riforma del 2012. 2.1. Le figure di corruzione. 2.2. Il delitto di concussione, e i suoi problematici rapporti con le fattispecie di corruzione. 3. Le riforme del

2012 e del 2015, e i loro limiti. 3.1. I nuovi delitti di corruzione e di traffico di influenze illecite. 3.2. La duplicazione del vecchio delitto di concussione. 4. Le prospettive di riforma. 4.1. Qualche spunto per il futuro legislatore: a) comprendere le cause dell'insostenibilità della situazione attuale (ovvero: sull'impossibilità di tracciare plausibili linee di demarcazione tra concussione, induzione indebita e corruzione). 4.2. (Segue): b) l'obiettivo fondamentale da perseguire (ovvero: chi paga il pubblico agente per ottenere un indebito vantaggio deve essere punito quale corruttore). 4.3. (Segue): c) l'esigenza di individuare con precisione i casi in cui il privato che paga il pubblico agente non debba essere punito. 4.4. (Segue): d) l'opportunità di prevedere una clausola di non punibilità per la corruzione per l'esercizio delle funzioni in favore del privato che paga al solo scopo di evitare un danno ingiusto. 4.5. (Segue): e) la necessità di una drastica limitazione dell'ambito applicativo del delitto di concussione e di un'abolizione del nuovo delitto di induzione indebita. 4.6. (Segue): f) ulteriori possibili interventi. 4.7. Conclusioni. 5. Bibliografia.

1. Premessa

Questo[1] contributo mira ad illustrare i tratti essenziali della legislazione penale italiana in materia di corruzione pubblica, a focalizzare alcuni dei molti profili problematici sollevati da tale legislazione e a immaginare alcune possibili direttrici di riforma che potrebbero consentire di risolvere tali profili problematici.

Conviene da subito anticipare che uno degli aspetti più problematici – e al tempo stesso più difficili da comprendere per gli interlocutori stranieri – è rappresentato dalla presenza, nella tradizione penalistica italiana, della figura criminosa della *concussione*, e oggi della sua sorellina minore, l'*induzione indebita a dare o promettere utilità*: reati senza corrispondenze nella generalità delle altre legislazioni europee, che abbracciano fatti che – per quasi tutti gli altri sistemi giuridici – sarebbero inquadrati pacificamente come altrettante ipotesi di corruzione, e che invece nell'ordinamento italiano ricevono considerazione separata, allo scopo di assicurare la non punibilità, o una punibilità assai meno severa rispetto a quella riservata al pubblico agente, al privato che dia o prometta denaro o un'utilità non dovuta al pubblico agente, allorché si sia verificato un abuso di poteri da parte del pubblico agente, il quale abbia costretto o – almeno – indotto il privato alla dazione o alla promessa. Su questo specifico profilo si concentrerà la gran parte delle osservazioni seguenti.

1. Questo lavoro costituisce una versione rielaborata e aggiornata di una relazione svolta dall'autore al congresso italo-spagnolo su Economia e diritto penale in Europa, svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano. Il lavoro è stato già pubblicata in Italia con il titolo «I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano», in Dir. pen. cont. – Riv. trim.,n. 3-4, 2014, pp. 4 ss.

La prima parte di questo contributo ricostruirà brevemente la situazione normativa prima della cruciale riforma del 2012, dovuta all'allora ministro della giustizia Severino (*infra*, § 2). Seguirà una illustrazione della riforma del 2012 (e dell'ulteriore mini-riforma del 2015) e delle problematiche interpretative sollevate dalle novelle legislative (*infra*, § 3). Concluderà il lavoro una riflessione su possibili prospettive *de iure condendo*, in vista di una complessiva razionalizzazione del sistema dei delitti di corruzione pubblica nell'ordinamento italiano (*infra*, § 4).

2. Le linee essenziali, e i limiti, della legislazione penale italiana in materia di corruzione prima della riforma del 2012

2.1. Le figure di corruzione

Sino al 2012, il codice penale italiano prevedeva anzitutto, sin dalla sua versione originaria del 1930, due distinte figure di *corruzione passiva*, secondo una distinzione conosciuta ora anche all'ordinamento spagnolo dopo la riforma realizzata con la legge organica 5/2010: la *corruzione per un atto conforme ai doveri d'ufficio*, prevista dall'art. 318 c.p. e corrispondente alla figura di *cohecho* disciplinata dall'art. 420 del codice penale spagnolo; e la più grave figura di *corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio*, disciplinata dall'art. 319 c.p. e corrispondente al *coecho* di cui all'art. 419 del codice spagnolo. L'una e l'altra figura delittuosa comprendevano tanto l'ipotesi in cui la promessa o dazione di denaro o altra utilità fosse effettuata al pubblico ufficiale in vista del *futuro* compimento dell'atto, quanto quella in cui tale promessa o dazione avvenissero per *ricompensarlo* dell'avvenuto compimento dell'atto medesimo: esattamente, dunque, come avviene oggi nell'ordinamento spagnolo, in forza del nuovo art. 421 del codice penale.

La pena prevista per le due ipotesi delittuose era quella della *reclusione da sei mesi a tre anni* per la corruzione per atto conforme ai doveri d'ufficio (o corruzione 'impropria'), e della *reclusione da due a cinque anni* per la corruzione per atto contrario a tali doveri (o corruzione 'propria'). In forza dell'art. 321 c.p., le medesime pene erano estese alle corrispondenti ipotesi di *corruzione attiva* compiuta dal privato, anche qui secondo la medesima tecnica normativa adottata in Spagna in forza – oggi – dell'art. 424 del codice penale.

Almeno tre i problemi fondamentali che questa regolamentazione aveva fatto emergere nella prassi.

Anzitutto, l'autentica falcidia dei processi per corruzione determinata dalla *prescrizione*, che si consumava in tutti questi reati – nonostante la presenza

di atti interruttivi – una volta che fossero decorsi sette anni e mezzo dal fatto. Non è forse inutile sottolineare che l'Italia è probabilmente l'unico paese al mondo in cui la prescrizione decorre dal momento della commissione del reato *sino alla sentenza definitiva*, che in questi casi arriva normalmente alla fine del giudizio di cassazione. Di talché era assolutamente frequente nella prassi che imputati già ritenuti responsabili in primo e magari anche in secondo grado, venissero infine prosciolti per intervenuta prescrizione del reato: con tante scuse per il disagio sofferto, e con annessa restituzione delle somme corrispondenti al prezzo o al profitto del reato già sequestrate nel corso del procedimento.

In secondo luogo, la normativa rifletteva una concezione per così dire *mercantile* della corruzione, intesa come pattuizione avente ad oggetto la *compravendita* di uno specifico atto, conforme o contrario che fosse ai doveri d'ufficio. Una smile concezione lasciava però scoperta una tipologia di condotte assai frequente nella realtà italiana, che è quella del *pubblico ufficiale a libro paga del privato*: ossia la situazione in cui il pubblico ufficiale è più o meno stabilmente retribuito dal privato (normalmente, un imprenditore), mediante dazioni di denaro o *benefits* di varia natura (cene e serate in costosi ristoranti e *night clubs*, vacanze in località esotiche esclusive, messa a disposizione di prestigiosi attici con vista su monumenti cittadini, etc.) in vista del *futuro* – e ancora *indeterminato* – esercizio dei suoi poteri in favore del privato medesimo. La prassi giudiziaria aveva, invero, finito per ricomprendere tali situazioni nell'alveo applicativo delle fattispecie vigenti di corruzione; ma ciò era avvenuto a prezzo di una evidente violazione del principio di legalità, puntualmente denunciata dalla dottrina, e ottenuta mediante la pura e semplice cancellazione in via ermeneutica del requisito (presente in entrambe le fattispecie di cui agli artt. 318 e 319 c.p.) dell'*atto d'ufficio* oggetto della compravendita illecita.

La situazione normativa ante riforma era, infine, lacunosa anche sotto un terzo profilo. Essa lasciava scoperta la situazione, pure frequente nella realtà italiana, in cui il denaro viene corrisposto non direttamente al pubblico ufficiale, ma a soggetti sprovvisti di qualifiche pubblicistiche, affinché essi svolgano un'opera di *mediazione* con i pubblici ufficiali, convincendoli a esercitare i loro poteri in maniera conforme ai *desiderata* del privato. Anche qui, la prassi giudiziaria – nei casi in cui non fosse raggiungibile la prova dell'effettiva corruzione del pubblico ufficiale per effetto della mediazione del 'faccendiere' – aveva talvolta ritenuto di poter abbracciare il fenomeno attraverso la fattispecie di *millantato credito*, prevista dall'art. 346 c.p. Ma anche tale soluzione era problematica sotto il profilo del principio di legalità penale, posto che l'espressione "millantare credito" pare riferirsi, dal punto di vista del suo significato

letterale, esclusivamente all'ipotesi in cui l'agente *vanti rapporti* in effetti *inesistenti* con il pubblico ufficiale, *ingannando* così il privato che effettua il pagamento o la premessa, il quale resta così vittima di una sorta di truffa. Mentre, come si diceva, la realtà italiana pullula di soggetti che svolgono una *reale* funzione di intermediazione tra privati corruttori e pubblici ufficiali corrotti, o comunque agevolmente corruttibili.

2.2. Il delitto di concussione, e i suoi problematici rapporti con le fattispecie di corruzione

Accanto ai reati di corruzione, il sistema italiano conosceva da sempre – come anticipato – una autonoma figura di *concussione*, descritta dall'art. 317 c.p. come il fatto del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, *costringe o induce* taluno a dare o promettere indebitamente a sé o ad altri denaro o altra utilità.

La norma, dicevamo, costituisce una peculiarità italiana, con pochissime e imprecise corrispondenze presso le altre legislazioni europee[2]. Vero è che nel *code Napoléon* esisteva un reato di *concussion*, oggi ereditato dal codice francese vigente all'art. 432-10; ma la sua struttura era ed è affatto diversa. Quella norma descrive il fatto del pubblico agente che riceve, esige o ordina di percepire, a titolo di diritti, contributi, imposte o tasse, una somma che sa non essere dovuta, o una somma superiore a quanto dovuto – il medesimo reato, insomma, che nell'art. 437 del codice penale spagnolo riceve il *nomen iuris* di *exaciones ilegales*[3]. Niente a che vedere con la concussione italiana di cui al vecchio art. 317 c.p.: che non richiedeva affatto che il pubblico agente pretendesse la somma *a titolo* di tributo, tassa, etc., ben potendo la richiesta essere esplicitamente formulata al privato in termini di puro e semplice sopruso; che si accontentava della mera *promessa* di denaro, o anche di qualsiasi altra *utilità*; e che, d'altra parte, era imperniata sulle specifiche modalità commissive della *costrizione* o *induzione* del privato.

2. Per un'attenta analisi comparata, cfr. ora Mongillo V., *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, ESI, 2012, p. 75 ss.

3. Una figura di reato affine a quella presente nel codice francese e in quello spagnolo è quella prevista dal § 353 del codice penale tedesco (esazione indebita di imposte), parimenti di scarsissima o nulla applicazione pratica. Anche il delitto di *concussão* previsto dall'art. 379 del codice penale portoghese (nella sua forma base o nella forma aggravata dall'uso di violenza o minaccia di un "*mal importante*") richiede la ricezione da parte del pubblico funzionario di un vantaggio patrimoniale indebito, o superiore a quanto dovuto, in particolare a titolo di contribuzione, tassa, emolumento, multa, etc.

Il delitto di concussione, già presente nel codice toscano[4] e in vari codici preunitari[5], era stato d'altra parte oggetto di un'interpretazione molto lata da parte della giurisprudenza recente. La norma trovava, ad es., regolare applicazione anche nei casi in cui il privato pagasse il pubblico agente per ottenere da questi uno specifico atto contrario ai suoi doveri d'ufficio, ovvero l'omissione di un atto dovuto: come nei casi, frequentissimi nella prassi, in cui il pagamento avesse la funzione di *evitare una sanzione* legittimamente, e doverosamente, irrogabile dal pubblico ufficiale per un illecito commesso dal privato[6] (si pensi al caso dell'ufficiale della Guardia di finanza che durante una ispezione negli uffici di un impresa prospetta al titolare severe sanzioni per illeciti da questi realmente commessi, a meno che egli non gli versi una 'mazzetta' per evitare ogni problema); ovvero nei casi in cui il privato imprenditore versasse denaro al pubblico agente in cambio dell'assegnazione di un appalto pubblico, sapendo che in caso contrario non avrebbe avuto alcuna *chance* nella procedura.

Naturale, a fronte di simili approdi, che il problema cruciale – per la prassi e per la stessa riflessione teorica – fosse quello della individuazione del *criterio di demarcazione tra concussione e i delitti di corruzione*. E ciò, si noti, in presenza del medesimo dato oggettivo rappresentato da una illecita dazione o promessa di denaro o altra utilità dal privato al pubblico agente, spesso motivata – come

4. Che distingueva – così come farà, più tardi, il codice Zanardelli – tra una concussione 'costrittiva' (art. 181), realizzata dal pubblico ufficiale "che, abusando della sua autorità, *costringe* taluno a somministrare indebitamente a lui, o a un terzo, denari od altra utilità", ed una concussione 'induttiva' (art. 182), realizzata dal pubblico ufficiale "che, abusando della sua qualità, ha indotto taluno a somministrare indebitamente a lui, o ad un terzo, denari od altra utilità o ha profittato dell'errore altrui, per esigere ciò che non era dovuto, o più di ciò che era dovuto".

5. Nei quali peraltro è spesso evidente l'influsso del codice napoleonico, la concussione essendo per lo più configurata – nella sua forma non aggravata – come il fatto di indebita riscossione da parte del pubblico ufficiale, prevedendosi poi una specifica aggravante nel caso di uso di violenza o di minaccia: cfr., per un'analisi più dettagliata, ancora Mongillo, *La corruzione*, pp. 60 ss.

6. Contro la riconduzione (pacifica nella prassi) di una simile condotta al paradigma della concussione, cfr. peraltro, in dottrina, Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, V ed., Bologna, Zanichelli, 2012, p. 214. Già sotto il vigore della vecchia normativa, inoltre, vi era chi sosteneva che – ferma restando la punibilità del pubblico agente, in ipotesi siffatte, a titolo di concussione – il privato dovesse rispondere invece per *corruzione attiva*, in ragione della sua finalità di conseguire una posizione di profitto da un esercizio illecito di un pubblico potere: cfr. sul punto – anche per i richiami ai suoi precedenti e più ampi lavori sul punto – Spena A., «Per una critica all'art. 319-quater c.p.», in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*,n. 3, 2013, p. 228.

si è appena rilevato – dalla speranza del privato di ottenere in cambio un qualche beneficio derivante dall'uso distorto dei poteri del pubblico ufficiale.

Il quesito aveva, come è agevole intendere, un enorme rilievo pratico. Non solo perché il pubblico agente era punito, nelle ipotesi di concussione, assai più gravemente (e precisamente con la reclusione da quattro a dodici anni) che non nelle ipotesi di corruzione; ma anche perché il *privato* considerato vittima di una concussione restava in radice *non punito*. D'altra parte, dall'elevato massimo di pena previso per la concussione (dodici anni di reclusione, come si diceva) dipendeva un termine di prescrizione per questo reato assai più lungo che nelle ipotesi di corruzione, più precisamente pari a quindici anni in presenza di atti interruttivi; con conseguente maggiore facilità, per la pubblica accusa, di pervenire alla condanna definitiva dell'imputato.

Non vi è qui spazio per ripercorrere, nemmeno sommariamente, le teorie che la dottrina aveva nel tempo elaborato per rispondere a tale difficile quesito[7], bastando ai nostri fini sottolineare che la giurisprudenza italiana si era da tempo assestata su un criterio di natura puramente *psicologica*: la corruzione presupporrebbe un *pactum* concluso dal privato e dal pubblico agente su un piano di *parità negoziale*, mentre nella concussione a quel medesimo *pactum* si giungerebbe attraverso una negoziazione condizionata da una situazione di *soggezione psicologica* (a volte definita nei termini di vero e proprio *metus publicae potestatis*) del privato rispetto al pubblico agente.

Sulla base di un tale criterio, non c'è da stupirsi dell'elevatissimo tasso di *imprevedibilità* dell'esito di singole vicende processuali, pure ruotanti attorno alla prova di un pagamento indebito del privato ad un pubblico agente[8]. Il più lungo termine di prescrizione del reato e, soprattutto, la possibilità di assicurarsi la collaborazione del privato mediante la prospettazione della sua impunità, costituivano comprensibili incentivi, per le procure, a qualificare simili fatti in termini di *concussione*, nonostante il vantaggio ottenuto in ipotesi dal privato (assegnazione di lucrosi appalti, sottrazione a severe sanzioni per illeciti tributari realmente commessi, etc.) in cambio dell'indebito pagamento[9]; ma l'esito finale di questi processi era tutt'altro che scontato, non essendo improbabile che i pubblici agenti imputati, anche grazie all'elevata qualità delle

7. Per una recente rassegna, e per tutti i necessari rif. bibl. e giurispr., cfr. Mongillo, *La corruzione*, pp. 71 ss.

8. Per questa conclusione, cfr. ancora Mongillo, *La corruzione*, p. 75.

9. Sulle strategie processuali delle procure, consentite dall'assetto della normativa pre-riforma consentiva, cfr. per tutti Padovani T., *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e di corruzione*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 788.

difese tecniche di cui essi possono in genere disporre, riuscissero ad ottenere in uno o l'altro dei gradi di giudizio la riqualificazione del fatto in termini di corruzione, assicurandosi così un consistente sconto di pena o, più spesso, l'impunità *tout court* grazie al generoso meccanismo della prescrizione. Meccanismo, quest'ultimo, che finiva per coprire con il velo dell'oblio anche il fatto del privato, a questo punto scopertosi improvvisamente 'corruttore', dopo essere stato essere stato inizialmente qualificato dalla pubblica accusa come *vittima* della concussione.

Proprio l'effetto di non punibilità del privato autore della dazione o della promessa indebita al pubblico agente – prodotto dalla norma sulla concussione e dalla sua dilatazione nella prassi applicativa – era, d'altra parte, da tempo nel mirino di numerose organizzazioni internazionali, l'OCSE *in primis*, a vario titolo interessate a una più efficacia repressione dei fenomeni di corruzione nell'ordinamento italiano. Tali organizzazioni segnalavano infatti il rischio che gli imprenditori che ottenessero appalti remunerando i pubblici ufficiali preposti alle relative procedure andassero esenti da pena nell'ordinamento italiano, nonostante il pesante effetto distorsivo della concorrenza così creato[10].

Di qui il reiterato, e sempre più pressante, invito rivolto da tali organizzazioni al legislatore italiano di eliminare dall'ordinamento il delitto di concussione, o comunque di riformarlo in maniera tale da assicurare la punibilità anche del privato in simili ipotesi.

3. Le riforme del 2012 e del 2015, e i loro limiti

Sul quadro così schizzato interviene la riforma di cui alla leggen. 190/2012, poi ulteriormente emendata con la leggen. 69/2015, che si è però quasi esclusivamente limitata ad inasprire le sanzioni previste per le diverse figure criminose.

3.1. I nuovi delitti di corruzione e di traffico di influenze illecite

Anzitutto, la riforma del 2012 modifica incisivamente il sistema dei delitti di corruzione, conservando pressoché inalterata la figura della corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio di cui all'art. 319 c.p. (sia pure, come vedremo,

10. Su queste sollecitazioni internazionali, cfr. anche Palazzo F., «Gli effetti "preterintenzionali" delle nuove norme penali contro la corruzione», in Mattarella B.G., Pelissero M. (coord.), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 16; Di Martino A., *Le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione*, *ibidem*, p. 373; Mongillo, *La corruzione*, pp. 89 ss.

inasprendone il trattamento sanzionatorio), ma sostituendo alla vecchia figura della corruzione c.d. 'impropria' una inedita fattispecie di *corruzione per l'esercizio della funzione*, disciplinata dal nuovo art. 318 c.p., meno gravemente sanzionata e consistente nel fatto del pubblico ufficiale che riceve per sé o per altri la promessa o la dazione di denaro o altra utilità "per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri".

Il lettore spagnolo coglierà immediatamente la strettissima parentela, o forse addirittura l'identità, di questa nuova figura criminosa con quella di cui all'art. 422 del proprio codice, così come riformulato – anche in questo caso – dalla legge organican. 5/2010, che incrimina il pubblico agente che, a profitto proprio o di un terzo, accetta per sé o per un terzo una somma di denaro o un dono che gli siano stati offerti "*in considerazione del suo incarico o della sua funzione*". La nuova norma viene così, nelle intenzioni del legislatore italiano, a sanare la frattura che, in termini di legalità, era stata creata dalla lettura, in effetti analogica, operata dalla giurisprudenza in relazione alla normativa precedente allo scopo di abbracciare, in particolare, le situazioni del pubblico ufficiale 'a libro paga' dell'imprenditore di cui si è detto poc'anzi: situazioni che appaiono, ora, perfettamente coperte dal nuovo art. 318 c.p.[11]

Il legislatore interviene poi a colmare l'altra lacuna di punibilità in precedenza segnalata, relativa alle ipotesi di dazioni o promesse di denaro o altre utilità a soggetti sprovvisti di qualifiche pubblicistiche, che agiscano tuttavia (o comunque promettano di agire) quale *mediatori* tra il privato e il pubblico ufficiale i cui favori si intendano comprare. Accanto al vecchio delitto di millantato credito di cui all'art. 346 c.p., che viene mantenuto inalterato, la riforma introduce infatti un nuovo art. 346-*bis*, rubricato *traffico di influenze illecite*, e riferito alla condotta di chiunque, fuori dai casi di concorso nella corruzione, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come *prezzo della propria* mediazione *illecita* verso il pubblico agente ovvero *per remunerarlo*, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio.

Nonostante l'identità del *nomen iuris*, il nuovo delitto italiano è in realtà assai diverso dalle figure di *tráfico de influencias* previste dagli artt. 428 e 429 del codice penale spagnolo, che si consumano nel momento dell'*effettivo esercizio di un'influenza* sul pubblico agente affinché costui ponga in essere un atto dal quale possa derivare un beneficio economico per l'agente o per un

11. Pulitanò D. *La novella in materia di corruzione*, in *Cass. pen.*, suppl. n. 11, 2012, p. 7. FIN QUI.

terzo. In base alla norma italiana, invece, la punibilità è anticipata al momento della retribuzione (o addirittura della promessa di retribuzione) al mediatore, affinché eserciti la sua influenza sul pubblico ufficiale in un momento successivo, senza che sia necessario l'effettivo esercizio dell'influenza.

Le riforme del 2012 del 2015 hanno così costruito un sistema di contrasto alla corruzione per così dire 'a gradini', con un *range* di pene modulato a seconda dell'intensità offensiva della condotta rispetto al bene, o ai beni giuridici tutelati. Al *gradino più basso* sta proprio la nuova fattispecie di *traffico di influenze*, punita con la reclusione da uno a tre anni, destinata a colpire condotte di soggetti privati (o comunque condotte non caratterizzate dalla strumentalizzazione dei poteri connessi alla funzione), che creano il *pericolo* che dei pubblici agenti siano effettivamente corrotti, e conseguentemente il pericolo di effettivo asservimento dell'attività amministrativa ad interessi privati. Su un *gradino intermedio* si colloca la fattispecie di *corruzione per l'esercizio delle funzioni* di cui al nuovo art. 318 c.p., sanzionata oggi con la reclusione da uno a sei anni, e caratterizzata dalla *lesione* attuale del dovere di probità del pubblico agente, ma dal mero *pericolo* di una effettiva distorsione dell'attività amministrativa, che verrà ad esistenza soltanto se e quando il pubblico agente, riconoscente per i benefici ricevuti dal privato, gli restituisca il favore, ponendo in essere un atto contrario ai doveri del proprio ufficio a beneficio, appunto, del privato. Al *vertice* della scala di gravità si colloca invece il delitto di *corruzione propria*, punito (dopo la riforma del 2015) con la reclusione da sei a dodici anni, caratterizzato direttamente dalla compravendita dell'atto contrario ai doveri d'ufficio, e dunque – oltre che dalla lesione del dovere di probità del pubblico agente – dalla *effettiva distorsione* dell'attività amministrativa a beneficio del privato.

La fattispecie di corruzione per l'esercizio delle funzioni si presta, d'altra parte, a funzionare nella pratica come figura di reato residuale per la pubblica accusa, nell'ipotesi in cui quest'ultima riesca a provare la dazione o la promessa di denaro o altra utilità al pubblico agente, ma non lo specifico atto dell'ufficio compravenduto; nulla ostando, altresì, alla possibilità di una riqualificazione, ad opera del giudice, di un fatto originariamente contestato come corruzione 'propria' in corruzione per l'esercizio delle funzioni, allorché – appunto – fallisca in giudizio la prova di tale specifico atto. E analogamente potrà accadere per il traffico di influenze, allorché l'accusa riesca a dimostrare la dazione o promessa di denaro o altra utilità al mediatore, ma non la corruzione 'finale' del pubblico agente, che condurrebbe alla qualificazione delle condotte di tutti e tre i soggetti intervenuti come concorso nella corruzione medesima.

Le pene previste per le tre figure delittuose in parola si applicano anche al *privato* che abbia effettuato il pagamento o la promessa: in forza dell'art. 321 c.p. per quanto concerne le due figure di corruzione, e in base al secondo coma dello stesso art. 346-*bis* per quanto concerne il traffico di influenze.

Per effetto delle riforme, i quadri sanzionatori si innalzano, dunque, in maniera significativa rispetto al passato, con alcune importanti ricadute pratiche ulteriori rispetto all'ovvio *surplus* di deterrenza che in tal modo si mira ad ottenere. Anzitutto, per entrambe le forme di corruzione (purché però compiute da o verso un *pubblico ufficiale*, e non un semplice incaricato di pubblico servizio) è oggi possibile autorizzare *intercettazioni* di comunicazioni in fase di indagine, e disporre la misura della *custodia cautelare in carcere*; inoltre, i termini di prescrizione si allungano sino a *quindici anni*, in ragione del nuovo più elevato massimo edittale, per l'ipotesi di corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio.

Restano escluse – e con ciò passiamo a quelli che potrebbero essere identificati come i principali *limiti* della riforma dei reati di corruzione – la possibilità di intercettazioni telefoniche e di custodia cautelare per il traffico di influenze (oltre, che come si è detto, per la vasta area delle corruzioni per l'esercizio delle funzioni concernenti gli incaricati di pubblico servizio); e resta fermo il termine di sette anni e mezzo per la prescrizione del reato, di solito insufficiente a consentire la formazione di un giudicato di condanna, non solo per il traffico di influenze ma anche per la corruzione per l'esercizio delle funzioni.

Inoltre, è verosimile pensare che, anche nelle rarissime ipotesi in cui si arrivi a una sentenza di condanna prima dello spirare del termine di prescrizione, il nuovo delitto di traffico di influenze illecite finirà per essere sanzionato in maniera quasi irrisoria, se solo si considera che le pene fino a tre anni di reclusione sono destinate, specie per i 'colletti bianchi', a essere eseguite con modalità alternative alla detenzione, dal bassissimo contenuto afflittivo (e anche qui la cronaca fornisce illuminanti esempi di illustri condannati impegnati, per una mezza giornata alla settimana, in attività di conforto morale ad anziani e a persone con disabilità).

Senza contare che, in virtù di un emendamento approvato all'ultimo istante in sede parlamentare, il delitto in parola è stato alla fine limitato alle sole dazioni o promesse finalizzate a ottenere dal pubblico agente un atto contrario ai suoi doveri, ovvero per remunerarlo per il compimento di un tale atto, imponendosi così alla pubblica accusa il non facile onere di dimostrare la specifica finalizzazione del pagamento a ottenere un *determinato* atto contrario ai doveri d'ufficio in favore di chi effettua o promette il pagamento medesimo.

3.2. La duplicazione del vecchio delitto di concussione

I problemi più gravi della riforma riguardano però il versante del delitto di concussione, sul quale converrà focalizzare ora l'attenzione.

Si è detto poc'anzi delle sollecitazioni internazionali volte ad *eliminare* del tutto questa anomalia italiana, che in buona sostanza rendeva non punibile il privato che paga il pubblico ufficiale per ottenere da lui un vantaggio, purché appaia che il primo sia stato "costretto" o "indotto" a tale pagamento versando in una situazione di *soggezione psicologica* rispetto al pubblico ufficiale.

La scelta del legislatore del 2012 è stata però diversa, e in certo modo compromissoria rispetto alla tradizione penalistica italiana: mantenimento del delitto di concussione, ridotto però alla sola modalità commissiva della "costrizione"; e previsione nell'art. 319-*quater* c.p. di un autonomo e inedito delitto di *induzione indebita a dare o promettere utilità*, caratterizzato dalla modalità commissiva – appunto – dell'*induzione*, e con previsione della punibilità *anche del privato indotto*, sia pure con un quadro edittale assai più favorevole rispetto a quello previsto per il pubblico agente. Una suddivisione dunque della previgente figura della concussione in due distinte, e confinanti figure: una prima, nella quale si conferma la punibilità del pubblico ufficiale, con la reclusione da sei (dai quattro che erano sotto la vecchia disciplina) a dodici anni, e la non punibilità del privato *vittima* della costrizione; la seconda con la reclusione da sei anni a dieci anni a sei mesi[12] per il pubblico agente, e da quindici giorni a tre anni per il privato semplicemente *indotto*.

La scelta del legislatore viene così incontro, almeno parzialmente, alle richieste di punibilità del privato provenienti dalle organizzazioni internazionali; e nello stesso tempo mira evidentemente ad evitare di travolgere le indagini e i processi già in corso per fatti qualificabili come concussione ai sensi della vecchia disciplina – tra cui uno dei processi a carico dell'ex Presidente del Consiglio dei ministri Berlusconi – , che si sarebbero dovuti concludere con la declaratoria di *abolitio criminis* qualora il delitto di concussione fosse stato semplicemente eliminato dall'ordinamento italiano. La soluzione così ideata dal legislatore avrebbe invece dovuto consentire, almeno nelle intenzioni del legislatore, di salvare tutti questi processi: i giudici, rilevata la perfetta continuità normativa tra le due nuove fattispecie e la precedente, che le conteneva entrambe, si sarebbero dovuti limitare – in applicazione degli ordinari principi in materia di successione di leggi penali modificative, di cui all'art. 2, comma

12. La pena massima, originariamente stabilita in otto anni dal legislatore del 2012, è stata così innalzata dalla successiva riforma del 2015.

quarto, c.p. – a riqualificare il fatto quale concussione *ex* art. 317 c.p. ovvero quale induzione indebita *ex* art. 319-*quater* c.p., e a punirlo di conseguenza[13].

Non era però difficile pronosticare che la presenza ormai di *quattro* figure criminose (la concussione, l'induzione indebita e le due forme di corruzione già esaminate), tutte convergenti attorno al medesimo sostrato fattuale rappresentato da un indebito pagamento (o dalla promessa di indebito pagamento) a un pubblico agente, avrebbe addirittura *moltiplicato i problemi di qualificazione giuridica del fatto*, derivanti dall'accresciuta difficoltà di fissare una precisa linea demarcazione tra le quattro fattispecie criminose astratte.

L'attenzione della dottrina e della giurisprudenza, pressata quest'ultima dall'esigenza di fornire risposte spendibili nei processi in corso, si è sin da subito polarizzata in particolare sul *confine tra concussione e induzione indebita*, oggetto nei primi mesi di vigore della legge di un'intensa discussione[14] sfociata nella rimessione della questione alle Sezioni Unite della Corte di cassazione, che hanno alla fine risolto la questione con la nota sentenza *Maldera*[15] del 2014.

13. Questa, in effetti, la soluzione immediatamente impostasi in giurisprudenza, in conformità all'opinione maggioritaria in dottrina (cfr. tutti Dolcini E., Viganò F., *Sulla riforma in cantiere dei delitti in materia di corruzione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*,n. 1, 2012, p. 244; Padovani T., «Metamorfosi e trasfigurazione», p. 789; Pulitanò, «La novella», p. 17. *Contra*, sul punto, Donini M., "Il corr(eo)indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU, 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, n. 2180, Cifarelli, Maldera e a., e alla l.n. 190 del 2012", in *Cass. pen.*, 2014, p. 1482 ss.; Valentini V., *Dentro lo scrigno del legislatore penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 2, 2013, pp. 137 ss.

14. Basti qui rinviare, per una meticolosa ricostruzione dello stato dell'arte prima dell'intervento delle Sezioni Unite, all'imponente lavoro di Mongillo V., *L'incerta frontiera:* il discrimine tra concussione e induzione indebita nel nuovo statuto penale della pubblica amministrazione, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*,n. 3, 2013, p. 166 ss. Per un'analisi più sintetica dei criteri che si contendevano il campo prima dell'intervento delle Sezioni Unite, cfr. anche Seminara S., *I delitti di concussione e induzione indebita*, in Mattarella B.G., Pelissero M. (coord.), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 397 ss.

15. Cass., sez. un. pen., 24.10.2013 (dep. 14.3.2014),n. 12228, Pres. Santacroce, Rel. Milo, ric. Maldera, in *Dir. pen. cont*, 17 marzo 2014, con nota di Gatta G.L., «Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e 'induzione indebita': minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito». A commento della sentenza cfr. anche – senza pretesa di completezza – Balbi G., «Sulle differenze tra i delitti di concussione e di induzione indebita a dare o promettere utilità», in *Dir. pen. cont.,* 16 settembre 2014; Bartoli R., «Le Sezioni unite tracciano i confini tra concussione, induzione e corruzione», in *Giur. it.*, 2014, pp. 1208 ss.; Donini M., «Il corr(eo)indotto», pp. 1482 ss.; Gatta G.L., «La concussione riformata, tra diritto penale e processo. Note a margine di un'importante sentenza delle Sezioni Unite»,

Nell'intento, appunto, di definire una volta per tutti la linea di demarcazione tra le due nuove fattispecie 'figlie' della vecchia concussione, i magistrati supremi affermano in questa sentenza che il concetto di "costrizione" presente nell'art. 317 c.p. presuppone alternativamente una *violenza* (ipotesi, peraltro, in gran parte scolastica, dal momento che un "abuso" della qualità o dei poteri, essenziale per la sussistenza della concussione, comporta pur sempre la riconducibilità astratta della condotta all'alveo dei poteri del pubblico ufficiale, seppur scorrettamente esercitati: poteri che, salve poche eccezioni, non comprendono l'uso di violenza), o quanto meno una *minaccia*[16]: condotta, quest'ultima, caratterizzata dalla prospettazione da parte del pubblico ufficiale di un *danno ingiusto* al privato, il quale viene così costretto a dare o promettere denaro o altra utilità per evitare, appunto, tale danno ingiusto[17]. Proprio la condizione di *vittima* del privato spiegherebbe d'altronde la sua radicale non punibilità[18].

Viceversa, nell'induzione indebita il privato, ancorché *indotto* a pagare dal pubblico agente – che si avvale della situazione di soggezione psicologica del privato nei suoi confronti –, perseguirebbe pur sempre un *vantaggio illecito*: ciò che spiega, secondo le Sezioni Unite, perché egli meriti comunque una pena, ancorché assai più lieve di quella riservata al pubblico ufficiale[19].

Enunciato tale lineare criterio, che per il suo carattere *oggettivo* avrebbe potuto tracciare una chiara linea di demarcazione tra le due ipotesi delittuose, la Cassazione si affretta tuttavia ad aggiungere che esso può subire *deroghe* in una "zona grigia", o "*border line*"[20], in cui il privato persegue comunque un vantaggio che non gli spetta, versando tuttavia in una situazione di vera e propria "coazione morale", che giustifica per un verso l'inquadramento come *concussione* – e non mera induzione – della condotta del pubblico agente, e

---

in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 1566 ss.; Pisa P., «Una sentenza equilibrata per un problema complesso", in *Dir. pen. proc.*, 2004, pp. 568 ss.; Piva D., "'Alla ricerca dell'induzione perduta': le Sezioni Unite tentano una soluzione», in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*,n. 2, 2014, pp. 231 ss.; Seminara S., *Concussione e induzione indebita al vaglio delle Sezioni Unite*, *ibidem*, pp. 563 ss.; Sessa A., «Concussione e induzione indebita: il formante giurisprudenziale tra legalità in the books e critica dottrinale», in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*,n. 1, 2015, pp. 241 ss.; Valentini V., «Le Sezioni Unite e la politica giudiziaria delle dimensioni parallele», in *Arch. pen.*,n. 2, 2014, pp. 1 s.

16. Cass., sez. un. pen., Maldera, p. 29 s.
17. Cass., sez. un. pen., Maldera, pp. 31 ss.
18. Cass., sez. un. pen., Maldera, p. 37.
19. Cass., sez. un. pen., Maldera, pp. 37 s.
20. Cass., sez. un. pen., Maldera, pp. 40 ss.

per altro verso la soluzione della radicale non punibilità del privato. Una tale situazione sussisterebbe, ad es., nell'ipotesi di una prostituta straniera priva di permesso di soggiorno, costretta a prestazioni sessuali da parte di un pubblico ufficiale per evitare di essere denunciata in quanto 'clandestina' ed essere conseguentemente espulsa[21]; ovvero nell'ipotesi di un paziente al quale il chirurgo di un ospedale pubblico rappresenti la grave malattia di cui egli soffre, prospettandogli la possibilità di scavalcare la lista di attesa ed essere immediatamente operato, in cambio del pagamento di un lauto (e ovviamente indebito) compenso[22]. Né alla prostituta né al paziente sono qui prospettati, a rigore, danni 'ingiusti': la prima era già esposta alla possibilità di essere legittimamente espulsa, in quanto priva di documenti; e il secondo non aveva alcun diritto, né alcuna legittima aspettativa ad essere immediatamente operato, con pregiudizio degli altri pazienti in attesa, verosimilmente anch'essi affetti da gravi patologie. Entrambi i soggetti perseguono, anzi, un *vantaggio illecito* (rimanere senza documenti in Italia, scavalcare la lista d'attesa); ma la conclusione di una loro punibilità ai sensi dell'art. 319-*quater* c.p. come indebiti induttori appare evidentemente eccessiva alla Suprema Corte, che mira a considerarli *vittime* del sopruso del pubblico funzionario piuttosto che *complici* della distorsione della legittima attività amministrativa compiuta dal pubblico funzionario medesimo, proprio in ragione della particolare *intensità del condizionamento psicologico* subito dal pubblico ufficiale, costitutivo di una vera e propria *costrizione* (ancorché non connotata dalla minaccia di un danno ingiusto, poche pagine prima individuata quale requisito essenziale della stessa costrizione).

Con il risultato di affidare anche la linea di demarcazione tra concussione e induzione indebita ad un criterio di natura schiettamente *psicologica* (almeno con riferimento alla "zona grigia" di cui parla la Corte[23]), che spalanca nuovamente amplissimi margini alla discrezionalità valutativa dei giudici di merito[24] (e, prima ancora, alle scelte processuali delle procure).

Solo pochi cenni dedicano invece le Sezioni Unite alla diversa, e non meno problematica, questione della *linea di demarcazione per così dire 'esterna',*

21. L'esempio era stato evocato, prima delle Sezioni Unite, da Valentini V., *Ancora sulla frattura della disposizione ex art. 317 c.p.* Qualche rapido spunto in attesa delle Sezioni Unite, in *Arch. pen.*, 2013, p. 564 proprio a dimostrazione dell'insostenibilità del criterio di demarcazione tra concussione e induzione indebita fondato sulla dicotomia danno ingiusto/vantaggio indebito,

22. Cass., sez. un. pen., Maldera, p. 43 s.

23. Cass., sez. un. pen., Maldera, p. 44.

24. Così, giustamente, Bartoli B., «Le Sezioni Unite tracciano i confini», pp. 1215 s.

tra induzione indebita e le fattispecie di corruzione[25]. La scelta è qui quella di confermare *in toto* la precedente giurisprudenza in materia di distinzione tra concussione e corruzione, facente leva sulla situazione di *soggezione psicologica* del privato rispetto al pubblico agente, che manterrebbe ora la sua rilevanza quale criterio di distinzione tra induzione e corruzione[26]. Sulla base di tale tradizionale criterio, le Sezioni Unite non hanno dubbi nel ricondurre all'alveo dell'induzione indebita, ad es., la condotta del pubblico agente che riceva un pagamento per garantire l'assegnazione indebita di un appalto a un imprenditore, allorché quest'ultimo sia consapevole che in caso contrario gli sarà impossibile ottenere l'appalto medesimo[27]; ovvero la condotta degli imputati nello stesso caso di specie sottoposto all'esame delle Sezioni Unite, i quali – abusando della propria qualità di ispettori del lavoro – si erano fatti corrispondere dagli imprenditori sottoposti ad ispezione compensi in cambio dell'impegno a evitar loro sanzioni per illeciti da questi realmente commessi[28].

L'esito finale, sulla base di questi criteri, è che fatti che in qualsiasi altro ordinamento contemporaneo sarebbero considerati inequivocabilmente come altrettante ipotesi di *corruzione*, saranno ora qualificati in Italia nei termini di *induzione indebita*, attraverso la valorizzazione del criterio della soggezione psicologica del privato rispetto al pubblico agente; con conseguente assoggettamento del privato a una sanzione assai lieve (il minimo edittale, si rammenti, è pari a soli quindici giorni di reclusione), destinata in più ad essere con ogni probabilità travolta da una prescrizione che, per il privato, decorrerà nel termine di sette anni e mezzo dalla data di commissione del fatto. Il che continuerà fatalmente a favorire l'uso strumentale dell'imputazione per induzione (anziché, come in passato, di concussione) da parte delle procure, per assicurarsi la collaborazione processuale del privato contro il pubblico ufficiale.

E resteranno, d'altra parte, più che mai attuali i profili di *imprevedibilità* della decisione giudiziaria[29]; con tutti i rischi connessi di inutili dispendi di

25. Cass., sez. un. pen., Maldera, pp. 48 ss.

26. Sulla difficoltà logica di conciliare il criterio della "prevalenza del vantaggio" cui mira il privato – che caratterizzerebbe l'ipotesi dell'induzione indebita rispetto a quella della concussione – con quello della "soggezione psicologica" in cui egli dovrebbe comunque versare rispetto al pubblico agente, perché sussista induzione indebita e non invece corruzione, si vedano peraltro le perspicue osservazioni di Bartoli R., «Le Sezioni Unite tracciano i confini», p. 1217.

27. Cass., sez. un. pen., Maldera, pp. 41 s.

28. Cass., sez. un. pen., Maldera, pp. 51 ss.

29. Così Seminara S., *Concussione e induzione indebita*, pp. 565 y 568; Padovani T., «Metamorfosi e trasfigurazione», p. 792. Cfr. anche Romano M., *I delitti contro la*

energie processuali e finanziarie da parte delle procure e del sistema di giustizia penale nel suo complesso, legati anche alla possibilità di continui mutamenti nella qualificazione giuridica del fatto nel corso della vicenda processuale.

4. Le prospettive di riforma

Molti sono, dunque, i problemi che gli interventi riformatori del 2012 e del 2015 hanno lasciato aperti. Prima di procedere alla formulazione di qualche proposta di ulteriore riforma, nel tentativo di risolvere alcuni di tali problemi, conviene però riconoscere almeno un merito al legislatore italiano recente: quello, cioè, di avere realizzato per la prima volta una inversione di tendenza nella politica criminale italiana, dopo un decennio di interventi volti sistematicamente ad *affievolire* la capacità di risposta del sistema penale alla criminalità dei colletti bianchi nella direzione di una risposta più severa nei confronti di tale criminalità, cominciando dall'odioso fenomeno della corruzione pubblica, che tante risorse sottrae allo stesso sviluppo economico del paese.

La riforma della legge Severino non poteva non scontare, d'altra parte, la precarietà della maggioranza politica che l'ha alla fine approvata: una maggioranza nella quale le stesse forze che erano state protagoniste di quel decennio di politica criminale avevano, ancora, un peso decisivo. Il risultato è stato quello di una *riforma a metà*: con alcuni lati positivi, che sarebbe ingiusto e ingeneroso sottacere; ma con molto che resta ancora da fare.

Il problema è però *come* portare a termine questo lavoro, coraggiosamente iniziato nel 2012.

4.1. Qualche spunto per il futuro legislatore: a) comprendere le cause dell'insostenibilità della situazione attuale (ovvero: sull'impossibilità di tracciare plausibili linee di demarcazione tra concussione, induzione indebita e corruzione)

A ben guardare, la dote principale di un buon legislatore è il coraggio. Che è anche coraggio di rompere con il passato – con la 'tradizione', che tanto influenza il modo di pensare dei giuristi –, affrontando tutte le prevedibili resistenze di coloro che, per i motivi più diversi (per convenienza, o anche solo per

pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Commentario sistematico, III ed., Milano, Giuffrè, 2013, p. 238: "le tre figure delittuose [concussione, induzione indebita, corruzione], molto prossime tra loro, si affollano in un'area molto ridotta", sicché, "sebbene le linee di demarcazione siano in teoria sufficientemente chiare, l'accertamento pratico può rendere particolarmente arduo il compito del magistrato".

conservatorismo culturale), alla tradizione non vogliono rinunciare: anche quando è evidente, come nel nostro caso, che il modello tradizionale *non funziona*.

La ragione fondamentale – ce lo ripetono in tutte le salse in sede internazionale – sta nella presenza nel sistema italiano, unico sotto questo profilo nel panorama europeo, dell'ingombrante delitto di *concussione*, e – ancora più – della sua incontrollata dilatazione ad opera della giurisprudenza; una presenza ora divenuta ancora più ingombrante, dopo la nascita dal suo seno – come Eva dalla costola di Adamo – del nuovo delitto di *induzione illecita*, destinato a contenere proprio le ipotesi che erano state oggetto delle dilatazioni interpretative operate da una giurisprudenza che – dimentica delle origini storiche della concussione per induzione – aveva a poco a poco espunto l'inganno dalle sue modalità commissive, per comprendervi qualsiasi forma di indebita pressione psicologica (anche blanda, indiretta, 'suggestiva') del pubblico agente sul privato.

Certo, la concussione è un delitto di antica tradizione in Italia: ne discute già a lungo Carrara. Ma, come si è di recente rammentato, proprio il grande Carrara riconosce, già a metà dell'Ottocento, che gli sforzi della scienza per tracciare in modo netto la demarcazione tra concussione e corruzione sono destinati all'insuccesso[30].

E dove non arriva la scienza, difficilmente riuscirà ad arrivare la giurisprudenza, per una precisa ragione: gli sforzi falliscono, perché una distinzione plausibile tra le due categorie di delitti *non può proprio essere tracciata*. Tutto resta affidato, ieri come oggi, al *prudente apprezzamento del giudice* nella valutazione del caso: come scrivono oggi le Sezioni Unite a proposito della distinzione 'interna' tra concussione e induzione, ricostruita anch'essa secondo le cadenze psicologizzanti di cui si è visto (e che fanno leva in ultima istanza sul nebuloso criterio dell'intensità della coazione), qualsiasi criterio di distinzione che possa essere elaborato in astratto "deve essere opportunamente calibrato, all'esito di una puntuale ed approfondita valutazione in fatto, sulla specificità della vicenda concreta, tenendo conto di tutti i dati circostanziali, del complesso dei beni giuridici in gioco dei principi e dei valori che governano lo specifico settore di disciplina"[31]. Un fiume di parole eleganti, dietro il quale si cela un messaggio semplice quanto sconfortato: *se la veda il giudice di merito*, secondo il suo personale senso di giustizia[32].

30. Cfr. in proposito le citazioni del grande criminalista toscano selezionate da Gatta G.L., *La concussione riformata*, pp. 1569 e 1584.

31. Cass., sez. un. pen., Maldera, p. 44.

32. Proprio l'elasticità dei criteri enunciati dalle Sezioni Unite, che rifletterebbe il "carattere in gran parte probatorio/processuale del problema, che il diritto penale

E ciò vale, si noti, tanto rispetto alla distinzione 'interna' tra concussione e induzione, quanto rispetto alla demarcazione 'esterna' tra induzione e corruzione, affidata quest'ultima – oggi come ieri – all'altrettanto evanescente criterio della soggezione psicologica: fenomeno psichico che dovrà essere anch'esso apprezzato dal giudice sulla base di un'attenta valutazione di tutte le circostanze della situazione concreta. *In claris*: secondo il suo personale e intuitivo apprezzamento, che se congruamente motivato sfuggirà poi a ogni possibile controllo in sede di legittimità.

4.2. (Segue): b) l'obiettivo fondamentale da perseguire (ovvero: chi paga il pubblico agente per ottenere un indebito vantaggio deve essere punito quale corruttore)

Far piazza pulita della concussione – e, oggi, dell'induzione indebita – non è, tuttavia, impresa facile. Lo aveva già proposto il c.d. progetto di Cernobbio negli anni novanta, elaborato da un piccolo manipolo di prestigiosi professori di diritto penale e da alcuni noti magistrati milanesi[33]; ma molti avvocati e pubblici ministeri sono ancor oggi, per ragioni diverse, tenacemente affezionati alla concussione, rimpiangendone anzi la più comprensiva versione pre-riforma e invocandone spesso il ripristino. I primi perché quanto più è confuso il quadro normativo, tanto più si ampliano gli spazi di manovra della difesa nel demolire l'impianto accusatorio; e i secondi perché, nonostante il rischio che l'accusa di concussione possa essere alla fine smontata nel corso del processo, un'indagine per concussione consente di assicurarsi la collaborazione

---

sostanziale non è in grado, da solo, di risolvere" costituirebbe invece secondo Gatta G.L., «La concussione riformata», p. 1584 il merito fondamentale della sentenza *Maldera*, la quale non avrebbe potuto che prendere atto della necessità – imposta dalla fisionomia delle norme incriminatrici di cui si tratta (*ibidem*, p. 1583) – di temperare il criterio oggettivo imperniato sulla dicotomia danno ingiusto/vantaggio indebito con il criterio soggettivo della maggiore o minore intensità della pressione motivazionale esercitata dal pubblico ufficiale sul privato. Per una valutazione in larga misura analoga, cfr. anche Pisa P., «Una sentenza equilibrata», p. 571. Simili prospettive, come il lettore avrà ormai ben inteso, non mi persuadono affatto: affidare una linea discretiva così delicata al saggio apprezzamento del giudice nel caso concreto, rinunciando a indicargli criteri univoci per la valutazione del fatto, significa rendere imprevedibile l'applicazione della norma nel caso concreto: con conseguente possibilità per le procure di manipolare il dato normativo secondo la convenienza processuale, e con altrettanto conseguente rischio di decisioni diverse per casi simili, in violazione delle più elementari esigenze di parità di trattamento tra i destinatari delle norme penali.

33. «Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell'illecito finanziamento dei partiti», in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 1025 ss.

del privato che ha pagato, e di raccogliere con più facilità le prove contro il pubblico ufficiale[34]. Da ciò l'ostilità di molti pubblici ministeri anche rispetto alle bassissime pene minacciate dopo il 2012 contro il privato indotto, che si teme possano comunque distoglierlo dalla prospettiva di una collaborazione processuale.

Ma proviamo a chiederci se il gioco valga la candela, e, soprattutto, se l'ordinamento nel suo complesso possa permettersi di assecondare simili interessi che, per quanto rispettabili, restano pur sempre interessi *di parte*. Il dato macroscopico con cui occorre fare i conti è, infatti, che in Italia l'imprenditore che paga il pubblico ufficiale per ottenere affari, prevalendo così con mezzi illeciti sui suoi meno disinvolti concorrenti, avrà sempre la possibilità – una volta colto con le mani nel sacco – di sostenere di essere stato *costretto*, o quanto meno *indotto*, da quel pubblico ufficiale che gli aveva fatto capire che, senza quel pagamento, avrebbe potuto scordarsi di lavorare con la pubblica amministrazione; e avrà così la possibilità di sottrarsi ad ogni sanzione, o al più – oggi – di concordare una sanzione bassissima con il pubblico ministero per il nuovo delitto di induzione indebita. Con buona pace dell'intento, tante volte sbandierato dai politici, di lanciare un serio messaggio deterrente contro le pratiche corruttive, che violentano le regole della concorrenza leale nel nostro paese, con danni che ciascuno di noi è costretto a sopportare.

Raccogliendo le sollecitazioni internazionali, e seguendo il modello di tutte le altre legislazioni europee, il legislatore italiano dovrebbe invece dare il proprio contributo – anche a livello simbolico-espressivo – per spezzare questo circolo vizioso, qualificando finalmente, e senza ambiguità, *tutti* gli illeciti pagamenti dei privati ai pubblici ufficiali *per ottenere vantaggi indebiti* di qualunque genere – compreso quello di non vedersi infliggere sanzioni per illeciti realmente commessi – come altrettanti fatti di *corruzione*: e più precisamente come fatti di corruzione *propria*, avendo necessariamente ad oggetto il compimento (o l'omesso compimento) di un atto d'ufficio, indipendentemente dal fatto che il *pactum* sia scaturito da una libera contrattazione – su un piano di 'parità' tra privato e pubblico ufficiale – ovvero in una situazione di (vera o asserita) 'soggezione psicologica' del primo rispetto al secondo. Senza più scuse, dunque, e improprie vittimizzazioni per il privato che paga: che dovrà essere punito con

34. Sottolinea condivisibilmente Palazzo F., «Gli effetti "preterintenzionali"», pp. 16 s. come la riforma "non assicur[i] assolutamente l'obiettivo della riduzione della eccessiva discrezionalità conferita al pubblico ministero e al giudice nella qualificazione giuridica del fatto. Il difficile discrimine tra concussione costrittiva e concussione induttiva […] rimane tale".

le (giustamente severe) pene previste dall'art. 319 c.p. per la *corruzione attiva*, e non già con la blanda sanzione oggi prevista dall'art. 319-*quater* c.p.[35]

4.3. (Segue): c) l'esigenza di individuare con precisione i casi in cui il privato che paga il pubblico agente non debba essere punito

Qualora però si convenga sull'obiettivo fondamentale appena enunciato – il privato che paga il pubblico agente per ottenere un vantaggio deve essere punito a titolo di corruzione attiva –, il problema successivo per il futuro legislatore diverrà quello di stabilire, con la massima precisione possibile, in quali casi il *privato* che paga o prometta denaro al pubblico ufficiale *non* debba, all'opposto, essere punito.

La risposta parrebbe scontata, alla luce di quanto si è detto: il privato merita di essere punito quando paga per *ottenere un vantaggio indebito* (ottenere un appalto, sottrarsi alle sanzioni per illeciti realmente commessi, etc.); non, invece, quando paga *per evitare un danno ingiusto* minacciatogli dal pubblico agente (ad es., essere sanzionato ingiustamente per un fatto non commesso; vedersi rifiutato, o dilazionato all'infinito, un provvedimento al quale ha diritto, indipendentemente da qualsiasi valutazione discrezionale del pubblico agente; etc.). In questo secondo caso il privato è *vittima*; ed è vittima di un fatto che ben potrebbe essere qualificato in termini di *estorsione*, senza bisogno – parrebbe – di essere inquadrato entro il paradigma di un delitto *ad hoc* come la concussione.

In altre parole. Il privato *certat de lucro captando*? Sia condannato per corruzione, unitamente al pubblico agente corrotto. Il privato *certat de damno*

35. La tesi qui espressa, e le riflessioni che seguono, costituiscono il frutto di una personale rimeditazione rispetto alle posizioni – cautamente adesive rispetto all'introduzione della nuova fattispecie di induzione indebita – espresse 'a caldo' in un articolo scritto a quattro mani con Emilio Dolcini nell'aprile 2012, in concomitanza con la presentazione dell'emendamento governativo poi sfociato nella riforma del novembre del medesimo anno (Dolcini E., Viganò F., *Sulla riforma in cantiere*, p. 244). Sull'esito di questa rimeditazione ha pesato anche la constatazione – *ex post* – del carattere a mio avviso del tutto insoddisfacente della soluzione offerta dalle Sezioni Unite, nella sentenza *Maldera* più innanzi esaminata, alla duplice questione della demarcazione tra concussione e induzione indebita, e tra induzione indebita e fattispecie corruttive: una soluzione ispirata a una logica *flou* che, rimettendo in definitiva le relative valutazioni al prudente apprezzamento dei giudici di merito, esaspera ulteriormente – come da più parti sottolineato – il tasso di imprevedibilità della decisione giudiziale rispetto al passato.

vitando? Resti allora esente da qualsiasi pena, in quanto *vittima* del delitto di estorsione realizzato dal pubblico agente. Questa, in estrema sintesi, la logica di tutti i progetti che – da Cernobbio in poi – hanno propugnato l'abolizione *tout court* del delitto di concussione.

Tutti questi progetti sembrano, tuttavia, sottovalutare la latitudine del concetto di "costrizione mediante minaccia" nella prassi applicativa del delitto di estorsione, che potrebbe far rientrare dalla finestra ciò che si è voluto cacciare dalla porta[36].

E invero: si riconosce comunemente che, nello schema dell'estorsione, il *male* minacciato *non deve essere necessariamente ingiusto*, dal momento che a essere ingiusto deve essere piuttosto il *profitto* perseguito (e ottenuto) dall'agente; e che, a connotare in termini di ingiustizia il profitto, è sufficiente la circostanza che esso sia ottenuto mediante la prospettazione di un male *in sé lecito* (che, dunque, l'agente, aveva il *potere giuridico* di infliggere), allorché l'agente abbia prospettato di far uso di questo potere per uno *scopo diverso* da quello per il quale il potere gli era stato attribuito dall'ordinamento[37].

Sulla base di questo ragionamento, resterebbe possibile – dopo la scomparsa della concussione – applicare il delitto di estorsione, ad es., nell'ipotesi del pubblico ufficiale che prospetti di *applicare al privato le sanzioni per illeciti da lui realmente commessi* (e dunque di far uso *legittimo* di un potere che l'ordinamento gli ha conferito), *a meno che* il privato non gli versi una cospicua somma in cambio della rinuncia ad esercitare tale potere; ovvero nell'ipotesi del funzionario preposto a una gara di appalto che prospetti la *mancata assegnazione di un contratto*, nell'ambito dei poteri discrezionali che la legge gli riconosce, *a meno che* il privato non si decida a 'oliare' il meccanismo con il pagamento di un'adeguata tangente. Con il risultato di punire gravemente, in queste ipotesi, il solo pubblico agente a titolo di estorsione, e di *assicurare ancora una volta l'impunità al privato*, in quanto *vittima* dell'estorsione medesima. Un risultato, questo, che si porrebbe però in diametrale contrasto con l'obiettivo di fondo poc'anzi enucleato, sul quale insistono tutte le organizzazioni internazionali: quello, cioè, di punire come *corruttore* il privato in queste ipotesi, nelle quali egli persegue pur sempre – e di fatto ottiene, mediante l'illecito pagamento – un *vantaggio indebito* (sottrarsi alle sanzioni legittimamente irrogabili nei suoi confronti; ottenere con sicurezza l'appalto, a scapito degli altri concorrenti).

36. Su questo rischio, cfr. giustamente Spena A., *Per una critica*, p. 219.

37. Ampiamente sul punto Gatta G.L., *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, Aracne, 2013, 187 ss., cui si rinvia anche per tutti gli indispensabili riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

Occorre, dunque, riflettere più a fondo, rispetto a quanto non abbiano fatto sinora i vari progetti di abolizione del delitto di concussione, sull'opportunità che sia lo stesso legislatore a tracciare una chiara linea di demarcazione tra le ipotesi in cui il privato debba essere punito (a titolo di corruzione attiva) e quelle in cui, all'opposto, meriti di andare esenti da pena.

Un recente e acuto lavoro monografico di Vincenzo Mongillo ha esattamente focalizzato, anche sulla scorta di abbondante materiale comparatistico, i termini della questione[38]. Da quell'analisi conviene qui attingere, distinguendo almeno tre classi fondamentali di ipotesi[39].

i) Nessun dubbio, anzitutto, che il privato debba andare esente da pena allorché versi denaro al pubblico agente perché costretto della *minaccia*, da parte di costui, dell'inflizione di un *male del tutto avulso dai poteri a lui attribuiti*: come nel caso, tratto dalla riflessione anglosassone, del pubblico agente che minaccia di far incendiare (evidentemente grazie ai buoni uffici di una organizzazione criminale 'amica') la piattaforma petrolifera di una società, a meno che essa non acconsenta a pagare una tangente[40]. Siamo qui all'interno del più classico paradigma dell'*estorsione*: la società è, semplicemente, *vittima* della condotta di un soggetto che si comporta, di fatto, come un comune criminale, senza nemmeno aver bisogno di strumentalizzare i propri poteri pubblicistici.

ii) Qualche dubbio potrebbe invece affacciarsi – e si affaccia, in effetti, nella riflessione internazionale – nell'ipotesi in cui il privato paghi sotto l'effetto della *minaccia*, da parte del pubblico agente, *di procurargli un danno ingiusto attraverso un uso illecito dei propri poteri* (e dunque *abusando* degli stessi): ad es., privandone indebitamente la libertà, ma anche negandogli o dilazionandone *ad infinitum* un beneficio cui corrisponde – al ricorrere di determinate fissate dalla legge – un preciso *diritto* del privato, che non dipende da alcuna valutazione discrezionale della pubblica amministrazione (ad es., ottenere un

38. Mongillo V., *La corruzione*, pp. 75 ss.

39. Mi limito qui a classificare le ipotesi fondamentali, cui tutte le altre dovrebbero essere ricondotte. Sono ben consapevole, peraltro, che la realtà fornisce una quantità infinita di sottoipotesi intermedie (peraltro dettagliatamente individuate e discusse in altro lavoro dell'autore: cfr. Mongillo V., *L'incerta frontiera*, p. 174 ss.), che rendono sempre difficile l'inquadramento del caso nell'una o nell'altra ipotesi fondamentali. Sul trattamento penalistico, *de iure condendo*, dei casi 'a cavallo' tra le ipotesi *sub (ii)* e *(iii)* cfr. comunque *infra*, § 4.4.

40. L'esempio è tratto dai lavori preparatori del *Foreign Corrupt Practices Act* del 1977, puntualmente citato da Mongillo V., *La corruzione*, p. 83 s.

documento, una licenza o un'autorizzazione che deve essere rilasciata al ricorrere di determinate condizioni fissate direttamente dalla legge).

Il messaggio convogliato da varie organizzazioni internazionali è che – salve le sole ipotesi in cui possa assumersi la sussistenza di un vero e proprio *stato di necessità*, in cui il pubblico agente minacci addirittura la vita, l'integrità fisica o la libertà personale del privato – quest'ultimo sarebbe tenuto a *resistere* alla richiesta, e a rifiutarsi conseguentemente di corrispondere il denaro preteso dal pubblico agente, *denunciandolo* immediatamente alle competenti autorità. Altrimenti, il privato dovrebbe essere sempre chiamato a rispondere per *corruzione attiva*, la sua condotta risolvendosi dopo tutto in una dazione di denaro a un pubblico agente in relazione al compimento, o al mancato compimento, di un atto del suo ufficio[41]. La punizione del privato sarebbe qui giustificata dall'esigenza di una *lotta senza quartiere contro ogni pratica corruttiva*, che comporta un coinvolgimento attivo e una corresponsabilizzazione del privato: il quale dovrebbe collaborare con le autorità nel denunciare ogni indebita richiesta da parte dei pubblici agenti, stroncando così sul nascere ogni tentativo di indebita locupletazione da parte di costoro.

Ma, come Mongillo giustamente rileva[42], una simile soluzione conculcherebbe – in nome del contrasto alla corruzione – principi fondamentali che governano la responsabilità penale: a tacer d'altro, sacrificherebbe lo stesso principio di eguaglianza, ponendo sullo stesso piano condotte assai diseguali per carica offensiva (il privato non collabora qui al compimento di una condotta ai doveri d'ufficio, e dunque ad una effettiva distorsione dell'attività della pubblica amministrazione, né crea il pericolo di una *futura* distorsione dell'attività amministrativa, come accade nel paradigma della corruzione per l'esercizio della funzione; ma si limita a cooperare – *obtorto collo* – ad un'ingiusta locupletazione altrui a proprio danno, secondo il classico paradigma dell'estorsione).

D'altra parte, punire il privato rischierebbe di suonare qui eccessivamente rigoroso e, dunque, *ingiusto*: sia in considerazione del timore ingenerato, con tutta probabilità, nel privato medesimo dalla richiesta del pubblico agente, timore che lo indurrà comprensibilmente a dubitare di poter trovare sostegno presso le altre istanze pubbliche alle quali dovrebbe rivolgersi per denunciare il fatto; sia, soprattutto, a fronte della considerazione che punire il privato equivarrebbe a infliggergli un *secondo male*, dopo quello già subito in conseguenza del pagamento estortogli da pubblico agente.

41. Mongillo V., *La corruzione*, p. 89 ss.

42. Mongillo V., *La corruzione*, p. 103.

Cornuto e mazziato, si è detto[43]: dapprima lo Stato, tramite un proprio agente, estorce indebitamente denaro dal privato; e poi il medesimo Stato, assunte le vesti del giudice penale, si affretta a punirlo per non aver resistito a quella pretesa. Un po' troppo, anche a fronte della necessità di una lotta senza quartiere a un fenomeno odioso come la corruzione.

iii) La soluzione della responsabilità del privato a titolo di corruzione appare invece senz'altro opportuna in una *terza* tipologia di situazioni, alla quale ci siamo più volte riferiti: quella, cioè, in cui il privato miri, attraverso l'illecito pagamento, non già a sottrarsi a un danno ingiusto, ma ad ottenere dal pubblico agente un *indebito vantaggio*, nei termini di esercizio in un suo favore di un potere discrezionale attribuito al pubblico agente (e necessariamente *viziato* dalla presenza dell'indebito compenso), o addirittura un vantaggio che al pubblico agente sarebbe stato vietato attribuire al privato. Il che vale, come si è visto, tanto nell'ipotesi in cui il privato aspiri ad ottenere un determinato provvedimento ampliativo della sua sfera giuridica (subordinato a una valutazione discrezionale da parte del pubblico ufficiale), quanto in quella in cui il privato miri ad evitare una sanzione che gli dovrebbe essere inflitta.

4.4. (Segue): d) l'opportunità di prevedere una clausola di non punibilità per la corruzione per l'esercizio delle funzioni in favore del privato che paga al solo scopo di evitare un danno ingiusto

Ora, per assicurare il risultato della *non punibilità* del privato nella seconda ipotesi (*ii*), e la sua *punibilità* nella terza (*iii*), conviene anzitutto considerare che il pagamento, o la promessa di pagamento, al pubblico agente da parte del privato integra di per sé gli estremi dei delitti di *corruzione attiva*, così come descritti dal codice penale negli artt. 318 e 319[44]; e più precisamente gli estremi di una corruzione attiva *propria* nell'ipotesi *sub (iii)*, in cui il pagamento avviene in vista dell'attribuzione al privato di un vantaggio illecito, che passa necessariamente per il compimento, da parte del pubblico agente, di un atto contrario ai doveri del proprio ufficio (o comunque al mancato compimento, o al ritardo nel compimento, di un atto dell'ufficio); e di una corruzione attiva *per l'esercizio delle funzioni* nell'ipotesi *sub (ii)*, in cui il pagamento avviene

43. Spena A., *Per una critica*, p. 215.

44. Cfr. ancora sul punto Spena A., *Per una critica*, p. 220: "non ci è dubbio che la condotta del privato, benché concusso, possieda nondimeno la struttura tipica di un fatto di corruzione attiva: il privato dà o promette al p.a. affinché questi compia, o non compia, un atto (conforme o contrario ai doveri) del suo ufficio".

affinché il pubblico ufficiale *non abusi delle proprie funzioni*, e dunque si astenga dall'esercitarle illegittimamente per recare un danno ingiusto al privato.

Ciò posto – e seguo qui da vicino la proposta di Mongillo[45], ispirata ad analoghi modelli presenti in varie legislazioni di *common law* –, il legislatore dovrebbe semplicemente limitarsi a chiarire, con una disposizione espressa contenuta nella stessa norma che sanziona la corruzione attiva per l'esercizio delle funzioni, che la norma *non si applica* nell'ipotesi *sub (ii)*: ossia nei confronti di chi si sia determinato al pagamento, o alla promessa di pagamento, *al solo scopo di evitare che il pubblico agente gli arrecasse un danno ingiusto*[46].

Una simile clausola chiarirebbe anzitutto senza equivoci la non punibilità del privato in queste ipotesi; e ciò anche laddove non sussistano le condizioni dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p., in ragione della natura meramente *patrimoniale* del pregiudizio prospettatogli dal pubblico agente.

D'altra parte, la subordinazione espressa della non punibilità alla condizione che il privato paghi *al solo scopo* di evitare un danno ingiusto evidenzia, *a contrario*, che il privato resterà punibile nell'ipotesi in cui il pagamento sia *altresì* finalizzato ad assicurarsi un vantaggio indebito: come nelle ipotesi, statisticamente assai frequenti, in cui il pubblico ufficiale *da un lato* minacci un danno ingiusto (ad es., l'illegittima esclusione da una gara di appalto), ma al tempo stesso prospetti – in cambio del pagamento di una tangente – un indebito beneficio al privato (ad es., la sicura aggiudicazione dell'appalto, in pregiudizio degli altri concorrenti)[47]. Qui, per quanto dura possa apparire la soluzione, occorre a mio avviso *punire* il privato, che finisce comunque per

45. Formulata nel suo volume del 2012, qui più volte citato, nel paragrafo che precede quello dedicato all'esame del progetto governativo poi sfociato nella leggen. 190/2012 (p. 126 ss.).

46. Mongillo V., *La corruzione*, p. 130.

47. *De iure condito*, l'opinione dominante – ratificata dalle stesse Sezioni Unite nella sentenza *Maldera* (p. 41 s.) – è che simili costellazioni casistiche vadano addirittura inquadrate nel paradigma della concussione 'costrittiva' di cui all'art. 317 c.p. novellato, anziché in quello dell'induzione indebita di cui all'art. 319-*quater* c.p.; con conseguente radicale *impunità* del privato che paga, evitando sì un danno ingiusto ma conseguendo altresì, allo stesso tempo, un indebito vantaggio. E ciò, quanto meno, qualora la prospettiva *de damno vitando* risulti, nella psiche dell'agente, "prevalente" rispetto a quella *de lucro captando* (così, ad es., Gatta, *La concussione riformata*, cit., p. 1581, in chiave adesiva rispetto alla prospettiva sviluppata dalle Sezioni Unite). Per una riconduzione di queste ipotesi – sempre in prospettiva *de lege lata* – al paradigma della nuova figura dell'induzione indebita, con conseguente (blanda) punibilità del privato, cfr. invece Mongillo V., *La corruzione*, p. 146.

avvantaggiarsi indebitamente della situazione; e punirlo *a titolo di corruzione attiva* (in questo caso *propria*, perché avente ad oggetto la compravendita di un atto contrario ai doveri d'ufficio, quale l'aggiudicazione di un appalto nell'ambito di una procedura in cui l'esercizio della discrezionalità da parte del pubblico agente ad essa preposto è in radice viziata dal pagamento della tangente, che ne condiziona *a priori* il risultato). Ancora una volta, *senza indebite vittimizzazioni o scuse parziali* (come quella garantita, oggi, dalla fattispecie di induzione indebita *ex* art. 319-*quater*, secondo comma, c.p.).

4.5. *(Segue): e) la necessità di una drastica limitazione dell'ambito applicativo del delitto di concussione e di un'abolizione del nuovo delitto di induzione indebita*

Per ciò che concerne invece la posizione del *pubblico agente*, il legislatore dovrebbe specularmente *restringere* l'alveo applicativo del delitto di concussione a quelle sole ipotesi in cui il pubblico ufficiale *costringa* il privato al pagamento (o alla promessa di pagamento) di denaro o altra utilità, attraverso la *minaccia di arrecare un danno ingiusto* al privato medesimo[48], ovvero a un prossimo congiunto o comunque a una persona a questi legata da reazione affettiva[49], mediante abuso dei propri poteri[50]; mentre potrà senz'altro essere *eliminata*, senza rimpianti, la nuova fattispecie di *induzione indebita*.

In tal modo, la concussione si configurerebbe – ancora più chiaramente di quanto avviene oggi – quale *ipotesi speciale di estorsione*, a consumazione

48. In questo senso, sostanzialmente, Mongillo V., *La corruzione*, p. 130. La proposta di eliminare, *de iure condendo*, la modalità *induttiva* dal paradigma della concussione, con contestuale sua confluenza nel paradigma della corruzione (cui corrisponde, oggi, l'abolizione *tout court* del nuovo reato di induzione indebita) non è, in verità, nuova (cfr. ad es. in questo senso già Fiandaca G., *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 897); nuova è però, a quanto mi consta, l'idea di limitare espressamente la concussione 'costrittiva' alla specifica modalità della *minaccia di un danno ingiusto*, su cui si impernia la proposta qui formulata. Naturalmente, nulla vieterà che la minaccia di un tale danno ingiusto – in conformità ai principi generali – possa anche essere *implicita*, purché inequivocabilmente percepita come tale (sulla cruciale distinzione tra minaccia implicita e timore reverenziale/*metus ab intrinseco*, cfr. ora la fondamentale analisi di Gatta G.L., *La minaccia*, p. 238 ss.).
49. Formulazione, questa, ripresa da quella che compare nell'art. 612-*bis* c.p.
50. Con correlativa espunzione, dunque, dal paradigma della concussione del mero abuso della qualità, che mal si concilia con il requisito della prospettazione di uno specifico danno ingiusto al privato.

anticipata (risultando qui sufficiente la mera *promessa* denaro o altra utilità), e caratterizzata dai *due elementi specializzanti* della *qualifica del soggetto attivo* e della *particolare modalità commissiva*, circoscritta alla *minaccia* (con esclusione dunque della violenza, incompatibile con l'idea dell'*abuso* dei poteri propri della qualifica pubblicistica rivestita); e, più in particolare, alla sola *minaccia di un danno qualificabile esso stesso in termini di ingiustizia* (con esclusione dunque di quella tipologia di situazioni, pure ricondotte dalla giurisprudenza allo schema dell'estorsione mediante minaccia, in cui l'agente prospetta l'inflizione di un danno che gli sarebbe lecito causare, ma per scopi diversi da quelli in vista dei quali il potere gli è stato conferito).

In queste ristrette ipotesi, e solo in esse, il *pubblico agente* dovrebbe dunque continuare ad essere *punito per concussione*; mentre il *privato* andrebbe *esente da pena* non solo (come oggi avviene) in forza di una non irresistibile interpretazione teleologica della fattispecie di concussione[51] (secondo cui chi è vittima di un reato non può essere considerato come concorrente nel reato medesimo), ma anche e soprattutto perché la sua non punibilità sarebbe espressamente sancita dalla corrispondente clausola di non punibilità contenuta nella norma sulla corruzione per l'esercizio delle funzioni, di cui abbiamo detto poc'anzi.

Al contrario, laddove il pubblico agente prospetti al privato un indebito vantaggio in cambio della dazione o promessa di denaro o altra utilità, *entrambi dovrebbero essere puniti a titolo di corruzione propria*: rispettivamente, dal lato passivo o attivo. Senza che possa più rilevare, a questo punto, la situazione di soggezione psicologica, o addirittura di *metus*, che il privato assuma di avere vissuto nel suo rapporto con il pubblico agente[52].

---

51. Giustamente criticata da Spena A., *Per una critica*, p. 219.

52. La formulazione particolarmente restrittiva della clausola di non punibilità che qui si immagina per la norma in materia di corruzione attiva per l'esercizio delle funzioni ("non è punibile chi abbia commesso il fatto *al solo scopo* di evitare un danno ingiusto…") spalanca d'altronde la possibilità – già messa in conto da Mongillo V., *La corruzione*, p. 130 – di ipotizzare un differente titolo di responsabilità per il pubblico agente e il privato, nelle ipotesi in cui il primo prospetti al secondo *sia* un danno ingiusto (ad es.: esclusione illegittima da una gara d'appalto in caso di mancato pagamento della tangente) *sia* un vantaggio indebito (ad es.: assegnazione dell'appalto in caso di pagamento della tangente). Il pubblico agente risponderebbe, in una tale ipotesi, per concussione, mentre il secondo (perseguendo *anche* un vantaggio indebito, derivante da un uso illegittimo dei poteri del pubblico agente) dovrebbe rispondere per corruzione attiva per atto contrario ai doveri d'ufficio: ciò che implicherebbe il definitivo superamento di quello che è stato felicemente definito in dottrina (Spena A., *Per una critica*, p. 215 ss. e, *amplius*, Id., *Il "turpe mercato". Teoria e riforma dei*

Resterebbe, a questo punto, soltanto qualche dubbio sui casi limite – su cui si soffermano da ultimo le Sezioni Unite nella sentenza sull'induzione indebita – del paziente gravemente malato che paga il medico per 'scavalcare' la lista d'attesa, o della prostituta che si concede al poliziotto per evitare di essere espulsa in quanto priva di documenti di soggiorno: casi nei quali la soluzione qui proposta condurrebbe a ravvisare una corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio, punibile tanto dal lato del pubblico agente quanto dal lato del privato. Ma proprio in casi come questi il giudice non dovrebbe mai scordarsi della presenza, nel sistema, della scriminante dello *stato di necessità*, che può operare (*ex* art. 59, comma quarto, c.p.) anche nella forma putativa: ferma restando la punizione del medico e del poliziotto (a titolo di corruzione propria passiva, che peraltro ben potrebbe concorrere con l'estorsione nel primo caso e con la violenza sessuale nel secondo), il paziente e la prostituta potrebbero egualmente andare esenti da pena – nonostante l'oggettiva *ingiustizia* del vantaggio da essi ottenuto – in ragione della situazione di *pericolo* (reale o percepito come tale, poco importa) per la propria *vita*, nel caso del paziente, e comunque per il complesso della propria *esistenza*, nel caso della prostituta straniera.

4.6. (Segue): f) ulteriori possibili interventi

Una volta che ci si sia liberati del fardello dell'induzione indebita, e si sia drasticamente limitato il raggio d'azione di una fattispecie di concussione concepita quale forma speciale di estorsione, realizzata dal pubblico agente mediante la prospettazione al privato di un danno ingiusto conseguente ad un esercizio abusivo dei propri poteri, il quadro delle altre fattispecie incriminatrici vigenti potrà restare sostanzialmente inalterato, sulla base della logica 'a gradini' introdotta dalla riforma (traffico di influenze, corruzione per l'esercizio delle funzioni, corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio). Decisamente opportuno parrebbero soltanto un *superamento dell'attuale irragionevole distinzione fra millantato credito e traffico di influenze*, che dovrebbero fondersi – secondo quanto inutilmente invocato durante i lavori preparatori della riforma del 2012[53] – in un'unica fattispecie che non distingua più tra i casi di influenza reale e soltanto vantata del mediatore sui pubblici agenti; e un *ritocco dei quadri sanzionatori* delle norme incriminatrici esistenti, che muova dall'esigenza

delitti di corruzione pubblica, Milano, Giuffrè, 2003, p. 538 ss.) come il "dogma della mutua esclusività" della concussione e della corruzione attiva.

53. Dolcini E., Viganò F., *Sulla riforma*, p. 239 s.

di una pena più elevata per il traffico di influenze, la cui gravità è stata probabilmente sottostimata dal legislatore sia nel 2012 sia nel 2015.

Ancora, nulla vieterà *a priori* di pensare – per stimolare la collaborazione con le autorità inquirenti dei partecipi del patto corruttivo – a *sconti di pena* o addirittura a *cause di non punibilità* in favore di chi denunci il fatto entro un dato termine (secondo il modello dall'art. 426 del codice penale spagnolo), o di chi comunque collabori efficacemente con le indagini, così come proposto ancora una volta dal "progetto di Cernobbio". Bisognerà, beninteso, bilanciare attentamente *pro* e *contra* di simili prospettive: ma, certo, si tratterebbe di soluzioni in ogni caso preferibili, se non altro perché più trasparenti e controllabili, rispetto all'attuale situazione di sostanziale arbitrio delle procure nella scelta se contestare al pubblico agente una concussione (con conseguente impunità del privato) o, all'opposto, una mera corruzione passiva[54].

4.7. Conclusioni

Occorrerà coraggio, dicevo, per mettere mano alla riforma lungo queste direttrici; e occorrerà soprattutto una precisa *visione* del futuro del nostro paese, che rinunci una volta per tutte all'idea che gli italiani sono, per qualche ragione, *diversi* dal resto del mondo. Abbiamo, è vero, la mafia e la 'ndrangheta, e una quantità di amministratori corrotti, che altri paesi per loro fortuna non hanno, o hanno in misura ridotta rispetto a noi. Ma sarebbe miope, ed anzi suicida, rassegnarsi a questa realtà, e abbassare così le pretese di rispetto della legge che ogni altro Stato rivolge ai propri cittadini[55].

---

54. Palazzo F., *Concussione, corruzione e dintorni*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*,n. 1, 2012, p. 230.

55. Per questa ragione – che è assieme culturale e di politica del diritto – mi permetto di dissentire rispetto all'autorevole opinione espressa da Romano M., «I delitti contro la pubblica amministrazione», secondo il quale persino l'assoggettamento del privato alla (tenue) sanzione di cui all'art. 319-*quater*, comma secondo, c.p., lascerebbe perplessi. "Può darsi" – argomenta Romano – "che in Paesi dove i rapporti tra cittadino e pubblica autorità si instaurano su un terreno di piena omogeneità una tale intransigenza di principio sia opportuna, ma da noi, considerata la tuttora diffusa percezione di una p.a. sovraordinata, spesso propensa a 'concedere' servizi piuttosto che a ordinariamente 'fornirli' all'utente su un piano di 'democratica' parità, la soluzione potrebbe risultare prematura". Proprio questo, mi pare, è il dilemma: ci si dovrà proprio rassegnare alla constatazione che l'Italia non è come gli altri Paesi, a causa del fardello di un'amministrazione pubblica proterva e rapace? O potremo invece provare a convogliare anzitutto a noi stessi, e a scommettere su, un'immagine diversa del nostro paese e della nostra stessa pubblica amministrazione, che è fatta in gran parte di uomini e donne di assoluta integrità morale?

Bisognerà guardare, invece, al futuro di un paese nel quale le pratiche corruttive non dovranno avere più alcun diritto di cittadinanza, e non continuare – come oggi – ad essere comprese e scusate, se non in casi davvero estremi come quelli dei casi limite su cui ha riflettuto recentemente la Cassazione: giacché un conto è il caso della prostituta nigeriana del cui corpo, e della cui anima, abusano poliziotti senza scrupoli, ventilandole la prospettiva di una sua immediata espulsione; un altro conto è il caso dell'imprenditore che si adatta, *bon gré mal gré*, a un sistema malato per cui ogni appalto ha un prezzo occulto, che bisogna pagare per poter lavorare. Una buona norma non si costruisce su casi limite, come quello della prostituta; bensì sui casi statisticamente più frequenti, come quello dell'imprenditore che paga amministratori corrotti per poter lavorare, ottenendo però in cambio la prospettiva di un *sicuro beneficio* (l'assegnazione dell'appalto a scapito dei suoi concorrenti), che *falsa le regole della lecita concorrenza*, e i cui *costi aggiuntivi* (in termini di 'mazzette' ai pubblici ufficiali) finiranno per *ricadere sull'intera collettività*. Ben potrà il giudice, nella commisurazione della pena, tener conto della difficile situazione in cui si è trovato l'imprenditore, e differenziare opportunamente, facendo uso dei poteri attribuitigli dall'art. 133 c.p., la pena da infliggere a lui e al pubblico agente[56]; ma l'ordinamento ha tutto il diritto, e fors'anche il dovere di stigmatizzare senza equivoci come *corruttiva* la condotta di quest'ultimo, così come accade in tutti gli altri ordinamenti europei.

Cambiare, dopo tutto, si può – e lo dimostrano i successi delle nostre forze dell'ordine, coordinate dalle procure italiane, nella scoperta di fatti di corruzione diffusa, legata a doppio filo con la criminalità organizzata –; e un aiuto prezioso per comprendere quale sia la strada per cambiare ci potrà venire dal confronto con l'Europa, e con il resto del mondo. Senza ripiegarci, ancora una volta, sulle nostre polverose tradizioni, e in definitiva sulle nostre miserie.

5. Bibliografia

BALBI G. *Sulle differenze tra i delitti di concussione e di induzione indebita a dare o promettere utilità*, in *Dir. pen. cont.,* 16.11.2014.

56. Così anche Pulitanò D., *La novella*, p. 11, il quale altresì osserva che "la costruzione di una fattispecie generale di corruzione [destinata a ricomprendere le ipotesi oggi rientranti nella concussione o nell'induzione indebita] presenterebbe il vantaggio di una drastica semplificazione e della sdrammatizzazione della difficoltà di distinguere, nei casi concreti, fra rapporti paritari di scambio corruttivo e rapporti in varia misura segnati dalla posizione di superiorità e da condotte 'induttive ' del pubblico agente".

BARTOLI R. *Le Sezioni unite tracciano i confini tra concussione, induzione e corruzione*, in *Giur. it.*, 2014.

DI MARTINO A. *Le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione*, in Mattarella B.G., Pelissero M. (coord.), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013.

DOLCINI E., Viganò F. *Sulla riforma in cantiere dei delitti in materia di corruzione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*,n. 1, 2012.

DONINI M. *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro*. Note critiche a SS.UU, 24 ottobre 2013-14 marzo 2014,n. 2180, Cifarelli, Maldera e a., e alla l.n. 190 del 2012», in *Cass. pen.*, 2014.

FIANDACA G. Musco E., *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, V ed., Bologna, Zanichelli, 2012.

GATTA G.L. *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, Aracne, 2013.

GATTA G.L. *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e 'induzione indebita':* minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito», *Dir. Pen. cont.*, 17.03.2014.

GATTA G.L. *La concussione riformata, tra diritto penale e processo*. Note a margine di un'importante sentenza delle Sezioni Unite, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014.

MONGILLO v. *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, ESI, 2012.

MONGILLO v. *L'incerta frontiera:* il discrimine tra concussione e induzione indebita nel nuovo statuto penale della pubblica amministrazione, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*,n. 3, 2013.

PADOVANI T., «Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e di corruzione», in *Arch. pen.*, 2012, p. 788 ss.

PALAZZO F. *Concussione, corruzione e dintorni*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*,n. 1, 2012.

PALAZZO F. *Gli effetti "preterintenzionali" delle nuove norme penali contro la corruzione*, in Mattarella B.G., Pelissero M. (coord.), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013.

PISA p. *Una sentenza equilibrata per un problema complesso*, in *Dir. pen. proc.*, 2004.

PIVA D. *'Alla ricerca dell'induzione perduta':* le Sezioni Unite tentano una soluzione, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*,n. 2, 2014.

PULITANÒ D. *La novella in materia di corruzione*, in *Cass. pen.*, suppl.n. 11, 2012.

ROMANO M. *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Commentario sistematico*, III ed., Milano, Giuffrè, 2013

SEMINARA S. *I delitti di concussione e induzione indebita*, in Mattarella B.G., Pelissero M. (coord.), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013.

SEMINARA S. *Concussione e induzione indebita al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*,n. 2, 2014.

SESSA A. *Concussione e induzione indebita:* il formante giurisprudenziale tra legalità in the books e critica dottrinale, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*,n. 1, 2015.

SPENA A. *Il "turpe mercato". Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2003.

SPENA A. *Per una critica all'art. 319-quater c.p.*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*,n. 3, 2013.

VALENTINI v. *Dentro lo scrigno del legislatore penale*, *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*,n. 2, 2013.

VALENTINI v. *Ancora sulla frattura della disposizione ex art. 317 c.p.* Qualche rapido spunto in attesa delle Sezioni Unite, in *Arch. pen.*, 2013.

VALENTINI v. *Le Sezioni Unite e la politica giudiziaria delle dimensioni parallele*, in *Arch. pen.*,n. 2, 2014.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A responsabilidade penal da pessoa jurídica no sistema italiano – Criminal liability of legal entity in italian system, de Maristella Amisano Tesi – *RDBra* 3/303 (DTR\2012\450701);
- Il diritto penale tra globalizzazione e post secolarismo, de Giovanni Fiandaca e Enzo Musco – *RBCCrim* 76/22-57 (DTR\2009\16); e
- Sobre la corrupción entre particulares convenios internacionales y derecho comparado, de Ignacio Berdugo Gómez de La Torre e Giorgio D. M. Cerina – *RBCCrim* 89/159-214 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 4/453-478 (DTR\2011\1331).

Corrupção, democracia e judiciário no discurso de ministros do Supremo Tribunal Federal (2013-2016)

Corruption, democracy and citzenship: a discourse analysis of the Brazilian Supreme Court Justices

Frederico de Almeida

Doutor em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (2010). Professor do Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas.
almeidaf@unicamp.br

David da Silva Pereira

Doutor em Ciência Política pelo Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas (2013). Professor do Magistério Superior da Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Campus Cornélio Procópio.
davidpereira@utfpr.edu.br

Fabiula Bernardes Barbosa

Advogada. Pós-graduada em Ciências Criminais e Direito Processual Civil pela Escola Superior de Direito (2016).
fabiulab@hotmail.com

Jéssica Andrieta

Graduanda em Ciências Sociais pelo Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas.
jessica.andrieta@hotmail.com

Marília Martins de Souza

Bacharel em Direito pela Metrocamp – IBMEC (2014). Advogada.
mariliamartinssouza@gmail.com

Wilder de Lazari Araujo

Bacharel em Ciências Sociais com habilitação em Antropologia (2015). Licenciado em Ciências Sociais (2015).Graduando em Ciência Política pelo Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas.
wilderdelazari@gmail.com

Recebido em: 02.04.2017
Aprovado em: 27.04.2017
Última versão dos autores: 28.04.2017

Almeida, Frederico de; Pereira, David da S.; Barbosa, Fabiula B.; Andrieta, Jéssica; Souza, Marília M. de; Araujo, Wilder de L. Corrupção, democracia e judiciário no discurso de ministros do Supremo Tribunal Federal (2013-2016). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 134. ano 25. p. 63-86. São Paulo: Ed. RT, ago. 2017.

Áreas do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: Uma das dimensões do protagonismo judicial contemporâneo é o posicionamento público de juízes e tribunais a respeito de temas candentes do debate político, não apenas por meio de decisões judiciais que impactam as relações sociais e políticas, mas também por meio de discursos, entrevistas, artigos e outras manifestações difundidas especialmente pelas mídias. Entre esses temas, está o do combate criminal à corrupção, que evidencia tensões entre pressões da opinião pública e o papel dos tribunais em garantir os direitos dos acusados e o devido processo legal, bem como em introduzir e desenvolver inovações legislativas e processuais aptas ao enfrentamento de uma modalidade de criminalidade sofisticada e de grande opacidade. O objetivo do presente artigo é identificar no discurso de ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) suas percepções e afirmações sobre a corrupção no Brasil, e as conexões, sobreposições e oposições que eles estabelecem entre essa questão e os temas da democracia, dos direitos de cidadania e do próprio papel do Judiciário no enfrentamento do problema. Pretende-se, dessa forma, contribuir para o esclarecimento dos sentidos que o combate criminal à corrupção assume na conformação atual do protagonismo judicial, tendo por foco um de seus atores institucionais centrais no Brasil.

Palavras-chave: Judiciário – Supremo Tribunal Federal – Protagonismo judicial– Democracia – Corrupção.

Abstract: One of the dimensions of contemporary judicial protagonism is the public standing of judges and courts on main issues of the politic debate, not just by judicial decisions which affects social and political relations, but also by speeches, interviews, articles and others expressions widespread by media. One of these issues is the criminal prosecution of corruption, which shows tensions between the pression from public opinion and the role of courts in assuring the rights of the defendant and the correct process of law, as well as introducing and developing legal and procedural innovations able to face a sophisticated and opaque criminality. This article objective is to identify in the discourse of the ministers from Federal Supreme Court their perceptions of corruption, and the connections, overlaps and oppositions of that issue and the problems of democracy, citizenship rights, and the role of the judicial system in facing the matter. The objective is to clarify the meanings that the criminal prosecution against corruption get in the current scenario of judicial protagonism, by understanding one of its main institutional actors in Brazil.

Keywords: Judiciary – Federal Supreme Court – Judicial protagonism – Democracy – Corruption.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Os Ministros e seus discursos. 3.1. Cidadania e democracia. 3.2. Corrupção e financiamento de campanhas eleitorais. 3.3. Sistema político e partidos políticos. 3.4. O STF e o Judiciário. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas

1. Introdução

Uma das dimensões do protagonismo judicial contemporâneo é o posicionamento público de juízes(as) e tribunais a respeito de temas candentes do

debate político, não apenas por meio de decisões judiciais que impactam as relações sociais e políticas, mas também por meio de discursos, entrevistas, artigos e outras manifestações difundidas especialmente pelas mídias. Entre esses temas, está o do combate à corrupção e o da "criminalidade dos poderosos" [1], que evidencia tensões entre pressões da opinião pública e o papel dos tribunais em garantir os direitos dos acusados e o devido processo legal, bem como em introduzir e desenvolver inovações legislativas e processuais aptas ao enfrentamento de uma modalidade de criminalidade sofisticada e de grande opacidade.

No Brasil, desde os anos 1990, o combate criminal à corrupção tem sido vetor do protagonismo do Judiciário e do Ministério Público, tendo sido potencializado e ampliado para o nível federal especialmente após o chamado "mensalão", com participação central do Ministério Público Federal, da Polícia Federal e do Supremo Tribunal Federal[2]. O caso mais recente da Operação Lava Jato esteve no centro da crise política que acometeu o país desde as eleições nacionais de 2014, dando ao protagonismo judicial feições de verdadeira cruzada moral de depuração da política.[3] Mais especificamente, por meio da

1. Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação. *Sociologias* 7, n. 13 (2005): 82-109; SOUSA SANTOS, Boaventura de; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Oficina do CES (Coimbra, 1995).
2. Sobre a articulação institucional de nível federal e o papel da Polícia Federal, ver: ARANTES, Rogério B. Polícia Federal e construção institucional. In *Corrupção e Sistema Político no Brasil*, org. Leonardo Avritzer e Fernando Filgueiras (Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011), 99-132; ARANTES, Rogério B. *Rendición de cuentas y pluralismo estatal en Brasil:* Ministerio Público y Policía Federal. *Desacatos*,n. 49 (2015): 28-47; ARANTES, Rogério B. The Federal Police and the Ministério Público. In *Corruption and Democracy in Brazil*, org. Timothy Power e Matthew Taylor (Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2010), 184-217. Sobre combate judicial à corrupção em nível local, ver DA ROS, Luciano. *Mayors in the Dock: Judicial Responses to Local Corruption in Brazil*. (University of Illinois at Chicago, 2014); Sobre o papel do Judiciário no combate criminal à corrupção, ver SCHILLING, Flávia. O estado do mal-estar: corrupção e violência. *São Paulo em Perspectiva* 13,n. 3 (1999): 47-55.
3. ALMEIDA, Frederico de. Justiça, combate à corrupção e política: uma análise a partir da Operação Lava Jato. *Revista Pensata* 5,n. 2 (2016): 69-82; KOERNER, Andrei; SCHILLING, Flávia. O Direito regenerará a República? Notas sobre política e racionalidade jurídica na atual ofensiva conservadora. In *Direita, volver! O retorno da direita e o ciclo político*, org. Sebastião Velasco e Cruz, André Keysel, e Gustavo Codas (São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2015), 75-89; ENGELMANN, Fabiano. Julgar a política, condenar a democracia? Justiça e crise no Brasil. *Revista Conjuntura Austral* 7, n. 37 (2016): 9-16.

mobilização de inúmeras inovações legais, investigativas e processuais, e de uma bem articulada relação com a mídia e a opinião pública, a citada Operação tem levantado o debate em torno do aparente conflito que se instaura entre a capacidade de persecução penal e a defesa do interesse público contra a corrupção de um lado, e o respeito às garantias fundamentais dos acusados e a supremacia da vontade popular eleitoral, de outro.[4]

Como já argumentado em diversos estudos sobre o protagonismo judicial, não se pode compreender as expectativas sociais sobre o combate criminal à corrupção de maneira separada da centralidade que o Judiciário assume em outras esferas da vida social, especialmente na resolução de conflitos privados, na garantia de direitos sociais e na efetivação de políticas públicas. Também conforme esses estudos, a visibilidade do Judiciário e suas relações com a mídia e a opinião pública são elementos centrais do protagonismo judicial contemporâneo.[5]

O objetivo do presente artigo é identificar no discurso de ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) suas percepções e afirmações sobre a corrupção no Brasil, e as conexões, sobreposições e oposições que eles estabelecem entre essa questão e os temas da democracia, dos direitos de cidadania e do próprio papel do Judiciário no enfrentamento do problema. Pretende-se, dessa forma, contribuir para o esclarecimento dos sentidos que o combate criminal à corrupção assume na conformação atual do protagonismo judicial, tendo por foco um de seus atores institucionais centrais.

2. Metodologia

Os discursos analisados foram extraídos de entrevistas com ministros do STF, disponíveis no sítio oficial do tribunal na Internet, na pasta eletrônica de cada ministro[6]. Embora cientes de que esse material não esgota o universo das manifestações públicas dos membros do Supremo, a opção pela seleção das

4. Cf. ALMEIDA. *Justiça, combate* à *corrupção e política:* uma análise a partir da Operação Lava Jato; ENGELMANN. *Julgar a política, condenar a democracia?* Justiça e crise no Brasil, op. cit.

5. Luiz Werneck Vianna et al., *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil* (Rio de Janeiro: Revan, 1999); SANTOS, MARQUES, e PEDROSO. Os tribunais nas sociedades contemporâneas; GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia:* o guardião de promessas (Rio de Janeiro: Revan, 1999).

6. Disponíveis em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaMinistro]. Acesso em: 28.03.2017.

fontes a partir do sítio oficial e das pastas individuais (organizadas e mantidas pela assessoria de comunicação da corte) se justifica pelo fato de que é razoável admitir que o material ali depositado representa posicionamentos selecionados e aptos à divulgação de um ponto de vista da comunicação oficial do tribunal e seus (suas) juízes(as).

Inicialmente, foram definidos seis temas amplos como filtro para a seleção e para a codificação das entrevistas contidas na pasta de cada ministro: *corrupção*, *sistema político*, *partidos*, *Judiciário*, *cidadania* e *democracia*. Posteriormente, numa primeira leitura, foram definidos códigos específicos para dois elementos que se repetiam nas entrevistas selecionadas: percepções sobre o *papel específico do STF* e sobre *financiamento de campanhas*.[7]

Foram selecionadas para análise 16 entrevistas. O período dessas manifestações se estendeu de novembro de 2013 a junho de 2016. O recorte temporal se justifica por ser este o período no qual todos os ministros da composição analisada passaram a integrar a corte, excluindo da análise, portanto, ministros que já haviam deixado o cargo à época da seleção das entrevistas.

O recorte temporal traz outros elementos importantes para a análise: o período selecionado se situa após a conclusão do julgamento da Ação Penal 470 (conhecida como "mensalão") pelo STF e cobre praticamente todo o período da Operação Lava Jato, ainda em andamento quando concluímos a pesquisa; ademais, trata-se do período posterior às manifestações populares de junho de 2013, que inauguraram um novo ciclo de protestos que iria se desdobrar nas mobilizações contra a corrupção, de apoio à Lava Jato, e favoráveis ou contrárias ao impeachment de Dilma Rousseff[8], e que configuram um contexto de tensões e disputas sobre os sentidos do combate à corrupção, da democracia e da cidadania, e da posição do Judiciário em relação a esses temas.

A sistematização da codificação das entrevistas feita a partir dos temas selecionados previamente (ou que emergiram da primeira leitura) permitiu a identificação de associações, conexões ou sobreposições entre eles nos discursos

7. Utilizamos aqui as técnicas de codificação em dois níveis, com emprego de códigos preliminarmente definidos e código *in vivo*, sugerida em Johnny Saldaña, *The Coding Manual for Qualitative Researchers* (London: Sage, 2009).

8. Nesse sentido, ver TATAGIBA, Luciana. 1984, 1992 e 2013. Sobre ciclos de protestos e democracia no Brasil. *Política & Sociedade* 13, n. 28 (2014): 35-62; TATAGIBA, Luciana; TRINDADE, Thiago; TEIXEIRA, Ana Claudia Chaves. Protestos à direita no Brasil (2007-2015), in *Direita, volver! O retorno da direita e o ciclo político*, org. Sebastião Velasco e Cruz, André Kaysel, e Gustavo Codas (São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2015), 197-212.

dos ministros; a partir dessa sistematização, foi possível reconstruir os sentidos atribuídos pelos ministros analisados à corrupção num regime democrático, às suas causas e aos meios eficazes de combate, e a relações que essas questões estabelecem com os direitos de cidadania, as funções sociais e políticas do Judiciário e o contexto político contemporâneo brasileiro. Nesse aspecto, o presente trabalho se vale da análise do discurso como "disciplina de interpretação"[9] dos sentidos dos discursos como instrumentos de ação política, a partir das relações que se estabelecem entre sua expressão material (as entrevistas), seus sujeitos (membros do STF), contexto histórico (percepções expressas ou influências perceptíveis do combate à corrupção e da crise política) e ideologia (visões de mundo sobre o direito, a democracia, a cidadania etc.).[10]

Como disciplina de interpretação, a análise de discurso – pensada em termos da articulação entre *expressão material*, *sujeitos*, *contexto histórico* e *ideologia* – foi utilizada como eixo de uma análise interpretativa mais ampla, concebida como uma forma de *compreensão*, uma atividade intelectual de atribuição de sentido a ações sociais. A compreensão do sentido não deve apenas expressar o sentido vivido expresso pelos agentes estudados e apreendido empiricamente pelo pesquisador; ela deve buscar reconstruir os elementos que configuram o contexto cultural da ação e estabelecer – por inferências a partir de ouras evidências empíricas, imputações intelectuais, deduções lógicas e outras operações de conhecimento racional (como a analogia) – um sentido que, explicado pelo analista ao seu público, faça *sentido* e seja *compreensível*.[11]

Dessa forma, e apesar do material reunido dizer respeito a seis dos 11 ministros da composição do tribunal à época da pesquisa, acredita-se que o conjunto das falas funciona como um possível indicador do posicionamento institucional – ou das possibilidades de construção de um posicionamento institucional a partir das divergências, aproximações, ações individuais e coletivas mantidas por ministros ou grupos de ministros – no debate político contemporâneo sobre protagonismo judicial, combate à corrupção, democracia e cidadania.

---

9. Cf. CAREGNATO, Rita Catalina Aquino; MUTTI, Regina. Pesquisa qualitativa: análise de discurso versus análise de conteúdo. *Texto & Contexto Enfermagem* 15, n. 4 (2006): 680.

10. PÊCHEUX, Michel. *Semântica e discurso:* uma crítica à afirmação do óbvio. 3º ed. (Campinas: Editora da UNICAMP, 1997); CAREGNATO e MUTTI. *Pesquisa qualitativa:* análise de discurso versus análise de conteúdo. op. cit.; ROCHA, Décio; DEUSDARÁ, Bruno. *Análise de conteúdo e análise do discurso:* o linguístico e seu entorno. *D.E.L.T.A.* 22, n. 1 (2006): 29-52.

11. Nesse sentido, ver WEBER, Max. *Economia e Sociedade* .Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

3. Os Ministros e seus discursos

Dos 11 membros que compunham o STF à época da coleta[12], seis tiveram entrevistas sobre os temas em análise veiculadas pela imprensa e arquivadas em suas pastas eletrônicas: Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Roberto Barroso. O ministro que mais vezes se manifestou foi Roberto Barroso, do qual foram analisadas quatro entrevistas cujo conteúdo abarca os temas selecionados para reflexão; sendo seguido por Gilmar Mendes, e Cármem Lúcia, ambos com três entrevistas; e, em sequência, por Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Dias Toffoli, esses últimos com apenas duas entrevistas atinentes aos temas aqui analisados. Essa diferença de intensidade dos posicionamentos públicos será analisada mais adiante.

Para fins de exposição e análise, os oito temas identificados acima foram associados dois a dois, conforme sua maior conexão percebida na análise, da seguinte forma e sequência: *democracia* e *cidadania*; *corrupção* e *financiamento de campanhas eleitorais*; *sistema político* e *partidos políticos*; *STF* e *Judiciário*. É preciso mencionar que apesar de serem temas "abertos", cada um desses elementos funcionou como catalisador dos posicionamentos dos ministros com vistas à compreensão dos significados do conjunto dos discursos. Assim, são temas que estão invariavelmente articulados entre si, e que foram fragmentados como método de investigação, codificação e interpretação, e, ao final da análise, articulados entre si para a compreensão do discurso de maneira unitária.

3.1. Cidadania e democracia

Sobre cidadania, não foram encontrados posicionamentos expressos de Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Cármen Lúcia compreende que a cidadania e a democracia se *aprendem*, e que o Brasil vem se desenvolvendo nesse campo, a partir do "incomodar-se" e do "desincomodar-se"[13]; esse comportamento seria recente e existiria como resultado da regularidade institucional vivida nas últimas décadas. Como consequência, a busca por direitos

12. As entrevistas foram identificadas e selecionadas para análise entre novembro e dezembro de 2016. Fazia parte da composição do STF, à época, o ministro Teori Zavascki, morto em acidente aéreo em janeiro de 2017, em cuja pasta, contudo, não foram encontradas entrevistas que abordassem os temas aqui analisados.

13. Cármen Lúcia Antunes Rocha. Entrevista publicada pela revista *Veja* em 14.09.2014, p. A02. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/CarmenLucia/Entrevistas/2014_set_17.pdf]. Acesso em: 27.11.2016.

através do Judiciário viria crescendo e, por essa razão, seria necessário que a instituição se repensasse para "comportar a cidadania em juízo"[14].

Roberto Barroso também pensa a cidadania em termos de *evolução* e *aprendizado*; segundo ele, o Brasil passa por uma "crise de amadurecimento, que decorre de uma cidadania que se tornou mais consciente, mais exigente e, de certa forma, mais participativa", o que valora como "bom"[15]. Porém, acha que as instituições não amadureceram na mesma medida: apesar de certa evolução, sofrem para acompanhar a demanda do cidadão

Ineficiência institucional e crise também são elementos da avaliação que Ricardo Lewandowski faz da cidadania. Esse ministro identifica uma insatisfação popular devido à ineficiência das políticas públicas. Ele vê, ainda, a necessidade de trazer o cidadão para responsabilizar-se pela "recomposição da ordem jurídica rompida", em contexto que defende a "desjudicialização, por meio de formas alternativas de solução dos conflitos".[16]

Quanto à democracia, apenas Dias Toffoli não se manifestou diretamente. Cármen Lúcia afirma que a democracia "vive da confiança que o cidadão tem em suas instituições", pois, caso contrário, "por que ele vai pagar impostos e se submeter *às* leis, se ele não recebe aquilo que foi garantido pelo sistema jurídico e político?"[17] Percebe-se, nesta afirmação, uma substituição importante dos termos *Estado* e *governo*, pelas expressões *sistemas jurídico* e *político*, exatamente nessa ordem, o que pode ser significativo de sua percepção sobre o protagonismo do Judiciário no pós-Constituição de 1988. Quanto às manifestações populares recentes, afirma serem "um sintoma do amadurecimento democrático".[18] Ainda sobre a democracia, conclui que "é a melhor forma de governo"[19], pois a alternativa ao debate e à política democrática seria a guerra.

14. Cármen Lúcia Antunes Rocha. Entrevista publicada pelo jornal *Correio Braziliense* em 20.09.2015, p. 15. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/CarmenLucia/Entrevistas/2015_set_20.pdf]. Acesso em: 27.11.2016.
15. Luís Roberto Barroso. Entrevista publicada pela revista *Época* em 22.02.2015, p. 32. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/RobertoBarroso/Entrevista/1025190.pdf]. Acesso em: 21.11.2016.
16. Enrique Ricardo Lewandowski. Entrevista publicada pela revista *FGV Projetos,* n. 26 em dezembro de 2015, p. 13. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/RicardoLewandowski/Entrevistas/2015_dez.pdf]. Acesso em: 21.11.2016.
17. Cármen Lúcia Antunes Rocha. Entrevista publicada pela revista *Época* em 17.04.2016, p. 52. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/CarmenLucia/Entrevistas/2016_abr_18.pdf]. Acesso em: 27.11.2016.
18. Rocha. Entrevista publicada pelo jornal *Correio Braziliense* em 20.09.2015, op. cit.
19. Rocha. Entrevista publicada pela revista *Época* em 17.04.2016, op. cit.

Já Ricardo Lewandowski se apresenta como um defensor da "democracia participativa, mas como um complemento da democracia representativa", esta, insubstituível. Considera as manifestações populares como iniciativas incipientes da democracia brasileira.[20]

Articulando mais diretamente a relação entre democracia e corrupção, Gilmar Mendes fala de uma "democracia totalmente falseada"[21], ao se referir à possibilidade de perpetuação de um grupo no poder a partir de práticas corruptas. Marco Aurélio lembra a importância de uma imprensa livre na democracia[22], em sua única menção a respeito, quando se refere à conjuntura recente de denúncias e apurações de esquemas de corrupção.

Roberto Barroso afirma que "temos democracia" porque "temos respeito às regras do jogo"; diz que "há problemas pontuais em todas as democracias", porém acredita nas instituições democráticas e no equilíbrio entre os poderes existentes no Brasil.[23]

Em síntese, quanto ao binômio cidadania-democracia, percebe-se uma consonância dos ministros na percepção de que há uma mudança cívica para melhor, com o desenvolvimento da cidadania no Brasil, entendida, principalmente, como participação cidadã: dizem haver mais envolvimento com a vida pública, mais consciência, mais exigências, busca por direitos, e até mesmo insatisfações e incômodos que se expressam como atos de protesto. Os déficits de cidadania estariam justamente na efetivação dos direitos, situação que colocaria sob crítica dos cidadãos conscientes não só o sistema político, mas também o Judiciário, como ilustra a fala de Cármen Lúcia.

Os ministros demonstram crença na democracia, que consideram a melhor forma de governo; além disso, confiam na estabilidade das instituições democráticas do Brasil contemporâneo e no equilíbrio dos poderes. Nesse sentido,

20. Enrique Ricardo Lewandowski. Entrevista publicada pela revista *Diálogos Sobre Justiça*n. 1 em janeiro de 2014, p. 12. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/RicardoLewandowski/Entrevistas/2014_jan.pdf]. Acesso em: 21.11.2016.

21. Gilmar Ferreira Mendes. Entrevista publicada pela revista *Isto É* em 05.06.2016, p. 6. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/GilmarMendes/Entrevistas/2016_jun_5.pdf]. Acesso em: 16.11.2016.

22. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. Entrevista publicada pelo jornal *Correio Braziliense* em 05.07.2015, p. A02. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/MarcoAurelio/Entrevistas/2015_jul_05.pdf]. Acesso em: 08.11.2016.

23. Barroso. Entrevista publicada pela revista *Época* em 22.02.2015, op. cit., p. 32.

ressalta-se a visão institucional de democracia como "regras do jogo", exposta por Barroso, e a defesa da democracia representativa mesmo por aqueles que, como Lewandowski, defendem experiências de democracia participativa. O problema da corrupção como risco à democracia representativa já aparece aqui, no alerta de Gilmar Mendes sobre o falseamento da democracia.

3.2. Corrupção e financiamento de campanhas eleitorais

Neste âmbito, Ricardo Lewandowski não se manifestou. Cármen Lúcia destacou que o combate à corrupção passa pela insatisfação cidadã com o problema – expressão de "amadurecimento democrático"[24] – mas, também, por aperfeiçoamentos institucionais no campo judicial, como o procedimento de "delação premiada", mecanismo importante para o direito "fazer frente a organizações criminosas, em que o delito fica encapsulado", bem como para "conhecer por dentro o funcionamento e o alcance das organizações"[25].

Marco Aurélio trata da questão da corrupção como a crise mais profunda da recente história brasileira, em face da generalização das práticas "de forma linear, que todos, pouco importando a estatura do cargo, querem ganhar". Prossegue afirmando que "é aquela história, assumir um cargo não para servir, mas para se servir do cargo" e finaliza citando o Padre Antônio Vieira quanto à corrupção dissimulada ser a pior espécie dessa prática. Porém, e reafirmando a percepção de um amadurecimento democrático que supera a dimensão institucional do Estado, entende que, nos últimos anos, a corrupção tem vindo mais à tona, "porque já não se varre para debaixo do tapete, graças a uma imprensa livre como a que nós temos"[26].

Para Gilmar Mendes, o alcance da corrupção na cena política contemporânea deve-se ao fato de que "os órgãos de controle obviamente falharam"[27]; além disso, contudo, retoma seu argumento que associa os grandes esquemas de corrupção a um projeto político de perpetuação do poder e método de governança estatal: "a Lava Jato tem revelado um método em que a corrupção é a forma de atuar politicamente" com vistas à "eternização de um dado grupo no poder se alimentando nas burras das estatais, fatiando propina entre

24. Rocha. Entrevista publicada pelo jornal *Correio Braziliense* em 20.09.2015, op. cit., p. A02.
25. Rocha. Entrevista publicada pela revista *Época* em 17.04.2016, op. cit., p. 52.
26. Mello. Entrevista publicada pelo jornal *Correio Braziliense* em 05.07.2015, op. cit. p. A02.
27. Mendes. Entrevista publicada pela revista *Isto* É em 05.06.2016, op. cit., p. 6.

partidos"[28], e que "revela, vamos chamar assim, ainda que impropriamente, uma 'filosofia' e uma relação do agente público com o Estado".[29]

Roberto Barroso entende que "o Brasil está sendo passado a limpo"[30] e que a ética possui uma natureza pública, mas também privada. Acredita que "a sociedade em geral passou a ser menos tolerante com certas condutas dos agentes públicos e de empresários" e que "o STF tem uma tendência de se alinhar com sentimento social"[31] pela punição, uma vez que a lei é expressão da sociedade; porém, age tecnicamente, sem as paixões e espírito de vingança presente nela. Nesse aspecto, o ministro expõe um dos dilemas contemporâneos do protagonismo judicial, que é o da manutenção da função contramajoritária dos tribunais em um cenário de grandes pressões públicas e busca por legitimidade.[32]

Barroso afirma que "o financiamento de campanhas estará por trás de todos os escândalos do país"[33], e defende mudanças no sistema político, sobretudo para baratear as campanhas. A crítica ao financiamento empresarial de campanhas também aparece em manifestação de Dias Toffoli, que – repetindo o argumento que levou a Ordem dos Advogados do Brasil a obter junto ao STF o reconhecimento da inconstitucionalidade daquela modalidade de financiamento eleitoral[34] – afirma que as empresas, por não terem direito a voto, não deveriam participar do processo eleitoral de outra maneira: "empresas, que não têm direito de votar, também não podem contribuir para as campanhas eleitorais".[35]

28. Gilmar Ferreira Mendes. Entrevista publicada pela revista *Exame* em 20.12.2015, p. 90. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/GilmarMendes/Entrevistas/2015_dez_20.pdf]. Acesso em: 16.11.2016.
29. Gilmar Ferreira Mendes. Entrevista publicada pelo jornal *Correio Braziliense*, p. A02, Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/GilmarMendes/Entrevistas/2015_ago_30.pdf]. Acesso em: 19.11.2016.
30. Barroso. Entrevista publicada pela revista Época em 22.02.2015, op. cit., p. 32.
31. Luís Roberto Barroso. Entrevista publicada pelo jornal *O Globo* em 16.11.2014, p. A08. Disponível em:[http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/RobertoBarroso/Entrevista/1036803.pdf]. Acesso em: 21.11.2016.
32. SANTOS, MARQUES, e PEDROSO. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. op. cit.
33. Barroso. Entrevista publicada pelo jornal *O Globo* em 16.11.2014, p. A08.
34. Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidaden. 4.650; mais informações disponíveis em: [http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4650&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M]. Acesso em: 30.03.2017.
35. José Antonio Dias Toffoli. Entrevista publicada pela revista *Isto É* em 25.05.2014, p. 2. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/DiasToffoli/Entrevistas/2004_maio_28.pdf]. Acesso em: 08.11.2016.

Em geral, o financiamento de campanhas eleitorais é compreendido como a fonte da corrupção sistêmica. Sobre os condenados no caso do "mensalão", Roberto Barroso afirma:

> Uma coisa me chamou particular atenção neste caso. Nenhum dos condenados, em momento algum, revelou arrependimento, culpa sincera ou achou que devia desculpas ao país. A impressão que eu tenho é que todos, estranhamente, se sentem vítimas do sistema político.[36]

Ou seja: em um cenário em que "todos roubariam", dada a característica estruturante que o financiamento empresarial de campanhas tem na corrupção e na competição política, aqueles que sofrem sanções veem como injusta a condenação de alguns poucos por práticas que estariam generalizadas no meio político.

Portanto, o ponto de intersecção entre os discursos está na corrupção como forma de manutenção do poder, garantindo-se verba para as próximas campanhas e assim sucessivamente, como sendo intrínseco à governança. Todos apontam que a raiz da corrupção é a possibilidade de doação de empresas às campanhas.

É possível identificar também a ideia de que os crimes estão sendo revelados tanto pelas instituições que têm trazido transparência e responsabilização, quanto devido à vigilância social no seu exercício da cidadania, o que inclui o papel da imprensa livre. Nesse sentido, no processo de amadurecimento da democracia estão tanto as causas – a captura da política pelo poder econômico e a eventual fragilidade das instituições em relação ao controle da corrupção – quanto o antídoto ao problema da corrupção – a mobilização social contra o problema e as ações judiciais de responsabilização.[37]

3.3. Sistema político e partidos políticos

Cármen Lúcia salientou que "a política é uma atividade muito difícil", mas que "é imprescindível", porque "ou é a política ou é a guerra". Em consonância com sua avaliação de que a democracia envolve evolução e aprendizado, a ministra aposta na renovação da política por meio de maior participação das novas gerações: "em vez de demonizá-la, é preciso que os jovens, os melhores

36. Barroso. Entrevista publicada pelo jornal *O Globo* em 16.11.2014, p. A08.

37. Nesse sentido, ver a análise da posição do juiz da Operação Lava Jato, Sérgio Moro, a respeito da "operação mãos limpas" de combate à corrupção na Itália, em ALMEIDA, *Justiça, combate* à *corrupção e política:* uma análise a partir da Operação Lava Jato, op. cit.

das novas gerações, queiram fazer política, não tenham vergonha de fazer política". Por outro lado, ressaltou que o papel das lideranças políticas atuais nessa transição, em "chamar ao entendimento, fazer essa travessia do encontro, (...) fazer um chamamento para um patamar melhor do ponto de vista humano". [38]

Para Roberto Barroso, "a política se move por objetivos de curto prazo" e, portanto, é inconstante, ao contrário do Judiciário que é constante, previsível e trabalha pautado na ideia de segurança jurídica.[39] Dias Toffoli diz que "você tem uma queda na política", pois "os parlamentares demoram para tomar decisões", e "é cada vez mais difícil formar maiorias", "as decisões se tornaram muito complexas".[40] O ministro parece concordar que é difícil, mas também necessário construir condições de governabilidade. Acredita, portanto, que além da crise política decorrente da evidenciação de esquemas de corrupção, existe também uma crise nos mecanismos de governabilidade e nos partidos, que se distanciaram da sociedade, e trocaram a militância por empresas capazes de financiá-los para a conquista e manutenção do poder político.

Gilmar Mendes, na mesma linha de crítica aos partidos, afirma haver um "capitalismo de partido".[41] Também é defensor de uma reforma política que possa evitar o método de governança corrupta. Esse ministro fala em uma "hemorragia na política" que se baseia em uma "hermenêutica dos interesses"[42] imediatos e egoísticos dos políticos, e se apresenta como um ator que tem "criticado os desmandos da política"[43].

Conectando o problema da crise dos partidos e do sistema político ao protagonismo judicial, Ricardo Lewandowski insiste no protagonismo da política, e afirma que a ação política do STF é extraordinária e subsidiária, enquanto a classe política está em crise:

> Creio que esse protagonismo atual do STF, historicamente atípico, que, muitas vezes, ingressa em seara reservada a outros poderes, é um fenômeno passageiro, cuja origem se encontra no desprestígio da atividade política, que precisa ser revalorizada, porquanto constitui a verdadeira seiva que anima a vida em sociedade. Uma reforma política e eleitoral que recupere o prestígio

38. Rocha. Entrevista publicada pela revista *Época* em 17.04.2016, op. cit., p. 52.
39. Barroso. Entrevista publicada pela revista *Época* em 22.02.2015, op. cit., p. 32.
40. Toffoli. Entrevista publicada pela revista *Isto É* em 25.05.2014, op. cit., p. 2.
41. Mendes. Entrevista publicada pela revista *Isto É* em 05.06.2016, op. cit., p. 6.
42. Mendes. Entrevista publicada pelo jornal *Correio Braziliense*, op. cit. p. A02.
43. Mendes. Entrevista publicada pela revista *Isto É* em 05.06.2016, op. cit., p. 6.

> do parlamento certamente fará com que o STF volte a atuar nos moldes em que sempre atuou, ou seja, restringindo-se a desempenhar o relevante papel de guarda da Constituição.[44]

Os discursos revelam, portanto, um antagonismo sobre a política: de um lado, o elogio à atividade política, e, do outro, a crítica à classe política atual. Afirmam, nessa direção, ser urgente uma reforma política capaz de "reabilitar" os agentes políticos para que possam se reencontrar com os cidadãos. Nesse descompasso, aposta-se no avanço do amadurecimento democrático, na reforma política e no protagonismo do Judiciário, ainda que momentâneo.

3.4. O STF e o Judiciário

O argumento do protagonismo judicial como decorrência da crise do sistema político – presente nas falas dos ministros, mas também nos estudos sociológicos sobre o tema[45] – conduz à análise mais detalhada das percepções que os membros do STF têm do papel da corte e do Judiciário como um todo. Cármen Lúcia afirma que apesar de gostar do tribunal, "seria conveniente discutir a ideia de ter mandato" para os ministros, ou seja, uma delimitação do tempo de judicatura no STF. Ela enfrenta também questões vinculadas à morosidade do Judiciário, ao surgimento dos Juizados Especiais e ao seu posterior abarrotamento em função do excesso de litígios, associado mais uma vez ao amadurecimento democrático e cidadão da sociedade brasileira. Assim, afirma haver "uma justiça artesanal em uma sociedade industrial" e, ainda, que "deveria ser mais rápida, mas aí a sociedade precisa discutir isso". [46] Em outras palavras, a mudança deveria vir da esfera pública, de fora do próprio Judiciário, da sociedade e de suas instituições representativas. Retomando o problema da difícil relação entre STF e sociedade, afirma que o tribunal deve, às vezes, ser contramajoritário, para garantir direitos previstos na Constituição e leis, apesar de que o juiz, como servidor público, deva manter o diálogo e transparência em relação ao povo.

Dias Toffoli vê a ampliação da "ação do Judiciário" no mundo inteiro, além de, sobre a litigiosidade da sociedade, afirmar que "não se quer mais ter a lei",

---

44. Lewandowski. Entrevista publicada pela revista *Diálogos Sobre Justiça* n. 1 em janeiro de 2014, op. cit. p. 12.
45. SANTOS, MARQUES, e PEDROSO *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*, op. cit.
46. Rocha. Entrevista publicada pelo jornal *Correio Braziliense* em 20.09.2015, op. cit., p. A02.

mas "uma sentença que sirva de garantia" e que "isso é uma tendência em vários países"[47]. Essa tendência intensificou a necessidade de garantia do acesso e da ampliação dos canais de resolução de conflitos. Sobre a atuação dos juízes, em geral, e sua atuação como ministro, em especial, enfatiza a necessidade da imparcialidade nos julgamentos.

Ricardo Lewandowski, nessa direção, aponta as várias transformações que o Judiciário tem experimentado no período recente de redemocratização do país, por meio de iniciativas como a criação dos Juizados Especiais e das formas alternativas de resolução de conflitos, como a conciliação e a mediação. Em contraposição à morosidade dos tribunais, as formas de autocomposição têm celeridade e satisfação asseguradas, segundo o ministro. Assim, Lewandowski acredita que existe um Judiciário acessível, técnico, imparcial e transparente em suas decisões, e que as formas alternativas de resolução de conflitos estão gerando avanços no sistema de justiça.[48]

Gilmar Mendes afirma que "cada instituição tem o seu time" e que a situação da corrupção generalizada no meio político não "vai se resolver como um processo judicial criminal, transitado em julgado, com decisões". Isso porque "temos um tempo todo especial, no caso do recebimento de denúncias, das decisões, embora o processo da Lava Jato em primeiro grau esteja andando com celeridade. Temos aí várias condenações, mas algumas investigações no STF ainda estão no início".[49] Esse ministro estabelece uma relação significativa entre a celeridade possível nas instâncias iniciais e aquele tempo do STF, sobretudo no processo criminal.

Retomando uma percepção comum entre seus colegas, já analisada acima, Roberto Barroso afirma que "amadurecemos institucionalmente" e que "o Brasil tem progredido muito do ponto de vista institucional". Segundo ele, "o Judiciário deixou de ser aquela torre de marfim inacessível" para se transformar em um "bom garantidor de direitos individuais e de proteção às instituições".[50] Defende que o STF tem que ouvir o clamor popular, com ação menos penal e mais atuação e mudança legislativa no cumprimento de leis, uma vez que existe mais confiança no Judiciário por parte do cidadão – possivelmente, em decorrência dos avanços em termos de acessibilidade e garantia de direitos. Apesar de justificar e, em alguma medida, até defender o protagonismo

47. Toffoli. Entrevista publicada pela revista *Isto* É em 25.05.2014, op. cit., p. 2.

48. Lewandowski. Entrevista publicada pela revista *FGV Projetos* 26.12.2015, op. cit.

49. Mendes. Entrevista publicada pelo jornal *Correio Braziliense*, op. cit. p. A02.

50. Barroso. Entrevista publicada pela revista Época em 22.02. 2015, op. cit., p. 32.

judicial, Barroso expõe as dificuldades do STF nesse contexto ao afirmar que "não há decisões politicamente fáceis nem moralmente baratas aqui".[51]

Ainda nesse sentido, Marco Aurélio afirma que "o juiz vai sempre contentar uma parte e descontentar a outra" e que aprendeu a ir, "com o tempo, criando uma couraça para as críticas". Diz, ao final, "não buscar aplausos", pois "quando a decisão coincide com os anseios da sociedade é maravilhoso, mas quando não coincide, você tem que atuar segundo a ciência e a consciência possuídas".[52]

Em síntese, há uma percepção comum entre os ministros no sentido de que o STF é guardião de Constituição Federal, e que seus ministros devem julgar de forma imparcial, observando a lei, mas também os anseios da sociedade, revelando um dos dilemas do protagonismo judicial contemporâneo. Nesse sentido, consideram-se servidores públicos, lembram a importância da relação do Judiciário com a sociedade, porém defendem a prevalência do dever de observância da Constituição, da justiça imparcial e das garantias de direitos fundamentais em relação ao apelo vingativo que pode vir do clamor social.

Apesar de apontarem para um constante aprimoramento do sistema judiciário, com formas alternativas de resolução de conflitos e com um Judiciário cada vez mais acessível à população e garantidor de direitos, destacam que essa acessibilidade se dá principalmente nas primeiras instâncias, o que ainda assim geraria uma maior confiança da sociedade em relação ao conjunto das instituições judiciais. Os problemas ainda decorrentes na prestação da justiça seriam a morosidade processual e o excesso de litigância, causados, contudo, por fatores externos ao Judiciário: as leis e o amadurecimento democrático e cidadão. Os ministros apontam, portanto, uma necessidade de mudança legislativa e de mobilização social, o que não poderia vir do STF, para a melhora do atendimento da justiça à população. Apontam, ainda, que os problemas de morosidade e excesso de litigância se somam ao desconhecimento dos ritos processuais[53], o que acabaria gerando uma insatisfação com tribunais que apenas cumprem determinações legais produzidas pelo Legislativo. No geral, essas percepções dos ministros do STF são compartilhadas por outros agentes

51. Barroso. Entrevista publicada pelo jornal *O Globo* em 16.11.2014, p. A08.

52. Mello. Entrevista publicada pelo jornal *Correio Braziliense* em 05.07.2015, op. cit. p. A02.

53. Este também é um aspecto explorado pela sociologia jurídica a respeito do protagonismo judicial; nesse sentido, ver Santos, *Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação*, op. cit.

judiciais, como os membros do Ministério Público e a magistratura, que tendem a atribuir a fatores externos (especialmente ao Executivo e ao Legislativo) as causas das deficiências na administração da justiça no Brasil, e que tendem a se colocar como protagonistas inevitáveis de processos de afirmação de direitos e de consolidação da ordem democrática de 1988, em meio a uma sociedade com pouca experiência cidadã e uma democracia representativa frágil. [54]

4. Considerações finais

A interpretação dos discursos dos ministros do STF sustenta algumas conclusões sobre a relação entre o combate criminal à corrupção, a democracia e os direitos de cidadania na concepção de membros da mais alta corte de justiça do país, responsável pelo processamento de inquéritos e ações penais em sede de foro por privilégio de função em casos de corrupção, que já há alguns anos vêm dividindo as atenções da opinião pública, ao lado do papel de corte constitucional que tem o tribunal.

A primeira delas diz respeito à desigual participação de ministros do STF no debate público sobre temas que têm sido centrais no cenário político brasileiro. Se o protagonismo judicial inclui não somente a judicialização de temas políticos e sociais, mas também a intervenção mais ampla do Judiciário e seus membros no debate público, o fato de que quase metade da corte se insere de maneira discreta ou mesmo nula nesse debate reforça a percepção de que o protagonismo judicial ainda é um tema delicado e controverso entre os próprios agentes do campo jurídico, opondo a postura ativista e desenvolta de intervenção no debate público às "atitudes ao mesmo tempo ascéticas e aristocráticas que são a realização incorporada do dever de reserva"[55], e que conformam um certo *habitus* jurídico ainda predominante.

Os ministros da composição analisada ausentes desse debate – Celso de Mello, Luiz Fux, Teori Zavascki, Rosa Weber e Edson Fachin – são predominantemente ex-membros de carreiras jurídicas estatais (Mello, Fux, Zavascki e Weber),

54. Cf. Associação dos Magistrados Brasileiros, *Resultados – Pesquisa AMB 2015 – A AMB quer ouvir você* (Brasília, 2015); Ela Wiecko Volkmer de Castilho e Maria Tereza Sadek, *O Ministério Público Federal e a administração da justiça no Brasil* (Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2010); BRASIL, *Diagnóstico do Ministério Público dos Estados* (Brasília, 2006); Rogério Bastos Arantes, *Ministério Público e política no Brasil* (São Paulo: Educ; Sumaré; FAPESP, 2002).

55. Cf. Pierre Bourdieu, *O poder simbólico*, 10. ed. (Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007), p. 227.

com poucas interações anteriores com o campo político (com exceção de Mello, que assessorou diferentes governos antes de sua nomeação, dentre os membros de carreiras jurídicas; e de Fachin, cuja indicação ao STF foi objeto de polêmica em torno de seus engajamentos anteriores em movimentos políticos e questões como a reforma agrária).[56]

Já entre os ministros com mais intervenções analisadas estão aqueles com histórico anterior de maior ativismo em questões políticas ou polêmicas constitucionais: Roberto Barroso (reconhecido professor de direito constitucional, advogado de causas de grande repercussão perante o STF, antes de sua nomeação) e Gilmar Mendes (também reconhecido professor de direito constitucional, ex-Advogado Geral da União do governo de Fernando Henrique Cardoso, ex-presidente do STF e com histórico de participação ativa no debate público). A relativamente grande participação de Cármen Lúcia, membro de uma carreira jurídica estatal e sem maior atuação política anterior, provavelmente se explica pelo fato de que, à época das entrevistas analisadas ela já era, ou – dada a regra de antiguidade que define a chefia do tribunal –, já se sabia que ela seria presidenta da corte.

Entre esses dois grupos estão os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, que além de terem a menor participação dentre os ministros analisados, se manifestaram principalmente sobre alguns temas (especialmente o protagonismo judicial, tema comum aos três), mas não sobre outros (especialmente sobre cidadania e democracia). Não por acaso, em suas falas o dilema colocado pelo protagonismo judicial mostra-se bastante presente: entre a reserva e o ativismo, entre a contenção judicial e o ingresso nas esferas legislativa e executiva, entre o julgamento de acordo com a lei e a Constituição, de um lado, e a prestação de contas à opinião pública, de outro.

No que se refere à articulação de temas percebidos no discurso dos ministros, e destes com o contexto político, identifica-se o elogio à democracia como regime desejável, mas também como experiência concreta na história brasileira. Nesse aspecto, destacam-se as falas no sentido de enfatizar o aprendizado democrático e a construção de uma cidadania ativa.

As deficiências desse processo histórico, contudo, estão representadas nas falas analisadas por alguns dos problemas recorrentemente nelas indicados. O primeiro deles é o do descompasso entre os avanços da cidadania, de um

56. Neste ponto do estudo, a análise está baseada na tipologia de trajetórias de juristas entre o direito e a política feita por Frederico de Almeida, Os juristas e a política no Brasil: permanências e reposicionamentos, *Lua Nova*, n. 97 (2016): 213-50.

lado, e a ineficiências das instituições, de outro. É nesse aspecto que se deve entender as críticas à representatividade e aos interesses dos partidos políticos, e à capacidade das instituições de controle em lidarem com o problema da corrupção.

O segundo problema recorrentemente apontado diz respeito à relação que se estabelece entre financiamento empresarial de campanhas e corrupção política, que teria efeitos sistêmicos para parte dos ministros, ou estaria relacionado a um projeto específico de poder, segundo outro deles. É nesse contexto que se pode entender os apelos de ministros pela reforma política e pela renovação de quadros e práticas políticas, bem como a menor ênfase dada ao combate judicial criminal como solução para o problema.

Ainda assim, há certo consenso sobre a consolidação das instituições democráticas. Esse consenso é visível quando se pensa a democracia como "regras do jogo", quando se aponta que a solução para a crise política deve vir das próprias instituições representativas, e quando o próprio Judiciário é colocado como depositário da confiança dos cidadãos e mediador habilitado dos impasses da democracia brasileira.

A partir desses elementos, podemos entender com mais precisão os sentidos dados pelos ministros analisados ao protagonismo judicial, em especial no que se refere à crise política e ao combate à corrupção. Embora haja nos discursos selecionados o reconhecimento de deficiências na oferta estatal de justiça, os ministros tendem a ver no Judiciário uma instituição digna de reconhecimento público, especialmente pelos avanços na expansão do acesso à justiça nas últimas décadas – não só em termos absolutos, mas principalmente em termos comparativos, quando se leva em consideração a crise de representatividade e legitimidade do Legislativo e do Executivo.

Assim, o protagonismo judicial aparece quase como que inevitável para a continuação do progressivo aperfeiçoamento democrático e para que a cidadania ativa e demandante tenha suas expectativas atendidas. É nesse ponto que se torna mais crítico o papel do Judiciário de observância de direitos individuais e do devido processo criminal, em face das pressões públicas pelo combate à corrupção. Esse dilema aparece de maneira recorrente nos discursos dos ministros, nas preocupações entre dar satisfação à sociedade ou observar a Constituição, entre atender às expectativas da opinião pública ou exercer a função contramajoritária, entre restringir seu papel ao de guarda da Constituição ou se colocar de maneira mais ativa na relação com os demais poderes.

É importante salientar que o dilema não aparece como crise no discurso dos ministros. Em quase todas as manifestações nesse sentido, os ministros

demonstram certa tranquilidade em sua capacidade e do STF em lidar com esse dilema, seja pela legitimidade que a sociedade lhes confere para tal, seja por considerarem o protagonismo judicial um evento passageiro, típico de um momento de crise.

No que se refere ao papel do Judiciário no combate criminal à corrupção, portanto, o ponto central do protagonismo judicial parece estar naquilo que não é dito por seus ministros: ao se reconhecerem constitucional e socialmente legitimados como mediadores de uma crise institucional e de legitimidade; ao não se furtarem a esse protagonismo, mesmo quando demandam que soluções venham da própria sociedade e da política; e ao elogiarem a dimensão coletiva, participativa e reivindicativa da cidadania, e apenas secundariamente enfrentar o crônico problema de desrespeito a direitos individuais e liberdades civis no Brasil[57], os ministros do STF deixam de enfrentar um dos principais problemas do combate criminal à corrupção no que se refere aos direitos de cidadania: o de que pode haver um ponto em que a cruzada moral contra a corrupção seja incompatível com a necessária garantia de direitos individuais básicos e das regras do devido processo penal, ainda mais quando o Judiciário se coloca como mediador autorizado da crise, e se apresenta como sensível ao clamor social. Nesse aspecto, os discursos dos atuais ministros do STF sintetizam os principais dilemas do protagonismo judicial no Brasil e no mundo.

5. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Frederico de. Justiça, combate à corrupção e política: uma análise a partir da Operação Lava Jato. *Revista Pensata* 5, n. 2 (2016).

57. Referimo-nos aqui, principalmente, à clássica divisão entre direitos civis, políticos e sociais analisada por T. H. Marshall, *Cidadania, classe social e status* (Rio de Janeiro: Zahar, 1967), e à interpretação do caso brasileiro, segundo a qual os direitos sociais teriam prevalência sobre os direitos políticos e os direitos civis na cultura política, feita por José Murilo de Carvalho, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, 7º ed. (Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005); José Murilo De Carvalho, Cidadania: tipos e percursos, *Revista Estudos Históricos* 9, n. 18 (1996): 337-360; James Holston, *Cidadania insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil* (São Paulo: Companhia das Letras, 2013); Teresa Pires do Rio Caldeira, *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo* (São Paulo: Editora 34; Edusp, 2000). Sobre a hierarquização de direitos coletivos e individuais nas percepções de operadores de justiça criminal, ver Renato Sérgio de Lima, Frederico de Almeida, e Jacqueline Sinhoretto, Visões de política criminal em São Paulo, in *Entre Palavras e Números: Violência, Democracia e Segurança Pública no Brasil*, org. Renato Sérgio de Lima (São Paulo: Alameda, 2011).

ALMEIDA, Frederico de. Os juristas e a política no Brasil: permanências e reposicionamentos. *Lua Nova*, n. 97 (2016).

ARANTES, Rogério B. Polícia Federal e construção institucional. In *Corrupção e Sistema Político no Brasil*, organizado por Leonardo Avritzer e Fernando Filgueiras, 99-132. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

ARANTES, Rogério B. Rendición de cuentas y pluralismo estatal en Brasil: Ministerio Público y Policía Federal. *Desacatos*,n. 49 (2015).

ARANTES, Rogério B. The Federal Police and the Ministério Público. In *Corruption and Democracy in Brazil*, organizado por Timothy Power e Matthew Taylor, 184-217. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2010.

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Educ; Sumaré; FAPESP, 2002.

Associação dos Magistrados Brasileiros. *Resultados – Pesquisa AMB 2015 – A AMB quer ouvir você*. Brasília, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Entrevista publicada pelo jornal *O Globo* em 16.11.2014. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/RobertoBarroso/Entrevista/1036803.pdf]. Acesso em: 21.11.2016.

BARROSO, Luís Roberto. Entrevista publicada pela revista *Época* em 22.02.2015. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/RobertoBarroso/Entrevista/1025190.pdf]. Acesso em: 21.11.2016.

BARROSO, Luís Roberto. Entrevista publicada pela revista *Época* em 24.01.2016, e reproduzida em Boletim do STF. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/RobertoBarroso/Entrevista/1054610.pdf]. Acesso em: 22.11.2016.

BARROSO, Luís Roberto. Entrevista publicada pelo jornal *O Globo* em 16.05.2015. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/RobertoBarroso/Entrevista/1052755.pdf]. Acesso em: 28.11.2016.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

BRASIL. *Diagnóstico do Ministério Público dos Estados*. Brasília, 2006.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros:* crime, segregação e cidadania em São Paulo. São Paulo: Editora 34; Edusp, 2000.

CAREGNATO, Rita Catalina Aquino; MUTTI, Regina. Pesquisa qualitativa: análise de discurso versus análise de conteúdo. *Texto & Contexto Enfermagem* 15, n. 4 (2006): 679-84. doi:10.1590/S0104-07072006000400017.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil:* o longo caminho. 7º ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

CARVALHO, José Murilo De. Cidadania: tipos e percursos. *Revista Estudos Históricos* 9, n. 18 (1996).

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; SADEK, Maria Tereza Sadek. *O Ministério Público Federal e a administração da justiça no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2010.

DA ROS, Luciano. *Mayors in the Dock:* Judicial Responses to Local Corruption in Brazil. University of Illinois at Chicago, 2014.

ENGELMANN, Fabiano. Julgar a política, condenar a democracia? Justiça e crise no Brasil. *Revista Conjuntura Austral* 7, n. 37 (2016).

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia:* o guardião de promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

HOLSTON, James. *Cidadania insurgente:* disjunções da democracia e da modernidade no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

KOERNER, Andrei; SCHILLING, Flávia. O Direito regenerará a República? Notas sobre política e racionalidade jurídica na atual ofensiva conservadora. In *Direita, volver! O retorno da direita e o ciclo político*, organizado por Sebastião Velasco e Cruz, André Keysel, e Gustavo Codas, 75–89. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2015.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Entrevista publicada pela revista *Diálogos Sobre Justiça* em janeiro de 2014. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/RicardoLewandowski/Entrevistas/2014_jan.pdf]. Acesso em: 21.11.2016.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Entrevista publicada pela revista *FGV Projetos,* n. 26 em dezembro de 2015. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/RicardoLewandowski/Entrevistas/2015_dez.pdf]. Acesso em: 21.11.2016.

LIMA, Renato Sérgio de; ALMEIDA, Frederico de; SINHORETTO, Jacqueline. Visões de política criminal em São Paulo. In *Entre Palavras e Números: Violência, Democracia e Segurança Pública no Brasil*, organizado por Renato Sérgio de Lima. São Paulo: Alameda, 2011.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Entrevista publicada pelo jornal *Correio Braziliense* em 17.11.2013. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/MarcoAurelio/Entrevistas/2013_nov_17.pdf]. Acesso em: 15.11.2016.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Entrevista publicada pelo jornal *Correio Braziliense* em 05.07.2015. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/MarcoAurelio/Entrevistas/2015_jul_05.pdf]. Acesso em: 08.11.2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. Entrevista publicada pelo jornal *Correio Braziliense* em 30.08.2015. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/GilmarMendes/Entrevistas/2015_ago_30.pdf]. Acesso em: 19.11.2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. Entrevista publicada pela revista *Exame* em 20.12.2015. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/GilmarMendes/Entrevistas/2015_dez_20.pdf]. Acesso em: 16.11.2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. Entrevista publicada pela revista *Isto É* em 05.06.2016. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/GilmarMendes/Entrevistas/2016_jun_5.pdf]. Acesso em: 16.11.2016.

PÊCHEUX, Michel. *Semântica e discurso:* uma crítica *à* afirmação do *óbvio*. 3 ed. Campinas: Editora da UNICAMP, 1997.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Entrevista publicada pela revista *Veja* em 14.11.2014. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/CarmenLucia/Entrevistas/2014_set_17.pdf]. Acesso em: 27.11.2016.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Entrevista publicada pela jornal *Correio Braziliense* em 20.09.2015. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/CarmenLucia/Entrevistas/2015_set_20.pdf]. Acesso em: 27.11.2016.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Entrevista publicada pela revista Época em 17.04.2016. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/CarmenLucia/Entrevistas/2016_abr_18.pdf]. Acesso em: 27.11.2016.

ROCHA, Décio; DEUSDARÁ, Bruno. *Análise de conteúdo e análise do discurso:* o linguístico e seu entorno. *D.E.L.T.A.* 22 (2006).SALDAÑA, Johnny. *The Coding Manual for Qualitative Researchers*. London: Sage, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação. *Sociologias* 7, n. 13 (2005): 82-109. doi:10.1590/S1517-45222005000100004.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Oficina do CES. Coimbra, 1995.

SCHILLING, Flávia. O estado do mal-estar: corrupção e violência. *São Paulo em Perspectiva* 13, n. 3 (1999).

TATAGIBA, Luciana. 2014. 1984, 1992 e 2013. Sobre ciclos de protestos e democracia no Brasil. *Política & Sociedade* 13, n. 28 (2014).

TATAGIBA, Luciana; TRINDADE, Thiago; TEIXEIRA, Ana Claudia Chaves. Protestos à direita no Brasil (2007-2015). In *Direita, volver! O retorno da direita e o ciclo político*, organizado por Sebastião Velasco e Cruz, André Kaysel, e Gustavo Codas, 197-212. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2015.

TOFFOLI, José Antonio Dias. Entrevista publicada pela revista *Isto É* em 25.05.2014. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/DiasToffoli/Entrevistas/2004_maio_28.pdf]. Acesso em: 08.11.2016.

TOFFOLI, José Antonio Dias. Entrevista publicada pelo jornal *O Globo* em 01.06.2015. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/DiasToffoli/Entrevistas/2015_jun_01.pdf]. Acesso em: 08.11.2016.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A corrupção e os dilemas do Judiciário, de Flávia Schilling – *RBCCrim* 23/205-215 (DTR\1998\565);
- Corrupção e gestão fraudulenta: o financiamento ilícito de campanha por bancos públicos, de Marcelo Almeida Ruivo – *RBCCrim* 111/157-176 (DTR\2015\241);
- Corrupção e seu reflexo na democracia brasileira, de Priscila de Oliveira e Alencar Frederico Margraf – *RDCI* 100/303-319 (DTR\2017\696); e
- Democracia e processo de criminalização da corrupção no Brasil, de Patrick Cacicedo – *RBCCrim* 128/409-430 (DTR\2017\215).

Almeida, Frederico de; Pereira, David da S.; Barbosa, Fabiula B.; Andrieta, Jéssica; Souza, Marília M. de; Araujo, Wilder de L. Corrupção, democracia e judiciário no discurso de ministros do Supremo Tribunal Federal (2013-2016). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 134. ano 25. p. 63-86. São Paulo: Ed. RT, ago. 2017.

Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a operação Lava Jato como processo penal do inimigo

Fighting against corruption and the flexibility of fundamental guarantees: Lava Jato' operation as a criminal procedure of the enemy

Gustavo de Souza Preussler

Doutor em Direito Penal pela UERJ (2013). Mestre em Ciência Jurídica (2009). Professor Adjunto de Processo Penal e Criminologia da Universidade Federal da Grande Dourados.
gustavopreussler@ufgd.edu.br

Recebido em: 19.03.2017
Aprovado em: 27.04.2017
Última versão dos autores: 28.04.2017

Área do Direito: Penal

Resumo: Trata-se de artigo que trabalha a questão-problema da Operação Lava Jato como combate à corrupção via flexibilização de garantias fundamentais. Isto se dá com a abordagem sobre: a demanda por ordem ([des]medidas anticorrupção), o processo penal como cerimonial de degradação e como este conjunto opera como forma de consolidação de um Processo Penal do Inimigo. A neutralização seletiva de determinados políticos ou a ruptura de todas as regras de garantias para atender a uma demanda por ordem rompe com a ideia democrática de um juiz imparcial. O passo moral – referência a Joseph R. Gusfield – inicia-se pelo combate à corrupção e avança em evidente forma de neutralização midiaticamente delatada/orientada. Esta sistemática se refere a uma persecução inquisitória que deixa clara e estabelecida a maneira ideológica pela qual o sistema penal opera.

Palavras-chave: Corrupção – Garantias fundamentais – Processo Penal do Inimigo.

Abstract: This article discusses the problem question of the "Operação Lava Jato" as fight against corruption through the flexibilization of fundamental guarantees. This happens through: the demand for order ([un]measures against corruption), the penal process as a ceremony of degradation and how this set operates as a form of consolidating a Penal Process of the Enemy. The selective neutralization of certain politicians or the breaking of all rules of guarantees in order to answer a demand for order breaks up the democratic idea of an impartial judge. The moral step – reference to Joseph R. Gusfield – begins with the fight against corruption and proceeds forward in an evident way of neutralization mediatically denounced/oriented. This refers to an inquisitorial prosecution that makes clear and established the ideological way through which the penal system operates.

Keywords: Corruption – Fundamental guarantees – Penal Procedure of the enemy.

Sumário: 1. Introdução. 2. Sobre as dez (des)medidas contra a corrupção e o fascismo societal. 3. A relativização das garantias processuais penais e as medidas anticorrupção (Projeto de Lei de Luta). 3.1. Processos criminalizantes. 3.2. Seletividade política dos corruptos. 3.3. Transformação do processo penal em cerimonial midiático de degradação. 4. Processo penal de combate à corrupção. 4.1. A ductibilidade das garantias processuais penais. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

(...) o juiz torna-se inimigo do réu, desse homem acorrentado, à mercê dos tormentos, da desolação, e do mais terrível porvir; não busca a verdade do fato, mas busca no prisioneiro o delito.[1]
(Cesare Beccaria)
Má consciência inventa leis de vingança.[2]
(Karl Marx)

1. Introdução

O presente artigo faz uma abordagem sobre a Operação Lava Jato como combate à corrupção e como esta contribuiu para a flexibilização das garantias processuais, em especial a imparcialidade do juiz como verdadeiro Processo Penal do Inimigo.

Dito isso, parece consenso entre a população que todas as pessoas que se opõem às atitudes das rupturas e relativismos praticados na operação denominada Lava Jato são a favor da corrupção. O fenômeno não é novo. Na Itália, durante a Operação Mãos-Limpas[3], todos que tentassem tecer algum tipo de crítica à forma com que era conduzida a investigação criminal pelo juiz Falcone poderiam ser considerados corruptos.

Esta extensão lógico-estigmatizante ocorre – se for dada a devida atenção – em todas as denominadas *leis de luta*[4] ou combate: quem defende a descriminalização das drogas é drogado, o crítico é comunista, o contrário às guerras ao terror é terrorista e assim por diante[5]. Nada mais satânico para esta lógica do

1. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 77.
2. MARX, Karl. *Os despossuídos*. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 13.
3. Trata-se de uma operação ocorrida na Itália na década de 1990, coordenada pelo magistrado Giovanni Falcone, à qual competia a investigação e condenação de mafiosos e políticos por corrupção e suborno. Denominada originalmente de Caso Tagentopoli (Cidade do Suborno), converteu-se em Operação denominada *Mani Pulite*.
4. Segundo Luis Grácia Martins, são leis que estabelecem criminalizações sem qualquer valor de justiça a ser protegido (MARTINS, Luis Gracia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 78-79).
5. Esta visão de unificação do acusado/defensor não é nova. Um exemplo é do advogado criminalista Jacques Vergé, até hoje estigmatizado como "O Advogado do Terror", por

que um defensor de uma bruxa na Inquisição. É assim que os advogados dos acusados da Operação Lava Jato são tratados.[6]

O que se pretende neste artigo não é defender a corrupção, mas sim apontar que não é pelo fato de a corrupção ser algo ignóbil que devemos subverter e romper com o sistema de garantias processuais, principalmente com o princípio do juiz natural-imparcial. Inclusive, foi para isso que o Estado confiscou o conflito[7] e exerce o monopólio da violência[8], com a esperança de que a autotutela não retorne.

As cruzadas morais tornam-se claras em processos com repercussão midiática. O que seriam das bruxas se não ardessem nas fogueiras dos inquisidores em público?

No tópico 2, coloca-se a problemática do discurso de ódio, a psicologia das massas do fascismo e como isso se projeta no plano da construção de leis penais de luta, em especial no que se refere ao Projeto 4.850/2016 de iniciativa popular (e elaboração do Ministério Público Federal).

---

ter defendido ditadores e terroristas, como exemplo: Klaus Barbie, Carlos "O Chacal" e Pol Pot. Vide o documentário: Barbet Schreoeder. *L´avocat de la terreur.* 2007.

6. Em recente discussão, o professor Juarez Cirino dos Santos declarou o seguinte sobre questões de ordem em audiência: "Pode ser inapropriado, mas é totalmente legal. (…) O juiz preside e o regime é presidencialista, mas o juiz não é o dono do processo. Os limites são as leis, a lei é a medida de todas as coisas. E a lei de processo disciplina esta audiência. A defesa tem direito de fazer o uso da palavra pela ordem e para arguir questão de ordem ou se Vossa Excelência quiser eliminar a defesa eu achei que isto já tinha sido sepultado em 1945 pelos Aliados e vejo que ressurge aqui nesta região agrícola de nosso país. Se Vossa Excelência quiser suprimir a defesa, acho que não há necessidade, não há razão de nenhum de nós continuarmos nesta audiência. [Juiz Sérgio Moro] Doutor a defesa está tumultuando a audiência levantando questão de ordem atrás de questão de ordem não permitindo que o Ministério Público produza prova, tanto o Ministério Público tem direito a produzir a prova como a defesa. [Advogado da Defesa] Se Vossa Excelência me permite? [Juiz] Não Doutor. [Advogado] O que a defesa está pretendendo impedir o induzimento da resposta. O que pretendemos é impedir que o Ministério Público não faça perguntas que não têm relação com a causa. (…) [Juiz] Entendi a questão e está indeferida a indeferido. (…) [Vou cortar a gravação]" (Disponível em: [http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/11/audiencia-com-testemunhas-de-acusacao-de-lula-tem-bate-boca.html]. Acesso em: 16.12.2016).
7. ANITUA, Gabriel Inácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 37-49.
8. WEBER, Max. *Economia e sociedade:* fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília e São Paulo: Editora UNB, 2004, v. 2, p. 525.

O tópico 3 avança na abordagem do Projeto de Lei 4.850/2016 e aponta para a sua finalidade – a diabolização do outro –, tornando-se terreno fértil para a relativização/flexibilização/ruptura das garantias fundamentais. Isso é apoiado e validado pelos processos de criminalização (infra 3.1), pela seletividade ideológica *de quem é corrupto* (infra 3.2) e o *passo moral para a degradação* em um verdadeiro *movimento midiático-manipulador* (infra 3.3).

Encerra-se o trabalho com o tópico 4: o processo penal de combate à corrupção, na verdade, traduz-se em processo penal do inimigo, principalmente pela não observância da garantia do juiz natural-imparcial na Operação Lava Jato.

2. Sobre as dez (des)medidas contra a corrupção e o fascismo societal

Inicialmente, cabe destacar que não é pelo motivo de escrever este trabalho que me encontro no rol de culpados na Operação Lava Jato. É jocosamente importante ressaltar isso, pois discutindo o assunto com um colega de docência, este me disse que quem não concordasse com a atitude dos protagonistas da Operação Lava Jato e com as dez medidas contra a corrupção era um petista, *vermelho* e corrupto[9]. O próprio presidente do(s) processo(s) da Operação Lava Jato ressalta a importância da massa *esclarecida* no processo de colocação de ostracismo dos políticos corruptos[10]. No entanto, o sonho do esclarecimento ficou para trás e permaneceu a massa de manobra das entranhas mais raivosas dos setores da sociedade.

9. Para melhor esclarecer, o comportamento ilustrado foi realizado por alguém que tem familiares militares. Talvez Wilhelm Reich explique muito bem: "a família é o Estado autoritário em miniatura, ao qual a criança deve aprender a se adaptar, como uma preparação para o ajustamento geral que será exigido dela mais tarde. A estrutura autoritária do homem é basicamente produzida – é necessário ter isto presente – através da fixação das inibições e medos sexuais na substância viva dos impulsos sexuais. (…) O resultado é o conservadorismo, o medo de liberdade; em resumo, a mentalidade reacionária" (REICH, Wilhelm. *Psicologia das massas do fascismo*. São Paulo: Martins Fontes, 1988, p. 28-29).

10. Argumento do magistrado Sérgio Fernando Moro: "(…) a ação judicial não pode substituir a democracia no combate à corrupção. É a opinião pública esclarecida que pode, pelos meios institucionais próprios, atacar as causas estruturais da corrupção. (…) a punição judicial de agentes públicos corruptos é sempre difícil, se não por outros motivos, então pela carga de prova exigida para alcançar a condenação em processo criminal. (…) a opinião pública pode constituir um salutar substitutivo, tendo condições melhores de impor alguma espécie de punição a agentes públicos corruptos, condenando-os ao ostracismo" (MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. *Revista CEJ* – Conselho Justiça Federal, Brasília, n. 26, jul.-set. 2004, p. 56-62).

A impressão que cada vez mais se tem desse tipo de comportamento remonta muito ao que Wilhelm Reich esclarecia, já em 1930, em sua obra *Psicologia das massas do fascismo,* sobre a estrutura familiar e a sua importância para a construção do pensamento reacionário[11]. Gabriel Tarde, por sua vez, explica também o *mimetismo* raivoso que surge na *Psicologia das multidões*[12] e nas *Leis de imitação*[13]. Inicia-se com uma moda (caçar corruptos), converte-se em um hábito (leis de tolerância zero e relativização das garantias fundamentais) e sacramenta-se como um costume (linchamentos públicos – opinião da massa *esclarecida*).

Alessandro Baratta já alertava sobre o conceito de opinião pública e suas intersecções com o poder punitivo, que, em verdade, eram formas de processamento dos estereótipos da criminalidade, suas definições e a incorporação do senso comum como ideologia dominante. Nesta lógica informal – *second code* – de formatação da reação social ao desvio e à criminalidade, consolida-se uma forma de direcionar as instâncias oficiais de controle, bem como o discurso político de base traduzido em uma falsa ideia de solidariedade para a luta interna contra um inimigo comum.[14]

As leis raivosas para determinados setores sempre existiram. Basta olharmos para a Lei de Crimes Hediondos no Brasil ou o Ato Patriótico estadunidense e veremos como as leis penais são edificadas nos terrenos mais arenosos da irracionalidade humana.[15]

Em 25 de março de 2016, o Ministério Público Federal apresentou dez propostas contra a corrupção, sob o jargão #CorrupçãoNão.[16] Ninguém é a favor da

11. REICH, Wilhelm. *Psicologia das massas do fascismo*. São Paulo: Martins Fontes, 1988, p. 29.
12. TARDE, Gabriel. *A opinião e as massas*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Nesta obra, Gabriel Tarde dá o exemplo de como o governo concede leis e decretos para a população porque essa tem o mesmo sentimento, mas nenhum contato, muitas vezes por ler o mesmo jornal e, assim, ter a mesma interpretação de mundo, direcionado por instrumentos de controle (p. 7-9).
13. TARDE, Gabriel. *As leis da imitação*. Porto: Editora Rés, s/d.
14. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal:* introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 204-205.
15. COHEN, Stanley. *Folks devils and moral panics:* the creation of the mods and rockers. 3. ed. Londres: Routledge, 1973, p. 7-9.
16. Wilhelm Reich cita diversos panfletos de propaganda nazista (Leis Injustas), assim como a intensa propaganda de combate à corrupção: "Deixemos a política de lado definitivamente! Voltemo-nos para as tarefas práticas da vida real!" (REICH, Wilhelm. *Psicologia das massas do fascismo*. São Paulo: Martins Fontes, 1988, p. 273). Em sentido

corrupção – somente aqueles que a praticam –, mas isso não permite a construção de leis ilegítimas. Apesar de o anteprojeto de lei ter sido aprovado na forma de iniciativa popular, há que se entender que a coleta das assinaturas – em grande parte – se deu via *on-line*, ou simplesmente sem qualquer tipo de esclarecimento à população sobre o conteúdo integral do Projeto de Lei 4.850/2016.

Há um descompasso entre proposta apresentada e conteúdo. Como exemplo, pode-se mencionar a averiguação de idoneidade de servidores públicos e a relativização de nulidades das provas criminais. As propostas são genéricas e têm um conteúdo propagandista[17]. Robert Alexy já exemplifica sobre o direito injusto: "A norma *N* é estabelecida conforme o ordenamento e é socialmente eficaz, mas não é direito porque infringe princípios fundamentais".[18] Mas o que se pretende com esta lei não é o conteúdo de uma lei justa. É o conceito de direito que o principal opositor de Robert Alexy, Herbert L. A. Hart, repudiava:

> (…) os fundamentos de um sistema jurídico consistem na situação em que a maioria de um grupo social obedece habitualmente às ordens baseadas em ameaças da pessoa ou pessoas soberanas, as quais não obedecem elas próprias habitualmente a ninguém. Esta situação social é, para esta teoria, uma condição não só necessária, como suficiente para a existência do direito.[19]

As propostas foram reformadas, alteradas, retalhadas, perderam a identidade de *leis de luta* e converteram-se em *leis de interesses institucionais*. Tendo em vista se tratar de uma lei de iniciativa popular e por ter perdido sua suposta configuração inicial (punitivista extremada), foi a votação suspensa por ordem do Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal[20], sob o argumento de que o projeto teria perdido a estrutura do que a população (Ministério Público) teria proposto.

---

próximo, no primeiro discurso após o *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff, o novo Presidente Michel Temer disse: "Não vamos falar em crise, vamos trabalhar" (Disponível em: [http://noticias.band.uol.com.br/brasil/noticia/100000806192/michel-temer-nao-vamos-falar-em-crise-vamos-trabalhar-.html]. Acesso em: 16.12.2016).

17. Inclusive podem ser observados, no site oficial das dez medidas de combate à corrupção, adesivos, camisetas, *outdoors*, *banners* de lona, entre outros (Disponível em: [www.dezmedidas.mpf.mp.br/campanha/produtos]. Acesso em: 18.12.2016).
18. ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 27.
19. HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 111.
20. Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34530 (STF, rel. Ministro Luiz Fux, j. 14.12.2016. DJe 16.12.2016).

Seguiremos para a análise do tópico 2, em que será abordada a relativização das garantias processuais penais e as medidas anticorrupção como verdadeiro Projeto de Lei de Luta/combate ideológico.

3. A relativização das garantias processuais penais e as medidas anticorrupção (Projeto de Lei de Luta)

A proposta foi apresentada sob a numeração 4.850/2016, com cerca de dois milhões de assinaturas coletadas, principalmente via *on-line*, sob a rubrica #CorrupçãoNão.

No anteprojeto, consta que o objeto do texto é estabelecer medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate ao enriquecimento ilícito de agentes públicos. Mas o que o anteprojeto não fala é sobre *a diabolização do outro*. Esse subsistema não serve para melhorar o sistema jurídico, mas para aperfeiçoar a definição de culpados. Essa necessidade incessante se dá porque a identificação com a vítima ocorre de maneira intensa – até mesmo porque todos somos vítimas indiretas da corrupção – e sacrificial. A mídia de massa precisa desqualificar os culpados, para, então, despi-los de qualquer direito, ou seja, aplicar leis excepcionais. Esta é a razão pela qual o Tribunal Regional da 4ª Região aceitou que o(s) processo(s) da Operação Lava Jato não sigam regras preestabelecidas no *jogo processual normal*. Para Antoine Garapon, "A delação está igualmente presente nos programas de televisão que assumem a missão de ajudar a justiça na busca de culpados".[21]

O projeto de combate à corrupção (medidas anticorrupção) busca acabar com o simbolismo dos tipos penais que protegem bens jurídicos importantes. O meio pelo qual se busca este punitivismo é flexibilizar procedimentos criminais, reprimir desvios de bens e aumentar a integridade das eleições e do setor público.

3.1. Processos criminalizantes

A seletividade de determinados crimes sempre foi um tabu para o Direito Penal. Tratamos sempre o sistema penal como um verdadeiro sistema de castas. O colarinho branco não terá o mesmo tratamento do pequeno furto, até mesmo porque, recentemente, o ladrão de galinha tem uma pena de 2 a 5

21. GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia:* o guardião de promessas. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 111.

anos[22] e não tem possibilidade de efetuar uma delação premiada, conforme a Lei 12.850/2013. Isso ocorre pela continuidade de que o sistema penal continua sendo direcionado aos pobres.

Simbolicamente, as *grandes operações* são formas de autoafirmação de pessoas com a ferida narcísica do sistema de justiça criminal. Termos como *a impunidade*, *a prescrição*, *podem pagar advogados caros* são recorrentes para justificar a relativização de garantias fundamentais.[23]

3.2. Seletividade política dos corruptos

O Sistema Punitivo, em sua história e em sua permanência histórica, sempre indicou aqueles que pretendia eliminar. Assim, os critérios eram destinados pela raça, classe, orientação religiosa, crenças e atitudes (códigos, valores e sinais).

Atualmente, um novo inimigo tinha que ser selecionado. Isso ocorre porque alguém deve ser o fio condutor para canalizar a pulsão vingativa do Estado, nas palavras de Eugênio Zaffaroni[24]. A corrupção de alguns foi determinante para isso. Geralmente são selecionados por partido político, por bandeiras de proteção dos direitos dos mais pobres, pelos interesses dos mais ricos e por fatores que ainda deixam a percepção de mundo como uma sociedade de classes.

Na produção dessa seletividade, primeiramente avançamos como tragédia e construímos um projeto de (des)medidas contra a corrupção na criminalização primária. A criminalização secundária já é definida pela distribuição de

22. Lei 13.330, de agosto de 2016: "Art. 155. [...] § 6º A pena é de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos se a subtração for de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração".

23. Esse argumento sobre a não aplicabilidade das explicações convencionais encontra-se na obra de Edwin Sutherland: "Pessoas da classe socioeconômica mais alta são mais poderosas politicamente e financeiramente e escapam da prisão e da condenação em maior escala que pessoas que carecem deste poder. Pessoas abastadas podem contratar advogados habilidosos e outras vezes podem influenciar a administração da justiça em seu próprio favor de maneira mais efetiva que pessoas da classe socioeconômica mais baixa. Os criminosos profissionais, que possuem poder político e econômico, escapam da prisão e da condenação de forma mais efetiva que os criminosos amadores e eventuais, que têm pouco poder econômico e político. Esta propensão, mesmo que indubitável, não tem recebido grande importância do ponto de vista teórico" (SUTHERLAND, Edwin. *Crime do colarinho branco:* versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p 32).

24. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos:* conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 417-439.

privilégios aos ricos delatores e pela opressão firmada contra os políticos de determinado partido. A criminalização terciária se dá pela total impunidade de delatores e a contenção de algumas pessoas condenadas não em razão das provas, mas da convicção da prática corruptora.

Nesse aspecto, Juarez Cirino dos Santos menciona que a Operação Lava Jato declara a realidade de um sistema penal subterrâneo exposto concretamente pelo Direito e Processo Penal, "(…) constituindo-se num poderoso instrumento de definição do inimigo (seletividade e criminalização secundária) e de combate a ele, operacionalização esta que é conhecida pelo Direito Internacional como tática de *lawfare*, ou utilização do Direito como arma de guerra para exterminar um inimigo"[25].

3.3. Transformação do processo penal em cerimonial midiático de degradação

O projeto de lei anticorrupção pretende, dentre outras propostas, ampliar os recursos ao Ministério Público para o enfrentamento da corrupção em uma vertente educativa (midiático-manipuladora)[26], bem como treinar (adestrar) e reciclar (tornar útil o lixo)[27] os servidores públicos a cada cinco anos.

Vários autores já escreveram sobre o processo penal e sua forma espetaculosa[28] de *degradar*[29] os réus. A relação incestuosa entre Poder Público e Privado

25. SANTOS, Juarez Cirino. *O martelo de Moro:* a Operação Lava Jato e o surgimento dos juízes *partisans* no Brasil, 2017, p. 20 (mimeo).

26. A proposta dispõe no artigo 2º que: "Durante o prazo mínimo de 15 (quinze) anos, do total dos recursos empregados em publicidade, serão investidos percentuais não inferiores a 15% (quinze por cento) pela União, a 10% (dez por cento) pelos Estados e pelo Distrito Federal e Territórios, e a 5% (cinco por cento) pelos Municípios, para ações e programas de *marketing* voltados a estabelecer uma cultura de intolerância à corrupção. § 1º As ações e os programas de *marketing* a que se refere o *caput* incluirão medidas de conscientização dos danos sociais e individuais causados pela corrupção, o apoio público para medidas contra a corrupção, o incentivo para a apresentação de notícias e denúncias relativas à corrupção e o desestímulo, nas esferas pública e privada, a esse tipo de prática. § 2º A proporção estabelecida no *caput* deverá ser mantida em relação ao tempo de uso do rádio, da televisão e de outras mídias de massa".

27. Cita a proposta: "Art. 3º (…) § 2º A Administração Pública assegurará que, a cada 5 anos, todos os agentes públicos sejam treinados ou reciclados quanto aos procedimentos e às rotinas mencionados no *caput*".

28. CASARA, Rubens R. R. A espetacularização do processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 24, v. 122, p. 309-318, ago. 2016.

29. GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia:* o guardião das promessas. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

é ignóbil, mas não é menos do que a mídia de massa convertendo os drásticos problemas estruturais e de corrupção do Brasil em espetáculo.

> O trabalho das agências do sistema penal é um combustível barato que alimenta o motor da manipulação midiática. Barato e eficaz, pois cria estereótipos de mocinhos e bandidos, de vítimas e algozes, e, com isso, estimula a passionalidade e bloqueia a reflexão racional. Quando deveria informar para emancipar, a mínima noticia para distorcer e cegar. Muito embora a opressão e os abusos que marcam o exercício do poder punitivo não possam ser escondidos, raramente há, sobre eles, um juízo crítico autônomo no senso comum. Ao contrário, vê-se mais apoio e legitimação do que repulsa e negação. É evidente que os processos de criminalização (primária e secundária) não realizam os fins que lhes são oficialmente atribuídos. Não evitam crimes, não ressocializam os criminosos, não satisfazem os interesses da vítima, não promovem paz social. Em verdade, produzem um gritante paradoxo em relação às suas funções declaradas: excluem, dominam, submetem, maltratam, estigmatizam, matam.[30]

Existe no processo judicial da Operação Lava Jato a adesão do próprio Tribunal ao escracho público dos réus: "a publicidade das investigações tem sido o mais eficaz meio de garantir que não seja obstruído um conjunto, inédito na administração da justiça brasileira, de investigações e processos criminais – 'Operação Lava Jato' –, voltados contra altos agentes públicos e poderes privados até hoje intocados".[31]

Joseph R. Gusfield, em *O passo moral:* o processo simbólico nas designações públicas do desvio, trabalha a função instrumental e simbólica da lei e o conteúdo da atribuição do desviante na condição de *estranho* à comunidade. Essa contribuição simbólica de designações da condição de *outsider* é uma forma simbólica de determinar quem são os delinquentes, baseada no *status* moral do outro daninho.[32] O outro daninho, para a grande mídia de massa, não são os corruptores, mas, sim, os corruptos. Estes são *delatados* por *delatores* e por instrumentos de *controle social informal* (mídia).

30. GOMES, Marcus Alan de Melo. Crítica à cobertura midiática da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 24, v. 122, p. 235-236, ago. 2016.
31. Processo Administrativo Disciplinar. Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Autos 000302132.2016.4.04.8000/RS.
32. GUSFIELD, Joseph R. El paso moral: el proceso simbólico em las designaciones públicas de la desviación. In: DEL OLMO, Rosa (Org.). *Estigmatizacion y conducta desviada*. Maracaibo: Universidad del Zulia, 1973, p. 73.

Uma ação realizada pelos representantes governamentais – únicos legítimos a praticar atos em nome da vontade coletiva de determinado grupo – detém uma função simbólica que afeta as normas públicas. Joseph R. Gusfield afirma que, em razão de uma sociedade ser pluralista, esta deve ser pautada na imparcialidade. Logo, a atuação dos funcionários do Estado não pode inclinar-se em favor ou desfavor de determinado grupo, por mais demanda por ordem que possa haver. Cada vez mais o poder público se inclina para a satisfação de interesses privados. Até mesmo porque, conforme preconiza o próprio autor, a "lei simboliza uma afirmação pública dos ideais e normas sociais, assim como um meio de controle social direto".[33]

Segundo o estudo de Joseph R. Gusfield, quando a lei prescreve uma conduta e, em razão da rotina e incorporada na estrutura social ela é violada, este comportamento raramente é reprovado. Isso ocorre porque se trata de um fenômeno denominado de *evasão estruturada socialmente*. Podemos afirmar que a corrupção no Brasil também é um comportamento reprovável com evasão estruturada.[34]

Poderia ser cogitada a forma pela qual o sistema punitivo (criminalização secundária) se desenvolve para atender à satisfação da moral coletiva para que esse sentimento de impunidade seja simbolicamente neutralizado.[35]

Existe, assim, uma separação lógica entre a função instrumental da norma e a função simbólica da norma, no que se reporta ao controle legal e governamental dos criminalizados.[36] Essa diferença moral é refletida no processo de criminalização secundária, em que determinados crimes respeitáveis não são puníveis, enquanto os delitos dos mais frágeis são frequentemente submetidos ao processo penal e à execração pública da grande mídia de massa. Quando o criminalizado é considerado um inimigo, a norma convencional é suspensa ou atacada de modo mais explícito.[37] Isso se dá porque o desviado (crimina-

33. Idem, p. 75.

34. Ibidem.

35. Idem, p. 76-77.

36. Idem, p. 80.

37. "A designação da conduta culturalmente legítima como desviada depende do poder superior e da organização dos designadores. O conceito de convenção nesta área é a vontade do mais forte. Se o desviado é um grupo politicamente débil, então a designação está sujeita às mudanças e às contingências da sorte política. Isso converte-se em um tema de conflito político, colocando grupos contra grupos e cultura contra cultura, no esforço para determinar quais morais serão designadas meritórias. Quando o desviado é também um inimigo, e seu desvio é um aspecto da cultura grupal, a

lizado) e o designador (criminalizador) se veem como inimigos. O poder do criminalizador de designar rotulagem faz com que exista uma dominação sem legitimidade. Assim, "qualquer coisa que aumente o poder do desviado para organizar e atacar a norma é uma ameaça à dominação social simbolizada na afirmação da norma".[38]

O protagonismo da designação pública do que é criminalizado pode mudar com o tempo e se relaciona com elementos de poder político, com mudanças da opinião pública (e sua manipulação) e com o desenvolvimento dos movimentos sociais, bem como com a atuação das cruzadas morais.[39] A *designação pública do desvio* (rótulo) é uma forma de um pequeno grupo político e econômico tornar-se imune ao sistema penal através do processo de designação, ou seja, a criminalização secundária somente afeta os rotulados, vítimas da *designação pública do desvio*.

A justiça penal, sob a perspectiva de um ritual de degradação do indivíduo, retorna à lógica do bode expiatório, própria de uma sociedade em crise, em que os valores se perderam na fragmentação da economia de barbárie.[40] Segundo Antoine Garapon, "a justiça comporta-se como uma máquina simbólica sem dono e por isto tem vários".[41] Os donos da *machina* de degradação são a classe dominante, ou seja, a mídia.[42]

O mecanismo sacrificial segue a lógica do bode expiatório porque o passado se reduz a um fato, o fato, a uma causa e a causa, a um responsável.[43]

A ritualização da degradação judiciária, que segue a estrutura da violência simbólica, extrapola seus limites formais e utiliza-se de uma formatação subterrânea (justiça penal informal). As fronteiras entre a responsabilidade

---

norma convencional é atacada mais explícita e energicamente. Quando aqueles que são designados como desviados obtiverem suficiente poder político, podem substituir a desobediência por um esforço para mudar a própria designação. Isso tem ocorrido certamente nos movimentos de direitos civis. Condutas que têm sido observadas como desviadas na sociedade segregacionista têm sido consideradas problemáticas e sujeitas ao processo político de conflito e compromisso destes momentos" (Idem, p. 81). (tradução nossa)

38. Idem, p. 81.
39. Idem, p. 89-90.
40. GARAPON, Antoine. *Bem julgar:* ensaio sobre o ritual judiciário. Trad. Pedro Felipe Henriques. Lisboa: Piaget, 1997, p. 247.
41. Idem, p. 250.
42. Ibidem.
43. Idem, p. 254.

jurídica e o ritual de desqualificação da vítima são pequenas: "este se realiza no plano do espetáculo, o que justifica a primeira no plano do direito. O ritual judiciário serviria então para construir o crime e o criminoso como objetos sociais de repulsa".[44] Da mesma forma, quando a vítima se identifica com o estereótipo degradado, converte-se também em bode expiatório. Inverte-se assim sua real condição para satisfazer a catarse da sociedade. Sobre esses elementos de *justiça penal subterrânea (informal)* e *catarse coletiva (da sociedade)*, completa Vera Regina Pereira Andrade:

> É o tempo de catarse coletiva. Mas se a mídia se transmuda de mecanismo legitimador em mecanismo executório informal do sistema penal, a pena de prisão, desde sempre violência institucional, também se transmuda, mais do que nunca, de mecanismo executório em mecanismo exterminador, ou seja, em risco de pena de morte indireta. O que está em jogo, e devemos capturar aqui, é também a expansão, a maximização da pena de morte em tempo de paz, radicaliza-se a pena de morte informal por dentro do controle penal formal, particularmente no *input* (poder policial) e no *output* (poder prisional) do sistema penal. Há polícias que matam e há prisões que matam. Uma sentença condenatória à pena de prisão representa hoje uma sentença condenatória ao risco da pena de morte indireta, e sobre isto tem de haver mais do que mediana clareza.[45]

O motivo pelo qual há condenações criminais em crimes de corrupção é tão somente produzir um falso sentimento de pacificação (probidade) social e moral mediante o cerimonial de degradação. Trata-se de uma função simbólica, exercida pela justiça penal.[46]

---

44. Idem, p. 255.
45. ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Pelas mãos da criminologia:* o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 167-168.
46. GARAPON, Antoine, op. cit., p. 259. Ainda o mesmo autor afirma: "Para cumprir a sua função, o dispositivo ritual deve assim apresentar conjuntamente os dois sistemas de valores em que se integram, respectivamente, a sociedade (a ordem, a regra, a coesão, a unidade) e o indivíduo isolado (o crime, o caos). Além disso, deve designar um único responsável por essa tensão, cuja expulsão será suficiente para se reencontrar a paz. O grupo social liberta-se assim dos seus impulsos anti-sociais e dos germes de discórdia e de violência que o traziam sob ameaça. É claramente necessário encontrar um culpado para nos libertar dessa dupla angústia da morte e da violência, mas não um culpado qualquer: um culpado com gula de assassino e que muito provavelmente se tornará *um outro*. Um culpado de tal forma desprezível que nos faça sentir puros em relação a ele. É esse o preço da unanimidade. O processo reúne todo o grupo social para praticar um acto em comum" (ibidem).

4. Processo penal de combate à corrupção

O processo penal de combate à corrupção (do inimigo) apresentava dificuldades em sua consolidação. A Lei 9.034/1995 proclamava no preâmbulo que era uma lei *de combate* às *organizações criminosas e associações criminosas*, mas não conceituava o que era organização criminosa, muito menos determinava como era o processo penal de combate ao crime organizado; somente dava compreensão a alguns institutos, como, por exemplo, o agente infiltrado.

Com a Lei 12.850/2013, fica claro o conceito tipológico do que é crime organizado e como é o processo de combate ao crime organizado. No entanto, nada disse a respectiva lei sobre flexibilizações de direitos e garantias fundamentais.

O Direito Penal do Inimigo é aquele aplicado para os não cidadãos, no qual resta a coação como pena.[47] Antes de Günther Jakobs escrever pela primeira vez sobre o Direito Penal do Inimigo (1985)[48], Alessandro Baratta e Michael Silbinaje manifestavam-se, em 1982, sobre *A legislação de emergência e a cultura jurídica garantista no processo penal*.[49] Para a legislação de emergência e a cultura jurídica garantista, principalmente a corrupção e o terrorismo eram alvos de normas de exceção. Da mesma forma esclarece precisamente Luigi Ferrajoli:

> Estas feridas não cicatrizaram. Elas mudaram, muito mais do que a lei, a cultura dos juízes, consolidando-se nas praxes e na deontologia profissional. E como a praxe encontra-se sempre a um grau mais baixo em relação à legalidade formal, por mais desconexa que seja, o desprendimento judicial das garantias superou em grande parte os desvarios legislativos, manifestando-se frequentemente em métodos de investigação e do juízo contrários às próprias leis de exceção. À exceção do terrorismo, de outra parte, acrescentam-se nos anos oitenta muitas outras exceções: a máfia, a camorra, o tráfico internacional de drogas e de armas, a alta criminalidade econômica e financeira, a corrupção política e administrativa.[50]

47. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo:* noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 22.

48. JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

49. BARATTA, Alessandro; SILBERNAGL, Michael. La legislazione dell´emergenza e la cultura giuridica garantista nel processo penale. *Dei delitti e delle pene*. Bari, n. 1, p. 543-593, set.-dic. 1983.

50. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 757.

As garantias processuais são consideradas como contradições da inocuização dos inimigos. Trata-se de um "processo decisionista e inquisitório fundado no princípio schmittianamente político do amigo/inimigo".[51] A configuração fraturada do Estado é essencial para a da seletividade penal, segundo Juarez Cirino dos Santos:

> O sistema penal atua de forma seletiva, porque não é imparcial. Nenhum subsistema de poder pode sê-lo. Ele se assume como um *duplo*, como uma forma *centaurea*, transitando em vários níveis do político, da política à guerra, da lei à violência mais aberta. O Aparelho de Estado funciona, internamente, na forma de Estado-duplo: Estado de direito/Estado de exceção. Legalidade e ilegalidade são faces do mesmo fenômeno, um binômio complementar do poder político moderno.[52]

O que marca este sistema é a luta contra a criminalidade organizada; nele, o processo se converte em instrumento binário entre acusação e julgador para eliminar os daninhos do sistema.

No que se refere à Operação Lava Jato, que se utiliza como instrumento de observação, o *Processo Penal de Exceção* torna-se evidente regra. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região declara, em decisão sobre representação contra o magistrado presidente do(s) processo(s), que o caso é "inédito, (único, excepcional) no direito brasileiro. Em tais condições, neles haverá situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns".

Esse decisionismo já é referendado pelo Supremo Tribunal Federal, principalmente quando se refere ao sigilo das correspondências e sua flexibilização quando para não albergar práticas ilícitas. O que ocorre é que esse tipo de prática – interceptação de correspondência – ocorre dentro dos presídios, nos termos do art. 41 da Lei de Execução Penal, remetido por presos condenados (com culpa formada).[53]

Por analogia, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região entendeu que o sigilo das comunicações telefônicas também sofreria essa relativização. "(…) cabe enfatizar que, antes da Reclamação n. 23.457, não havia precedente jurisprudencial de tribunal superior aplicável pelo representado, mesmo porque,

51. FERRAJOLI, Luigi. Emergenza penale e crisi dela giurisdizione. *Dei Delitti e Delle Pene*. Bari, n. 2, p. 271-292, mag.-ago. 1984. (tradução nossa)

52. SANTOS, Juarez Cirino. *O martelo de Moro:* a Operação Lava Jato e o surgimento dos juízes *partisans* no Brasil, 2017, p. 20 (mimeo), p. 13.

53. STF, HC 70.814, 1ª T., rel. Min. Celso de Mello, *DJe* 24.06.1994.

como antes exposto, as investigações e processos criminais da chamada 'Operação Lava Jato' constituem caso inédito, trazem problemas inéditos e exigem soluções inéditas. Em tal contexto, não se pode censurar o magistrado, ao adotar medidas preventivas da obstrução das investigações da Operação Lava Jato. Apenas a partir desse precedente do STF (Rcl n. 23.457) é que os juízes brasileiros, incluso o magistrado representado, dispõem de orientação clara e segura a respeito dos limites do sigilo das comunicações telefônicas interceptadas para fins de investigação criminal".[54]

Em alguns casos proferidos no Supremo Tribunal Federal, utilizou-se da teoria do Estado de Exceção de Carl Schmidt, constitucionalista nazista, que definiu o *Político Soberano* como aquele que determina o Estado de Exceção.[55] O que ocorre na Operação Lava Jato é o Estado de Exceção convertendo-se em regra.

4.1. A ductibilidade das garantias processuais penais

O termo "dúctil" expressa o grau de capacidade que determinado material tem de se deformar até o ponto de fratura. Os neoconstitucionalistas, neopositivistas, ou todos aqueles que se dizem novos, defendem a ductibilidade, a maleabilidade. Não entenderam corretamente que alguns magistrados-paladinos, em sua cruzada moral, valem-se desses postulados para fraturar o sistema de garantias fundamentais.

Primeiramente, temos a presunção da inocência, segundo a qual a convicção deveria ser gerada por provas; posteriormente, há o direito ao juiz imparcial, seguindo para o devido processo e traduzindo-se na ampla defesa.

Para os neoconstitucionalistas, em especial Robert Alexy, o sistema de garantias fundamentais é poroso, maleável, comportando a sua flexibilidade para a resolução dos chamados casos difíceis – principalmente abordados por Ronald Dworkin –, em que haja conflitos entre dois tipos de direitos/princípios. No entanto, esta teoria foi levada ao extremo ao entender que é possível a ruptura do sistema de garantias em prol da opressão punitiva e do interesse da sociedade.[56]

Ronald Dworkin, ao se referendar à teoria liberal do direito como a teoria dominante para além das estruturas positivistas em que direitos não guardam

54. Processo Administrativo Disciplinar. Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Autos 000302132.2016.4.04.8000/RS.

55. SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

56. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 23-25.

ressalvas fora da lei, também preconiza que decisões morais em determinados casos são importantes para a produção de uma discriminação compensatória. Esta discriminação tem como finalidade romper com determinadas injustiças sociais, viabilizando igualdade de acesso aos bens positivos da sociedade. Apesar de racional o argumento de Ronald Dworkin, tal prática dá margem para decisionismos, por exemplo, julgar *conforme minha consciência*[57], consolidando verdadeiros tribunais da *consciência*, ou seja, dos preconceitos judicantes (jurisprudências de valores). Ronald Dworkin, no entanto, repudia que comportamentos tidos como imorais pelas grandes massas possam ser definidos como crime; como equiparação, dá como exemplo a reprovação moral da homossexualidade e da prostituição, em que uma condenação pública é insuficiente para a justificação de criminalização de determinado ato. Afirma Dworkin que "Isto parece inconsistente com nossas tradições de liberdade individual e com nosso conhecimento de que os preceitos morais das multidões, mesmo as maiores, não podem ser afiançados como verdadeiros"[58]. Utilizar o argumento de que é importante a participação das multidões para condenar o corrupto ao ostracismo[59], como mencionado pelo magistrado da Operação Lava Jato, não pode afiançar nem a construção de tutela penal, muito menos a sua aplicação. Trata-se de posição (i)moral do magistrado, que, no dizer de Ronald Dworkin, consistiria em uma forma de racionalização de seus preconceitos, aversões ou gostos pessoais – inclusive políticos – para justificar determinado ato discriminatório.[60] David Garland alerta sobre essa postura, que é "uma corrente marcadamente populista nas políticas penais, que desqualifica as elites profissionais e que invoca a autoridade da 'população', do senso comum, do retorno ao básico".[61]

57. STRECK, Lenio. *O que é isto – Decido conforme minha consciência*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. O autor menciona nesta obra várias decisões judiciais que usam a função ativista-judicante para legitimar qualquer tipo de argumento condenatório; entre elas, vale mencionar a decisão do Superior Tribunal de Justiça: "se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência" (p. 22).
58. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 372.
59. MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. *Revista CEJ* – Conselho Justiça Federal, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul.-set. 2004.
60. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 384.
61. GARLAND, David. *A cultura do controle:* crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 58.

Existe a necessidade de se verificar que um sistema aberto, poroso nas garantias fundamentais, não é lugar para antigarantias ou para a *fratura* entre um sistema penal comum e um sistema penal do inimigo reconhecido pelo próprio Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

O sistema de garantias foi tão deformado (ductibilidade exagerada) que se fraturou em outro sistema, razão pela qual há uma Petição na ONU que subscreve o jurista australiano Robert Geoffrey Robertson. Nesse documento, aponta-se para diversas violações de direitos dos acusados na Operação Lava Jato, entre eles: artigo 9 (1) e (4) – proteção contra prisão ou detenção arbitrária; artigo 14 (1) – direito a um tribunal independente e imparcial; artigo 14 (2) – direito de ser presumido inocente até que se prove a culpa por lei; e artigo 17 – proteção contra interferências arbitrárias ou ilegais na privacidade, família, lar ou correspondência, e contra ofensas ilegais à honra ou reputação.[62]

A descrença da população em todos os setores políticos e institucionais converteu o Poder Judiciário em *guardião de todas as promessas* políticas, para usar um termo de Antoine Garapon. Isso fez com que o neoconstitucionalismo ganhasse força e uma própria estrutura no Brasil, muito expressada pelo ativismo. No entanto, este novo governo de juízes começa a ultrapassar limites democráticos, como ocorre na violação do princípio da imparcialidade. Sobre o tema:

O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o "déficit democrático" de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos.[63]

Sob a esteira de fundamentar o Estado de Exceção, que vai além do direito de guerra, afirma Giorgio Agamben: "é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade, uma zona de indiferença capturada pela norma. De sorte que não é a exceção que se subtrai à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção"[64].

62. Petição do Lula na Organização das Nações Unidas. Disponível em: [http://s.conjur.com.br/dl/leia-integra-peticao-lula-onu.pdf]. Acesso em: 12.03.2017.

63. GARAPON, Antoine. *Bem julgar:* ensaio sobre o ritual judiciário. Trad. Pedro Felipe Henriques. Lisboa: Piaget, 1997, p. 48.

64. AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer* – O poder soberano e a vida nua. Trad. Henrique Burgo. Belo Horizonte: UFMG, 2004, p. 26-27.

As garantias de imparcialidade constam em grau constitucional e convencional. A Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe, em seu artigo 8, I, que "toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial".[65] O Pacto de Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 14, § 1º, dispõe no mesmo sentido. São regras que também devem ser extraídas da própria Constituição Federal, no artigo 5º, XXXVII e LIII. Esses dispositivos visam a traduzir o processo penal em um *fair play*, um processo justo, mas que infelizmente não se encontra na realidade, nesse verdadeiro jogo perigoso, no qual a liberdade de locomoção está à mercê da forma midiática em que se projeta a demanda por ordem e ao *punitivismo-ativista* de magistrados que alegam *defender a sociedade*.

Uma justiça que depende da mídia para ter eficácia é uma justiça parcial, pois está à subserviência dos interesses das classes conservadoras, para as quais a luta contra a corrupção é bandeira que traveste seu principal interesse: a ruptura de um determinado modelo de governo (bem-estar) para um governo de poucos para poucos.

5. Conclusão

Atualmente, a sociedade brasileira, mais do que nunca, acompanha os noticiários e os jornais para além das notícias futebolísticas. O espetáculo é outro: a Operação Lava Jato e o protagonismo do Juiz Sérgio Moro.

Trata-se de verdadeiro movimento norteado pelos cruzados morais da criminalização midiática, que determina o discurso de ódio maniqueísta: bem/mal, esquerda/direita e corrupto/honesto. Esta binariedade é orientada pelos protagonistas da Operação Lava Jato, em que se prega a figura do juiz-acusador como algo normal.

A síntese materializa-se na ruptura da garantia do juiz natural-imparcial e na formulação populista de um projeto de lei de iniciativa popular: 4.850/2016.

A Operação Lava Jato, simbolicamente, tem o condão da criminalização dos poderosos, até hoje tidos como imunes ao poder punitivo. No entanto, busca uma reformulação político-criminal e judiciária, traduzidas em flexibilização de garantias fundamentais e consolidação dos juízes ativistas-punitivistas.

65. Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), 1969.

6. Referências bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer* – O poder soberano e a vida nua. Trad. Henrique Burgo. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Pelas mãos da criminologia:* o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ANITUA, Gabriel Inácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal:* introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

BARATTA, Alessandro; SILBERNAGL, Michael. La legislazione dell'emergenza e la cultura giuridica garantista nel processo penale. *Dei delitti e delle pene*. Bari, n. 1, p. 543-593, set.-dic. 1983.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CASARA, Rubens R. R. A espetacularização do processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 24, v. 122, p. 309-318, ago. 2016.

COHEN, Stanley. *Folks devils and moral panics:* the creation of the mods and rockers. 3. ed. Londres: Routledge, 1973.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Emergenza penale e crisi dela giurisdizione. *Dei delitti e delle pene*. Bari, n. 2, p. 271-292, mag.-ago. 1984.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar:* ensaio sobre o ritual judiciário. Trad. Pedro Felipe Henriques. Lisboa: Piaget, 1997.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia:* o guardião das promessas. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

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

GOMES, Marcus Alan de Melo. Crítica à cobertura midiática da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 24, v. 122, p. 235-236, ago. 2016.

GUSFIELD, Joseph R. El Paso moral: el proceso simbólico en las designaciones públicas de la desviación. In: DEL OLMO, Rosa (Org.). *Estigmatizacion y conducta desviada*. Maracaibo: Universidad del Zulia, 1973.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo:* noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MARTINS, Luis Gracia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARX, Karl. *Os despossuídos*. São Paulo: Boitempo, 2017.

MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. *Revista CEJ* – Conselho Justiça Federal, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul.-set. 2004.

REICH, Wilhelm. *Psicologia das massas do fascismo*. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

SANTOS, Juarez Cirino. *O martelo de Moro:* a Operação Lava Jato e o surgimento dos juízes *partisans* no Brasil, 2017 (mimeo).

SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

STRECK, Lenio. *O que é isto – Decido conforme minha consciência*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SUTHERLAND, Edwin. *Crime do colarinho branco:* versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TARDE, Gabriel. *A opinião e as massas*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TARDE, Gabriel. *As leis da imitação*. Porto: Editora Rés, s/d.

WEBER, Max. *Economia e sociedade:* fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília e São Paulo: Editora UNB, 2004, v. 2.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos:* conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato, de Renato de Mello Jorge Silveira – *RBCCrim* 122/255-280 (DTR\2016\22988);
- Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato", de Thiago Bottino – *RBCCrim* 122/359-390 (DTR\2016\22984);
- Crítica à cobertura midiática da Operação Lava Jato, de Marcus Alan de Melo Gomes – *RBCCrim* 122/229-253 (DTR\2016\22989); e
- O processo penal em tempos de excepcionalidade: o direito se pondo a "correr" e a flexibilização das garantias constitucionais, a nova cartografia do controle social, de José Francisco Dias da Costa Lyra – *RBCCrim* 119/127-164 (DTR\2016\4877).

Análise criminológica da corrupção: uma visão despenalizante

Criminological analysis of corruption: a decriminalizing view

Jairton Ferraz Júnior

Pós-Graduando em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC (Instituto de Criminologia e Política Criminal). Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo/SP. Membro do IBCCRIM. Membro do grupo de estudos Modernas Tendências da Teoria do Delito, da Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo/SP. Membro do CPECC (Centro de Pesquisa e Extensão em Ciências Criminais), da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (Universidade de São Paulo-USP). Advogado criminalista.
jairtonferraz@gmail.com

Recebido em: 02.04.2017
Aprovado em: 27.04.2017
Última versão do autor: 09.05.2017

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente estudo tem por objetivo analisar o fenômeno da corrupção a partir das lentes da Criminologia. Assim, num primeiro momento, utilizando-se de um método multidisciplinar, buscar-se-á apropriar-se de conhecimentos relevantes fornecidos pelas mais diversas áreas – história, sociologia, filosofia, economia, política etc. – e sistematizá-los com vistas a construir uma amálgama necessária para melhor compreender o fenômeno. Num segundo momento, adotando-se a Criminologia Crítica de viés democrático e antipunitivista como referencial teórico, buscar-se-á demonstrar que, apesar de a corrupção possuir considerável nocividade social, o Direto Penal das sociedades capitalistas mostra-se inábil para resolver problemas sociais (como a corrupção) em suas origens, constituindo apenas um mecanismo de repressão tardia e seletiva. Ao final, pretende o presente trabalho oferecer direções teóricas e propostas práticas

Abstract: This study aims to analyze the phenomenon of corruption from a criminological perspective. Thus, at first, using a multidisciplinary method, we aim to capture relevant knowledge from different areas – history, sociology, philosophy, economy, politics etc. – and systematize them in order to make a required amalgam to better understand the phenomenon. At second, using a democratic and antipunitivist Critical Criminology as theoretical reference, we aim to demonstrate that, despite the fact that corruption has considerable social harmfulness, the Criminal Law of the capitalist societies is unable to solve social problems (like corruption) in its origins, being only a mechanism of late and selective repression. At end, this article intends to offer theoretical directions and practical proposals to deal with corruption in an efficient way inside the current Brazilian conjuncture, without violating fundamental

para lidar com a corrupção de maneira eficiente dentro da conjuntura brasileira atual, sem que isso represente a vulneração de direitos e garantias fundamentais – os alicerces do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Corrupção – Criminologia – Ineficiência do direito penal – Vulneração de direitos e garantias fundamentais – Controle preventivo multidisciplinar.

rights and guarantees – the foundations of the Democratic State of Law.

Keywords: Corruption – Criminology – Inefficiency of criminal law – Violation of fundamental rights and guarantees – Preventive multidisciplinary control.

Sumário: 1. Introdução: o conceito de corrupção. 2. Perspectivas criminológicas sobre a corrupção. 2.1. Perspectiva econômica. 2.2. Perspectiva cultural. 2.3. Perspectiva sociológica. 2.4. Perspectiva individual. 2.5. Perspectiva crítica ou internacionalista. 3. Da aplicação de um Direito Penal autoritário e demagogo: ineficiência da repressão penal e vulneração de direitos e garantias fundamentais. 4. Proposições e notas conclusivas. 5. Bibliografia.

1. Introdução: o conceito de corrupção

Sabe-se que o termo corrupção é plurívoco, ostentando várias acepções. Com efeito, Rose-Ackerman e Palifka asseveram que "[o termo] corrupção possui muitas conotações e interpretações, variando no tempo e lugar"[1] e, em um quadro sinóptico[2], elencam diversos tipos de corrupção: "suborno, extorsão, troca de favores, nepotismo, oligarquia, fraude judicial, fraude contábil, fraude eleitoral, fraude no serviço público, peculato, cleptocracia, tráfico de influência, conflitos de interesse"[3].

Por outro lado, valendo-se de outra classificação, Bobbio distingue apenas três tipos de corrupção:

> (...) a prática de peita ou o uso da recompensa escondida para mudar a seu favor o sentir de um funcionário público; o nepotismo, ou concessão de empregos ou contratos públicos baseada não no mérito, mas nas

1. No original: "corruption has many connotations and interpretations, varying by time and place." (ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and government*: causes, consequences and reform. Second Edition. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 7).
2. Ibidem, p. 8-9.
3. No original: "(...) bribery, extortion, exchange of favors, nepotism, cronyism, judicial fraud, accounting fraud, electoral fraud, public service fraud, embezzlement, kleptocracy, influence peddling, conflicts of interest."

> relações de parentela; o peculato por desvio ou apropriação e destinação de fundos públicos ao uso privado[4].

Ainda, Jasmin pondera que, na verdade, são dois os sentidos básicos do termo corrupção. Um refere-se à corrupção dos princípios, no sentido ético de corrosão dos alicerces de uma estrutura política, social ou comunitária. O outro, mais restritivo, refere-se às transações ilícitas dirigidas a alguém ou por alguém em posição de poder beneficiar-se com um objetivo privado[5].

Vê-se, portanto, que não há consenso quanto à conceituação e classificação do fenômeno da corrupção, dada a imensa variedade de sua conotação. Contudo, se faz necessário, tanto do ponto de vista criminológico quanto jurídico-penal, delimitar um conceito de corrupção que seja útil para nortear as políticas criminais a serem implementadas no tratamento do fenômeno. Ora, não há como lidar de maneira eficiente com o problema sem defini-lo com precisão, sem saber exatamente os limites de sua extensão.

Um passo relevante, nesse sentido, é diferenciar corrupção de imoralidade. Isso é, corrupção deve ser analisada em termos de legalidade/ilegalidade e não em termos de moralidade/imoralidade[6]. Dessa forma, o ato definido (ou a ser definido) como corrupto deve ferir a lei, o ordenamento jurídico em vigor (aplicado *erga omnes*) e não a mera moralidade pública – a qual, aliás, diverge de sociedade para sociedade e de tempos em tempos. Ademais, nem todo ato corrupto pode ser considerado imoral: exemplo disso, retratado por Brüggemann[7],

4. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 291.

5. JASMIN, Marcelo Santus. Tocqueville. *Corrupção*: ensaios e críticas. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2008, p. 73-77.

6. Nesse mesmo sentido, Schilling: "Propõe-se desta forma que a corrupção deve ser considerada em termos de legalidade e ilegalidade e não em termos de moralidade e imoralidade, assim como devem ser levadas em consideração as diferenças que existem entre as práticas sociais e normas legais e a diversidade de avaliação dos comportamentos que se revelam no setor público e privado. Cita, como exemplo desta diferença, o caso de diretor de uma empresa privada que colocasse seu filho em um alto cargo, mesmo sem este possuir os requisitos necessários: isto não seria considerado nepotismo, ao contrário do caso de um diretor de uma empresa pública que atuasse da mesma forma" (SCHILLING, Flávia. *Corrupção:* ilegalidade intolerável? – Comissões parlamentares de inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil (1980-1992). São Paulo: IBCCRIM, 1999, p. 48).

7. BRÜGGEMANN, Henrique Gualberto. O espetáculo da corrupção: o corrupto como produto. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências

foi a abolição da escravidão nos Estados Unidos da América, encabeçada pelo então presidente Abraham Lincoln, que se valeu da corrupção para alcançar o quórum necessário do Poder Legislativo para a aprovação da Emenda Constitucional que determinou a abolição da escravidão. Lincoln e seus correligionários compraram votos, subornaram deputados para que a Emenda libertadora fosse aprovada. Ou seja, a corrupção foi usada para um grande avanço social, extremamente louvável; destarte, nesse casso, a corrupção foi um ato revestido de total moralidade.

Outro passo necessário, no afã de melhor definir o fenômeno da corrupção, é estabelecer que esse sempre envolve um conluio entre uma pessoa investida em alguma função estatal e outra fora dessa função, por meio do qual a primeira pessoa, visando algum benefício em proveito próprio, atua contrariamente ao interesse público em favor do qual foi investida. Ou seja, em todo ato de corrupção, o funcionário público confunde interesses pessoais com interesses públicos, sobrepondo os primeiros aos segundos. Sob essa mesma óptica, Silva alude que corrupção:

> (...) indica o exercício da função estatal mediante recebimento de vantagem ilícita pelo agente público. O agente estatal faz uso da função pública para alcançar vantagem pessoal em detrimento do atendimento do interesse público. Nesse contexto, o agente público corrupto degrada ou deteriora – isto é, corrompe – a autoridade da função estatal que exerce em nome do Estado, pois busca obter vantagem indevida para si ou para outrem, em vez de atender ao bem-estar da sociedade[8].

Cumpre frisar, pois, que a corrupção: *a)* não se confunde com imoralidade e deve ser analisada em termos de legalidade/ilegalidade; e *b)* se dá quando o agente público, mancomunado com um particular, sobrepõe seus interesses pessoais aos interesses públicos, visando obter vantagem indevida.

Dessa forma, pode-se definir a corrupção como um ato de troca, ou seja, um fato consensual por meio do qual ambas as partes envolvidas (o *intraneus* e o *extraneus*) visam auferir vantagens, na maioria das vezes, ilícitas[9]. A título

---

Jurídicas. Orientador: Alexandre Morais da Rosa. Florianópolis, SC, 2013, p. 123. Disponível em: [https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/122996/323923.pdf?sequence=1&isAllowed=y]. Acesso em: 26.12.2016.

8. SILVA, Ivan Luiz da. Dos crimes contra a administração pública. *In*: QUEIROZ, Paulo de Souza (coord.). *Curso de direito penal*: Parte especial. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 1.248.

9. Nesse mesmo sentido, Zaffaroni: "corrupção é a relação que se estabelece entre uma pessoa com poder decisório estatal e outra fora desse poder, em virtude do qual se

exemplificativo, enquadrar-se-ia nesse conceito o caso do motorista que oferece dinheiro ao policial para que este não o multe por dirigir embriagado; o caso do empresário que paga propina às autoridades políticas para que sua empresa "vença" determinada licitação.

Por ser um fato consensual e, na maior parte das vezes, praticado em segredo, o ato de corrupção é de difícil detecção. Justamente por isso que se tem admitido – no ordenamento jurídico brasileiro, na doutrina e na jurisprudência – meios penais e processuais penais que flexibilizam direitos e garantias individuais fundamentais (interceptação telefônica, agente infiltrado, delação premiada, prisão definitiva sem o trânsito em julgado da decisão condenatória, flexibilização do sistema recursal e prescricional etc.) somente para satisfazer a ânsia persecutória, imperando ainda a máxima de que "os fins justificam os meios", como se a intervenção penal fosse a panaceia para os problemas relacionados à corrupção. Abordar-se-á, mais detidamente, tais questões nos capítulos que se seguem; por hora, insta pontuar que a intervenção penal passa longe de ser uma solução eficiente para o problema da corrupção.

2. Perspectivas criminológicas sobre a corrupção

A literatura sobre corrupção é vasta e diversificada. São vários os enfoques, de distintas áreas do conhecimento, utilizados para explicar o fenômeno, suas causas e suas características essenciais. Cabe à Criminologia capturar as inúmeras perspectivas afetas ao tema e sistematizá-las com vistas a fornecer um arcabouço teórico que permita uma melhor compreensão acerca das complexidades do fenômeno. Nesse intuito, podem-se identificar cinco perspectivas criminológicas relacionadas à corrupção, as quais, por diferentes caminhos, procuram explicar as nuanças do fenômeno. Já de antemão ressalta-se que tais perspectivas, abaixo elencadas, devem ser analisadas e consideradas em conjunto – e não cada uma ou apenas algumas isoladamente – para um melhor e mais complexo entendimento do fenômeno.

2.1. Perspectiva econômica

Essa perspectiva explica a corrupção a partir de uma lógica utilitária, isto é, segundo seus expoentes, a avidez humana em obter incremento patrimonial

trocam vantagens, obtendo ambas um incremento patrimonial, em função de um ato (ou omissão) da esfera de poder da primeira em benefício da segunda" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La corrupción: su perspectiva latinoamericana. *In*: OLIVEIRA, Edmundo (org.). *Criminologia crítica*. Belém: Cejup, 1990, p. 371).

constitui a causa principal dos atos de corrupção. Desse modo, a ânsia desenfreada em obter vantagem econômica move os indivíduos a praticarem atos de corrupção, mesmo que o preço seja o abandono da legalidade. Consiste, portanto, a corrupção num verdadeiro culto ao dinheiro, que passa a subjugar todos os interesses e valores sociais, exercendo um verdadeiro domínio sobre o indivíduo. Aderindo tal perspectiva, Sampaio pondera que:

> Como elemento produtivo em sua quarta determinação (como capital), o dinheiro move o funcionamento de todas as forças produtivas, materiais e espirituais. Impõe-se de modo arrasador no cerne de todos os interesses essenciais. (...) A vinculação entre o indivíduo e o dinheiro é da forma de domínio, não do primeiro sobre o segundo, mas de maneira invertida, como uma ditadura do dinheiro sobre a sociedade em todos os âmbitos da vida (trabalho, prazer, vínculos afetivos...). Cobiça-se enriquecer, deseja-se ter dinheiro como se fosse algo natural e uma destinação. O dinheiro então encarna a avidez por todas as delícias e satisfações pessoais. A vontade de enriquecimento pode levar ao paradoxo da avareza. Esse tirânico sentimento tem o dinheiro como o mais precioso e sacralizado bem deste mundo, ainda que não se possa com seu uso gozar as alegrias da vida[10].

Ainda nesse viés, Marx acentua a soberania do dinheiro na sociedade capitalista, a qual ele chama de *mundo das mercadorias*: "de sua figura de servo, que se apresenta como simples meio de circulação, torna-se, de improviso, soberano e deus no mundo das mercadorias"[11].

Até mesmo a psicanálise reconhece o poderio do dinheiro na sua relação com indivíduo, sobretudo no que se refere à forte influência instintiva no inconsciente humano. Morano assevera que, segundo a psicanálise, na relação das pessoas com o dinheiro:

> (...) está também implicada uma "questão de amor"; dito em termos mais freudianos, uma questão de ordem libidinal, inconsciente e com raízes na infância. Isso nos permite compreender, entre outras coisas, porque, assim como ocorre com a sexualidade, o dinheiro provoca tantas reações de dissimulação, falso pudor e hipocrisia[12].

10. SAMPAIO, Simone Sobral. Dinheiro: a mercadoria onipresente. *Revista Ser Social*, Brasília, v. 12, n. 26, p. 221-233, jan.-jun. 2010.
11. MARX, Karl. *Elementos fundamentales para la critica de la economia política:* borrador. 1857-1858 = *Gründrisse*. 16. ed. México: Siglo Veinteuno, 1989, p. 156.
12. MORANO, Carlos Domingues. *Crer depois de Freud*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2003, p. 234.

Logo, indubitavelmente, não se pode negar a enorme influência que a cobiça por bens materiais exerce no comportamento das pessoas (levando-as, até mesmo, a transgredirem as normas sociais vigentes), ainda mais nas sociedades capitalistas, em que a maioria dos bens é quantificável em pecúnia e o grande valor social situa-se no poder de obtenção de mercadorias e acumulação de lucro.

2.2. Perspectiva cultural

Segundo a presente perspectiva, a cultura de uma nação[13] é a causa da corrupção ínsita à sua sociedade, desse modo, fala-se que determinadas nações possuem uma "cultura de corrupção" arraigada em sua tradição.

No caso do Brasil, historiadores e sociólogos apontam que o próprio processo de formação histórica propiciou a difusão de práticas corruptas, as quais passaram a integrar definitivamente a cultura brasileira. Assim, a corrupção, hoje institucionalizada na sociedade, seria fruto de nossa raiz colonial, até mesmo porque:

> (...) somos originários de um país (Portugal) que sempre foi incompetente e inepto na condução de seus próprios negócios e na nossa colonização. Essa é uma constatação que ocorre desde cedo, estimulada pelo ensino oficial de história, e que vem sempre calcada na comparação com universo anglo-saxão, percebido como o simétrico de tudo aquilo que gostaríamos de ser, mas infelizmente não somos em termos institucionais[14].

Não se pode esquecer que, nos primórdios do período colonial, foi instituído no Brasil o sistema de Capitanias Hereditárias: a Coroa, com escassos recursos, delegou a tarefa de colonização e ocupação de determinadas áreas a particulares, mediante doação de lotes de terra. Assim, ainda que os donatários não fossem os proprietários desses lotes, eles tinham sobre os mesmo amplos poderes, entre os quais: criar a administração pública, exercer a função

13. Laland e Hoppitt definem cultura como "padrões de comportamento típicos de uma comunidade, compartilhados pelos membros desta e que são aprendidos e transmitidos pelo convívio social". No original: "group-typical behavior patterns shared by members of a community that rely on socially learned and transmitted information" (LALAND, Kevin N.; HOPPITT, William. Do animals have culture? Evolutionary anthropology: issues, news and reviews, v. 12, issue 3, p. 150-159, 19.05.2003).

14. BARBOSA, Lívia. *O jeitinho brasileiro:* a arte de ser mais igual do que os outros. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 174.

judicial, podendo, inclusive, decretar a morte de escravos, indígenas e homens livres. Destarte, nesse sistema, o público e o privado eram exercidos por uma única pessoa que a todo tempo os confundia: um terreno propício para práticas corruptas[15].

Mesmo com o fim do sistema de Capitanias Hereditárias, os atos de corrupção ainda se mantiveram constantes, tanto durante a Colônia como no período imperial. Nesses dois períodos destaca-se o fato de que os funcionários reais, que ocupavam cargos públicos, valiam-se de suas posições, como representantes do rei, para proveitos pessoais. Tais funcionários, que eram nomeados conforme suas ligações pessoais com o rei, não tinham funções delimitadas e nem hierarquia definida, consequentemente, praticavam mandos e desmandos, excediam às ordens reais e, muitas vezes, acumulavam funções administrativas, legislativas e judiciárias. Ou seja, conforme narra Faoro, quem ocupava um cargo público ostentava poderes e regalias que só essa posição conferia, havendo, por conseguinte, uma "inquieta, ardente, apaixonada caça ao emprego público. Só ele oferece o poder e a glória, só ele eleva, branqueia e decora o nome"[16].

De fato, a sobreposição de interesses pessoais aos públicos, reinante nos primeiros anos da formação social brasileira, constitui o germe do que ocorreria no futuro (a partir da República Velha): o patrimonialismo típico da cultura política das elites brasileiras[17].

Merece destaque, ainda quanto à perspectiva cultural da corrupção no Brasil, o fenômeno do "jeitinho brasileiro", reconhecidamente incorporado à identidade nacional e integrante do próprio *ethos* do brasileiro. Consiste o "jeitinho brasileiro" na criatividade ou ardil, especificamente característica do povo brasileiro em geral, em encontrar uma saída, uma solução para todas as adversidades. Rosenn[18] identifica o fenômeno como "uma forma engenhosa de fazer o impossível, possível; o injusto, justo; e o ilegal, legal"[19] e elenca diferen-

15. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 146 *et seq*.

16. FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. São Paulo: Publifolha, 2000, p. 440.

17. O patrimonialismo será mais detalhadamente abordado no próximo item ("Perspectiva sociológica"), eis que incita reflexões de caráter predominantemente sociológico.

18. ROSENN, Keith S. The jeito: Brazil's institutional bypass of the formal legal system and its developmental implications. *The American Journal of Comparative Law*, v. 19, n. 3, p. 514-549, Summer, 1971.

19. No original: "an ingenious maneuver that renders the impossible, possible; the unjust, just; and the illegal, legal".

tes situações em que o mesmo ocorre, entre as quais se destacam as seguintes (que se enquadram no conceito de corrupção ora sustentado): *i)*

> Quando um servidor público se desvia de suas obrigações legais devido ao recebimento de vantagem econômica de um particular ou visando o ganho de status social (perante a família, amigos, ou grupo ao qual pertença). Ex.: aquele que oferece a maior propina recebe, como recompensa, o contrato público[20].

E *ii)*

> Quando o ritmo de trabalho do servidor público, no exercício de suas obrigações legais, depende do recebimento de vantagem econômica de um particular ou de ganho de status social. Ex.: a solicitação de passaporte permanece meses sem ser processada, a menos que o solicitante conhece um responsável ou lhe fornece propina[21].

Todavia, vale frisar que o "jeitinho brasileiro", enquanto modalidade de corrupção *tupiniquim*, não possui apenas conotação negativa. A propósito, Barbosa aduz que, apesar de sua conotação negativa estar atrelada à "infração dos princípios individualistas, consubstanciados no tratamento impessoal e universalizante (...) no tratamento igualitário de todos perante a lei"[22], sua conotação positiva está relacionada à sua existência necessária para "reparar as desigualdades materiais, as ineficiências do sistema"[23], ostentando, assim, o "emblema de nossa cordialidade, espírito matreiro, conciliador, criativo, caloroso, reafirmando nosso eterno casamento com uma visão de mundo relacional"[24].

Com efeito, atos corruptos foram responsáveis por grandes avanços sociais. Além da já mencionada extinção da escravidão nos EUA, pode-se citar a construção da malha ferroviária daquele país, lançada pelo projeto intitulado *Pacific*

20. No original: "When a public servant deviates from his legal obligations because of private pecuniary or status (friends, family, or clique) gains. E.g., a government contract is awarded to the highest briber."
21. No original: "When the speed with which a public servant performs his legal obligations depends upon private pecuniary or status gains. E.g., a passport application remains unprocessed for months unless the applicant knows or tips someone in the passport office."
22. BARBOSA, Lívia. *Op. cit.*, p. 173-174.
23. *Ibidem*, p. 173.
24. *Ibidem*, p. 175.

Railroad Act (1862), que só foi possível graças a atos possivelmente corruptos; e se não fossem os mesmos talvez os Estados Unidos não fossem hoje um mercado tão avançado[25].

O que se conclui é que nem sempre a corrupção tem um significado negativo. Tal conclusão reforça a necessidade de se tratar a questão de forma racional, distante de qualquer juízo moral. Assim, ao invés de se instalar na sociedade uma verdadeira "cruzada moral" contra a corrupção (como pretendem alguns representantes do Ministério Público, do Judiciário e da mídia de massa) – etiquetando o indivíduo acusado de corrupção como *inimigo* a ser combatido e defendendo o enrijecimento penal em seu desfavor –, o mais profícuo a se fazer certamente consiste em se instalar na sociedade uma "cultura democrática", isto é, de valorização e efetivação plena dos direitos e garantias fundamentais. Os cidadãos, enfim, têm que ser cônscios de que os direitos e garantias fundamentais (sobretudo os de caráter penal material – princípios de legalidade, intervenção mínima e culpabilidade – e processual penal – direito à presunção de inocência, à tutela jurisdicional, a não depor contra si mesmo etc.) devem se sobrepor a qualquer prática penal arbitrariamente rígida, posto que "são pressupostos irrenunciáveis da própria essência do Estado de Direito"[26] e:

> (...) se se admite sua derrogação, ainda que seja em casos pontuais extremos e mui graves, tem-se que admitir também o desmantelamento do Estado de Direito, cujo ordenamento jurídico se converte em um ordenamento ou sem nenhuma referência a um sistema de valores, ou, o que é pior, referido a qualquer sistema, ainda que seja injusto, sempre que seus defensores tenham o poder ou a força suficiente para impô-lo[27].

2.3. Perspectiva sociológica

A perspectiva sociológica busca explicar a corrupção a partir das interações sociais que se estabelecem numa dada sociedade.

A esse respeito, merece destaque Edwin Sutherland, cuja pesquisa, à época (primeira metade do século XX), inédita, sobre a *white-collar criminality*

25. BULHÕES, Antônio. *Elogio da corrupção*. São Paulo: Siciliano, 1990, p. 94 *et seq*.
26. MUÑOZ CONDE, Francisco. De nuevo sobre el "derecho penal del enemigo". *Novos rumos do direito penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 76.
27. *Idem*.

(*criminalidade do colarinho branco*)[28] chocou a sociedade norte-americana ao revelar a existência de crimes cometidos pela elite econômica e política, além de revolucionar o pensamento criminológico ao trazer uma nova explicação para o comportamento criminoso. Até então, o crime era explicado por múltiplos fatores tais como pobreza, lares desfeitos, distúrbios mentais, influência da idade, raça, localização etc.[29] Sutherland, por sua vez, trouxe outra explicação: o comportamento criminoso é aprendido pela interação social (contato social) com grupos pessoais íntimos (principalmente, amigos próximos e familiares), por meio de um processo de comunicação, sobretudo verbal. Assim, o contato com pessoas próximas que praticam determinado comportamento criminoso incute no indivíduo *definições favoráveis ao crime* que o levam a delinquir de maneira semelhante[30].

Ou seja, segundo a teoria de Sutherland, denominada *Teoria da Associação Diferencial*, a criminalidade existe tanto na pobreza como na riqueza; não é uma questão de classe social e sim de interação social. Desse modo:

> (...) jovens podem aprender definições favoráveis ao crime com os membros da gangue de sua vizinhança, assim como executivos são ensinados pelos seus colegas de trabalho que a execução de esquemas fraudulentos é apenas um caminho inteligente de se fazer negócios[31].

Logo, Sutherland pontua que os crimes da elite econômica e política, como a corrupção, ocorrem e se difundem devido às interações sociais ocorridas no âmbito do mundo dos negócios que, em geral, consiste numa verdadeira *associação criminosa*. Ainda, constata que os *criminosos de colarinho branco* – devido ao *status* social e influência que possuem (para determinar o que será ou não objeto da lei penal e como essa será aplicada nas condutas afetas aos seus negócios) – são segregados administrativamente dos outros criminosos e,

28. Tal pesquisa foi publicada em 1949 no livro intitulado *White collar crime*. Cf. a versão traduzida ao português e sem cortes: SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco:* versão sem cortes. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

29. CULLEN, Francis T.; AGNEW, Robert; WILCOX, Pamela. *Criminological theory*: past to present. Fifth edition. New York: Oxford University Press, p. 136.

30. SUTHERLAND, Edwin H; CRESSEY, Donald R. A theory of differential association. *Principles of criminology*, sixth edition, 1960.

31. No original: "juveniles might learn definitions favorable to violation of the law from gang members in their neighborhoods, so too were executives taught by co-workers that fraudulent schemes were just a smart way of doing business" (CULLEN, Francis T.; AGNEW, Robert; WILCOX, Pamela. *Op. cit.,* p. 389).

consequentemente, não são considerados como criminosos reais por eles mesmos, nem pelo público em geral e nem pelos criminólogos tradicionais. Com efeito, enquanto os crimes das classes baixas são alvos da polícia, do Ministério Público, dos juízes e sancionados com penas criminais (sobretudo, prisão e pena de morte); os crimes das elites não resultam em nenhuma ação oficial, ou resultam em ações civis indenizatórias, ou são alvos de procedimentos administrativos com sanções penais mais brandas: ordem para cessar a atividade, perda da licença de funcionamento e, somente em casos extremos, multa ou prisão[32]. Vê-se, pois, que o mérito do estudo de Sutherland consistiu em ter chamado a atenção para a criminalidade cometida pela classe dominante e o quão tal criminalidade, a despeito de sua imensa danosidade social, era desprezada como tal até então.

Quanto à sociedade brasileira e às suas interações sociais relacionadas à corrupção, merece destaque o fenômeno do patrimonialismo, conceito de Max Weber introduzido no Brasil por Sérgio Buarque de Holanda (na já citada obra *Raízes do Brasil*) e aprofundado e difundido por Raymundo Faoro (na também já citada obra *Os donos do poder*). Consiste o patrimonialismo num sistema de dominação patrimonial levado a efeito pela maioria das elites políticas brasileiras que, além de fundamentarem seu poder político pelo imenso patrimônio e influência que possuem – exercendo um poder político arbitrário e pessoal, legitimado pela tradição –, são incapazes de diferenciarem a *res publica* da *res principis*. Assim, tem-se uma relação direta entre patrimonialismo e corrupção, apresentando-se como um vínculo praticamente indissociável, característico das relações sociais no Brasil[33].

No contexto da concepção patrimonialista da cultura política das elites brasileiras, ganham relevo dois fenômenos que estão no cerne do domínio populista histórico no País: o coronelismo e o clientelismo.

O coronelismo embasa-se no poder político exercido pelos grandes proprietários rurais (os coronéis) sobre os trabalhadores rurais de sua região, que são verdadeiros oprimidos sociais: são obrigados a se manterem fiéis aos seus "senhores" (no voto e em obediência) em troca de uma ineficiente "proteção patriarcal" e do acesso a determinados "privilégios" (que, na verdade, são as condições básicas de vida: salários irrisórios, alimento, moradia etc.), cada

32. SUTHERLAND, Edwin H. White-collar criminality. *American Sociological Review* 5, p. 1-12, February 1940.

33. SOUZA, Jessé. Weber. *Corrupção:* ensaios e críticas. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2008, p. 81.

vez mais escassos. Logo, os coronéis fazem de seus territórios de influência verdadeiros "feudos", verdadeiros "reinos de poder" em que mandam e desmandam, exercem o poder político com arbitrariedade em benefício próprio e sentem orgulho ao mostrar "seu povo" publicamente, como símbolo de seu poder local e regional[34].

O clientelismo, por sua vez, é versão urbana do coronelismo. A maioria dos proprietários rurais era também advogado ou médico (ou seus filhos/parentes/amigos próximos o eram) e, assim, seu poder e influência arrastavam-se para as áreas urbanas, onde tratavam seus eleitores, tradicionalmente, como "clientes"[35].

Por todo o analisado neste item, pode-se concluir que, em comum, as elites econômicas e políticas têm um especial poder de manipular e dominar o meio social em que atuam, de forma a conduzir as interações sociais do modo que lhes apraz. Seja cultivando meios corruptos para auferirem seus objetivos, seja impondo seu poder e influência contra as classes baixas, fazem de tudo para permanecer incólumes das garras da justiça e continuar ditando as "regras do jogo".

2.4. Perspectiva individual

A perspectiva individual explica a ocorrência de atos corruptos com base na *Rational Choice Theory* (Teoria da Escolha Racional), teoria desenvolvida nos anos 70 pela unidade de pesquisa do governo britânico (*Home Office Research Unity*) engajada na prevenção situacional do crime.

Segundo tal teoria, o crime – visto como uma questão de oportunidade (*crime as opportunity*) – é fruto de uma escolha racional, por meio da qual o sujeito avalia as facilidades/dificuldades envolvidas no cometimento do crime, os riscos de ser pego, enfim, avalia a relação custo/benefício envolvida na empreitada criminosa. Trata-se, portanto, de um comportamento proposital voltado a atender as necessidades do ofensor, tais como dinheiro, *status*, lascívia etc., e a satisfação dessas necessidades envolve a tomada de decisões e escolhas, as quais podem ser feitas de forma planejada, habilidosa ou de forma

34. LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto* – O município e o regime representativo no Brasil. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 23 *et seq*.

35. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Corrupção: uma análise criminológica. *In*: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito penal como crítica da pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 608.

rudimentar, limitadas pelo tempo exíguo ou pela falta de técnica sofisticada[36]. Ainda, segundo esse pensamento, o crime poderia ser mais bem prevenido de duas formas: providenciando-se mudanças na disposição do ambiente para reduzir as oportunidades de se cometer crime; e aumentando-se os riscos da atividade criminosa[37].

Assim, a corrupção (ou *o ato de troca espúria entre um funcionário público e um particular*), analisada pela ótica dessa teoria, seria fruto de uma escolha racional feita por ambos os agentes envolvidos, os quais agem motivados pelo auferimento de vantagens, principalmente patrimonial, e pelas facilidades que encontram no cometimento desse tipo de crime. Ora, tais facilidades referem-se ao fato de, na maioria das vezes, como no caso do Brasil, não existir um mecanismo multidisciplinar integrado de controle preventivo de corrupção. Muito se fala em reprimir, em punir a corrupção com a intervenção de um Direito Penal máximo e autoritário por meio dos órgãos de persecução penal; mas, insensatamente, pouco se fala em prevenir, em construir um mecanismo preventivo de corrupção que envolva órgãos diversificados, realmente comprometidos com a extinção de terrenos férteis para a ocorrência de atos de corrupção.

Dessa maneira, é premente a necessidade de se construir no Brasil mecanismos que extirpem as oportunidades favoráveis a atos de corrupção – já que o Direito Penal não se revela um método eficiente no controle de tais crimes[38]. Nesse objetivo, pode-se mencionar, a título exemplificativo, a necessidade de se construir um sistema exclusivamente público de financiamento de campanhas eleitorais. De fato, a necessidade de competir por um eleitorado cada

36. CLARKE, Ronald V.; FELSON, Marcus (editors). Routine activity and rational choice. New Brunswick, New Jersey: Transaction Publishers, 1993, p. 6.

37. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 159.

38. Com efeito, Bechara afirma que "a média geral de condenações criminais por corrupção em todo o mundo varia entre 4% a 10% dos processos julgados, o que representa um porcentual bastante reduzido, mormente se for também considerada a enorme quantidade de casos que se quer chegam ao conhecimento formal do Estado" e conclui que "a comunicação social do desvalor das condutas corruptas a partir da aplicação do Direito Penal revela-se em geral muito pouco eficiente" e que "não cabe pretender transformar a realidade social em matéria de corrupção por meio do Direito Penal", eis que "tal objetivo promocional, além de ser irreal, conforme demonstram as estatísticas, é apto a levar a um perverso quadro de demagogia político social" (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Corrupção, crise política e direito penal: as lições que o Brasil ainda precisa aprender. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 290, p. 5-7, jan. 2017).

vez mais desideologizado obriga os candidatos e partidos políticos a contraírem gastos vultuosos com propagandas e campanhas eleitorais, o que suscita a participação da iniciativa privada, sobretudo dos grandes empresários, que investem seu capital objetivando receber, em troca, decisões administrativas ou legislativas a seu favor, ganho de licitações, concessão de contratos públicos etc.[39] Ou seja, a possibilidade de os conglomerados empresariais financiarem campanhas eleitorais gera, inexoravelmente, corrupção, eis que se abre a porta para a troca da ação política pela riqueza econômica[40]. Ora, quando a classe empresária investe dinheiro em determinado candidato ou partido, não se vislumbra outra intenção senão o recebimento de privilégios, de incentivos e benefícios de qualquer espécie. E o resultado final é que o sistema político fica elitizado, as classes dominantes passam a direcionar as políticas públicas, ao passo que as classes subalternas e seus interesses ficam cada vez mais afastados da vida política.

2.5. Perspectiva crítica ou internacionalista

Essa perspectiva aponta a corrupção como uma das condições de exploração dos países periféricos pelos países centrais. Assim, segundo tal perspectiva, seria a corrupção necessária para a manutenção e reprodução da ordem capitalista global, eis que viabiliza formas de exploração dos recursos dos países periféricos pelos países centrais.

Desse modo, os governos e as sedes das multinacionais dos países centrais desejam, de certa forma, que os governos e os empresários dos países periféricos sejam corruptos, porquanto assim encontram facilidades para ampliar seus negócios e tornar o "hemisfério sul" ainda mais dependente do capital e da tecnologia dos países desenvolvidos.

Elucidando a perspectiva internacionalista, Rose-Ackerman e Palifka citam o esquema de corrupção entre bancos ocidentais instalados na China e os políticos deste país: os bancos adotam a política de contratarem os filhos dos políticos do alto escalão do país, para, em troca, receberem vantagens do governo chinês, tais como facilidades no fechamento de contratos públicos[41].

39. MARTÍN, Adán Nieto. Financiación ilegal de partidos políticos. *Fraude e corrupción en el derecho penal euconômico europeo:* eurodelitos de corrupción y fraude. Cuenca: Ed. De la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, p. 117.

40. HUNTINGTON, Samuel. *A ordem política nas sociedades em mudança*. Rio de Janeiro/São Paulo: Ed. Forense Universitária/Edusp, 1975, p. 79.

41. ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Op. cit.,* p. 11-12.

No Brasil, há processos criminais em tramitação sobre supostos esquemas de corrupção na reforma das linhas de metrô e trem de São Paulo, envolvendo empresas estrangeiras (multinacionais) e o governo do estado de São Paulo, entre os anos de 1998 e 2008. Dentre as acusações, destacam-se: pagamento de propinas pelas empresas às autoridades brasileiras para facilitar o fechamento de contratos públicos; superfaturamento destes; fraudes nas licitações; e formação de cartéis[42].

Em suma, países/governos periféricos predispostos à corrupção atraem o capital estrangeiro, que vê as facilidades decorrentes da corrupção – tais como a superação da burocracia, a possiblidade de fraudar o caráter competitivo das licitações públicas etc. – como um terreno fértil para se expandir.

3. Da aplicação de um Direito Penal autoritário e demagogo: ineficiência da repressão penal e vulneração de direitos e garantias fundamentais

A Criminologia revela uma história de fracasso do Direito Penal quanto ao fenômeno da corrupção. Com efeito, os países que adotaram uma forte repressão penal contra a corrupção tiveram um aumento de casos de corrupção. Os exemplos disso amontoam-se.

Na Itália, a Operação "Mãos Limpas", que visava "fazer uma limpa" na corrupção do país, deixou como legado Silvio Berlusconi – o típico exemplo de homem poderoso e corrupto – que se envolveu em diversos escândalos e acabou renunciando ao cargo de premiê. Para o cientista político Alberto Vanucci, professor da Universidade de Pisa e um dos maiores estudiosos da operação, as infindáveis investigações e punições da "Mãos Limpas" colaboraram para produzir corruptos ainda mais sofisticados, eis que políticos, servidores públicos e empresários aprenderam a lição e não cometeram os mesmos erros daqueles que foram presos; assim, passaram a desenvolver técnicas mais sofisticadas para praticarem atos corruptos e ficarem impunes, como dissimular pagamentos de propinas, ou multiplicar conflitos de interesses, como fez Berlusconi ao criar tensões com o Judiciário[43].

42. Conforme reportagem publicada no portal eletrônico G1 em 21.03.2015 com o seguinte título: "Justiça aceita denúncia contra cartel de trens em São Paulo". Disponível em: [http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/03/justica-aceita-denuncia-contra-cartel-de-trens-em-sao-paulo.html]. Acesso em: 25.03.2017.

43. Conforme entrevista dada pelo professor Alberto Vanucci ao portal eletrônico da BBC Brasil em 17.03.2016. A reportagem em que a entrevista está inserta traz por título:

Na China, constata-se a previsão de penas rigorosas contra corrupção, inclusive há a possibilidade da pena capital; e, talvez, seja um dos países mais corruptos do mundo. Em Hong Kong, região administrativa especial da China, foi criada a Comissão Independente contra a Corrupção (CICC), órgão incumbido de exterminar a corrupção na região e, para tal, detinha poderes quase ilimitados: podia investigar as contas bancárias, as ações e as compras de pessoas (apenas) suspeitas de corrupção; podia examinar irrestritamente o padrão de vida e os recursos pecuniários de funcionários do governo[44]. Ao final das contas, Klitgaard, que, além desse, analisou diversos órgãos anticorrupção instalados pelo mundo, conclui que tais órgãos possuem características em comum: violam constantemente direitos e garantias fundamentais (como o direito à privacidade, a presunção de inocência, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa) e implicam em altíssimos custos ao Estado que se propõe a instalá-los, podendo até mesmo superar os gerados pela corrupção[45].

Tais lições ainda precisam ser aprendidas pelo Brasil. Além da ilimitada Operação "Lava Jato", que insiste em transgredir direitos e garantias fundamentais (assim como seu molde, a "Mãos Limpas"), tramita no Congresso Federal o pacote anticorrupção conhecido como as *10 Medidas Contra a Corrupção*, o qual pretende enrijecer o sistema penal em relação à matéria: prevê, entre outras coisas, estabelecer a corrupção como crime hediondo, suprimir certas nulidades processuais, suprimir prazos prescricionais, flexibilizar o sistema recursal, permitir a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória etc.[46]

Ou seja, apesar de todos os estudos criminológicos sérios apontarem para a ineficiência do Direito Penal no tratamento da questão[47] e para o grande

---

"Operação que inspirou Lava Jato foi fracasso e criou corruptos mais sofisticados, diz pesquisador". Disponível em: [www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160316_lavajato_dois_anos_entrevista_lab]. Acesso em: 26.03.2017.

44. KLITGAARD, Robert. *A corrupção sob controle*. Trad. Octavio Alves Velho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p. 116-117.

45. *Ibidem*, p. 133.

46. O resumo de tais medidas e suas justificativas estão disponíveis em: [www.dezmedidas.mpf.mp.br/campanha/documentos/resumo-medidas.pdf]. Acesso em: 27.03.2017. Tais propostas de alterações legislativas foram encabeçadas pelo Ministério Público Federal que manejou o Projeto de Lei 4.850/2016, o qual hoje se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados (vide andamento da tramitação no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604]. Acesso em: 27.03.2017).

47. Trazendo mais exemplos sobre tal ineficiência, Bechara e Fuziger apontam que "são frequentes os casos em que não se chega à recuperação dos prejuízos causados, e

retrocesso civilizatório representado pela relativização ou supressão de direitos e garantias fundamentais, o Brasil, na contramão disso tudo, parece querer insistir na repressão penal, no discurso demagógico da punição a qualquer custo e na máxima destemperada de que "os fins justificam os meios".

Os efeitos de tal política criminal serão desastrosos. A ânsia, desmedida e irracional, de investigar e punir os atos de corrupção da elite político-econômica brasileira por meio da flexibilização ou supressão de direitos humanos repercutirá – e de maneira muito mais acentuada – sobre as classes subalternizadas, que vivem o dia a dia da justiça criminal, constituindo a clientela para a qual esta prioritariamente se volta[48]. De fato, a grande maioria das pessoas que estão presas no Brasil cometeram crimes patrimoniais (as estimativas oficiais apontam 38% da população carcerária)[49], o que implica dizer que a justiça criminal brasileira está constituída para reprimir, majoritariamente, a massa popular pobre, afastada dos meios de produção e do poder político-econômico. Essa massa de vulneráveis, de pessoas que efetivamente ficam presas é que de fato sofrerá os efeitos de uma política criminal repressora; e não a elite que, devido ao seu poder e influência, goza de certa imunidade em frente das garras do sistema penal.

A Criminologia Crítica, vertente criminológica com a qual este trabalho se alinha, questiona justamente essa dicotomia efetivada pelo sistema penal:

---

tampouco ao afastamento do funcionário público das suas funções, a evidenciar a deficiente comunicação no processo de controle repressivo. Da mesma forma, observa-se que uma parte considerável dos casos envolvendo a prática de corrupção pública chega ao conhecimento do Estado por meio de denúncias de parentes, conhecidos ou desafetos, e não como resultado de fiscalização ordinária (...). Tais dados empíricos evidenciam o fracasso do sistema penal no sentido de propiciar por si mesmo o controle da corrupção no Brasil, funcionando apenas como instrumento político de governo com caráter simbólico" (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo José. A política criminal brasileira no controle da corrupção pública. *In*: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (coord.). *Estudios sobre la corrupción*: una reflexión hispano brasileña. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013, p. 312).

48. KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Revista Discursos Sediciosos* – Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, n. 1, ano 1, p. 79-92, 1º sem. 1996.

49. Conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) de junho de 2014, desses 38%, 21% são acusados/condenados por roubo, 11% são acusados/condenados por furto, 3% são acusados/condenados por receptação e 3% são acusados/condenados por latrocínio (p. 68-69). Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf]. Acesso em: 27.03.2017.

em seu discurso oficial, o sistema penal legitima-se pela ideologia da igualdade jurídica (todos possuiriam iguais chances de serem responsabilizados penalmente) e destina-se à proteção subsidiária de bens jurídicos relevantes; todavia, na realidade, o que se constata é uma imensa desigualdade na responsabilização penal – tanto na criminalização primária como na secundária[50] – e um sistema voltado a proteger majoritariamente os interesses das classes dominantes (como o patrimônio e a propriedade privada) e garantir a manutenção de uma estrutura material baseada na divisão de classes, no trabalho assalariado e na exploração da *mais-valia* extraída do trabalho excedente. Logo, o sistema penal garante as condições necessárias para a manutenção do modo de produção capitalista, encarcerando a massa de miseráveis não incorporada no mercado de trabalho (e afastada do mercado de consumo) e disciplinando a força de trabalho inserida no mercado de trabalho com a intimidação da pena criminal.

Nesse sentido, Baratta, visando à construção de uma sociedade mais justa e solidária, aponta para a necessidade de superação do sistema

50. No tocante à criminalização primária (definições legais de crimes e de penas), o legislador protege largamente os bens jurídicos próprios das classes sociais hegemônicas, incriminando e apenando com rigor as condutas lesivas das relações de produção e de circulação de riqueza material, concentradas na criminalidade patrimonial comum, característica das classes sociais subalternas, privadas de meios materiais de subsistência. De modo contrário, quando estão em jogo as condutas criminosas próprias dos segmentos sociais hegemônicos, sobretudo a criminalidade econômica e política, que vitimizam o conjunto da sociedade, o legislador não as definem como crimes, ou são definidas de forma vaga e imprecisa, ou as penas são irrisórias.
No tocante à criminalização secundária (repressão penal, sobretudo, a prisão), os órgãos de controle social, como a polícia e o sistema de justiça criminal, atuam de forma altamente seletiva, voltando-se para os setores sociais subalternos, estereotipados e vulneráveis ao poder punitivo por serem somente capazes de praticar obras ilícitas toscas, de fácil identificação. Por outro lado, as condutas ilícitas das classes dominantes, por sua natureza engenhosa, "frustram a repressão penal ou a natureza das penas cominadas transforma essas práticas criminosas em verdadeiros investimentos lucrativos"; assim, "a criminalização dessas condutas constitui o moderno Direito Penal *simbólico* (crimes contra a ordem econômica, a ordem tributária, as relações de consumo, o mercado de capitais, o meio ambiente e outras formas de criminalidade das elites econômicas e políticas da formação social), produzido para satisfação retórica da opinião pública, como discurso encobridor das responsabilidades do capital financeiro internacional e das elites conservadoras dos países do Terceiro Mundo pela criação das condições criminogênicas estruturais do capitalismo neoliberal contemporâneo" (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*. Parte Geral. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 12-13).

socioeconômico capitalista e efetivação de uma política criminal que ele denomina de *política criminal alternativa*:

> Enquanto a classe dominante está interessada na contenção do desvio em limites que não prejudiquem a funcionalidade do sistema econômico-social e os próprios interesses e, por consequência, na manutenção da própria hegemonia no processo seletivo de definição e perseguição da criminalidade, as classes subalternas, ao contrário, estão interessadas em uma luta radical contra os *comportamentos socialmente negativos*, isto é, na superação das condições próprias do sistema socioeconômico capitalista (...). Elas estão interessadas, ao mesmo tempo, em um decidido deslocamento da atual política criminal, em relação a importantes zonas de nocividade social ainda amplamente deixadas imunes do processo de criminalização e de efetiva penalização (pense-se na criminalidade econômica, na poluição ambiental, na criminalidade política dos detentores do poder, na máfia etc.), mas socialmente muito mais danosas, em muitos casos, do que o desvio criminalizado e perseguido[51].

Cumpre ressaltar, desse modo, a relevância da mencionada luta das classes subalternas contra os denominados *comportamentos socialmente negativos*, em regra, representados pela criminalidade da elite econômica e política – como a corrupção – e que possuem alta nocividade social. Contudo, pensa-se que o discurso da denominada *esquerda punitiva* – corrente de *esquerda* que sustenta a máxima repressão penal à criminalidade econômica e política, clamando pela imposição de penas severas e flexibilização de direitos e garantias fundamentais aos envolvidos em atos de corrupção – deve ser afastado.

Primeiro porque não há como alcançar sociedades mais justas e solidárias, utilizando-se dos mesmos métodos que se quer superar, ou seja, nas palavras de Karam:

> (...) quando se aceita a lógica da reação punitiva, está se aceitando a lógica da violência, da submissão e da exclusão, em típica ideologia de classe dominante – ideologia presente nos trágicos e nefastos equívocos que conduziram às perversidades totalitárias do socialismo real. (...) Uma esquerda adjetivável de punitiva, cultivadora da lógica antidemocrática da repressão e do castigo,

51. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed., outubro de 2011, Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2ª reimpressão: agosto de 2014, p. 197-198.

> só fará reproduzir a dominação e a exclusão cultivadas, seja na formação social capitalista, seja na contrafação do socialismo, que se fez real[52].

Assim, se se quer a superação do capitalismo, tem-se que, igualmente, reunir esforços para a construção de um socialismo democrático, que incorpore, aprofunde e aplique de forma homogênea todo o rol de garantias e direitos fundamentais postulados pela *escola liberal*. Ademais, qualquer que seja a conduta ilícita, em qualquer sistema socioeconômico, a aplicação de uma reação punitiva extremada jamais será eficaz para pôr fim ao fato gerador do comportamento ilícito (que é o que, de fato, importa), até mesmo porque este não é o seu objetivo.

Segundo porque a reação punitiva monopolizada contra um único autor de *conduta socialmente negativa* – no caso, o indivíduo corrupto – traz à tona o velho e sempre presente, e, sobretudo, malévolo, discurso do *inimigo*[53]. Ao tratar o indivíduo acusado de atos corruptos como *inimigo*, por um lado, estar-se-á legitimando o direito penal do autor (e não do fato), incompatível com qualquer Estado Democrático; e, por outro, a suposta sensação de satisfação e alívio experimentados com a identificação e punição do *inimigo* desvia as atenções daquilo que mais importa: identificação e supressão das razões ensejadoras da conduta negativa. Aliás, aí se encontram as principais funcionalidades do sistema penal: tornar invisíveis as fontes geradoras da criminalidade, incentivar a (falsa) ideologia do combate aos desvios individuais e manter encobertos e intactos os desvios estruturais que o alimentam.

Destarte, a posição aqui sustentada embasa-se nos ditames da Criminologia Crítica de viés democrático e antipunitivista. Acredita-se que a desejada

---

52. KARAM, Maria Lúcia. A Esquerda Punitiva. Revista Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, n. 1, ano 1, p. 79-92, 1º sem. 1996.

53. A respeito, Zaffaroni, com propriedade, alude: "Não se trata apenas de um dado puro de fato, mas também de direito: o direito penal sempre justificou e legitimou – com maior ou menor amplitude e prudência (ou imprudência) – o tratamento de algumas pessoas como *inimigos*. O percurso da história o demonstra claramente (...) Na medida em que a doutrina penal legitime ou ignore, com o nome que for, o tratamento diferenciado dos *inimigos* ou *estranhos*, esse comportamento está atingindo o Estado de direito concreto, real ou histórico e, ao mesmo tempo, está invalidando o princípio diretor do Estado de direito (...) Não é de se estranhar, portanto, que tantas vezes o direito penal tenha perdido o rumo". (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. O Inimigo do Direito Penal. Tradução: Sérgio Lamarão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 189/190)

superação das condições do sistema socioeconômico capitalista, bem como a luta das classes subalternas contra os *comportamentos socialmente negativos* (como a corrupção) devem ser acompanhadas do resguardo e ampliação das garantias e direitos fundamentais (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência etc.) – verdadeiras conquistas civilizatórias da humanidade – e de medidas racionais, preferencialmente de natureza preventiva, que tragam soluções efetivas às condutas socialmente nocivas, isto é, que exterminem suas fontes geradoras.

4. Proposições e notas conclusivas

Por hora, levando-se em conta a realidade atual da sociedade brasileira, tem-se que a adoção de uma política-criminal repressora, além de ser ineficiente, trará consequências perniciosas, acarretando, sobretudo, a violação de direitos e garantias fundamentais (que constituem os alicerces do Estado Democrático de Direito) e o aumento do já enorme encarceramento das classes sociais subalternas. Por outro lado, também há que se considerar que, até mesmo do ponto de vista da dogmática penal, a criminalização primária de atos corruptos encontra dificuldades, abstrações e incertezas, devido à ausência de um bem jurídico certo e determinado[54].

Logo, pensa-se que, hoje, o melhor caminho para lidar com o fenômeno da corrupção passa longe do Direito Penal. Acredita-se que o adequado tratamento da questão repousa na criação de um sistema de controle preventivo multidisciplinar, que envolva a atuação conjunta e coordenada de órgãos de diferentes esferas de atuação (civil, administrativa, eleitoral, tributária etc.), todos

54. Isso porque se trata de um fato que terceiriza a vítima ou o bem jurídico envolvido, isto é, exige a elaboração de uma narrativa vitimizante e, em geral, abstrata para explicar a lesividade da conduta, o que certamente não legitima a intervenção do Direito Penal. Diferentemente do homicídio cujo bem jurídico tutelado é a vida ou o furto cujo bem jurídico tutelado é o patrimônio, a corrupção, segundo a doutrina penal, tem por bem jurídico "proteger o interesse atinente ao correto funcionamento, transparência e prestígio da Administração Pública, com especial obediência ao dever de probidade, evitando-se, destarte, os nefastos danos causados pela venalidade no exercício da função pública" (PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte Especial. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 3. p. 485. Nesse mesmo sentido: MANZINI, Vicenzo. *Tratatto de diritto penale italiano*. Torino: UTET, 1935, v. 5. p. 170; SILVA, Ivan Luiz da. *Op. cit.*, p. 1.250/1.251) Ou seja, claramente se nota a necessidade de uma verdadeira narrativa (vitimizante) para justificar a intervenção penal, logo, de pronto, já se percebe que o Direito Penal não é o primeiro e nem o melhor caminho para lidar com o fenômeno da corrupção.

engajados num objetivo comum: prevenir a ocorrência de atos de corrupção por meio da eliminação de oportunidades, de fatores propícios às trocas espúrias que deturpam o interesse público. Dessa forma, estar-se-á endereçando o problema (a corrupção) de maneira consistente com as suas determinações de modo a extingui-lo pela raiz, já no seu nascedouro.

Nesse intuito, elencam-se, a título exemplificativo, algumas propostas concretas que representariam mecanismos adequados para o atual enfrentamento do problema: *i)* extinção do financiamento privado de campanhas eleitorais (como já abordado no item "Perspectiva individual"), de forma a impedir a troca (malévola ao interesse público) do capital por políticas públicas voltadas a atender exclusivamente aos interesses das elites[55]; *ii)* instituição de reconhecimento material da produtividade, eficiência e probidade dos funcionários públicos que exercem suas funções com excelência, que não se acomodam com a estabilidade que o cargo lhes confere. Tal medida mostra-se útil para valorizar os servidores íntegros e fomentar a cultura de idoneidade no âmbito da Administração Pública[56]; *iii)* efetivação prática da transparência nos

55. Nesse mesmo sentido, Ruivo pondera que: "O desvalor da corrupção é seguramente reconhecido em âmbito global. Na última década, entre as suas diversas formas de manifestação, tem sido evidenciada, em investigações e processos criminais, uma modalidade ainda não suficientemente estudada pela doutrina penal brasileira e, desde muito, suspeita-se de ocultar-se nas cifras negras. Trata-se da constituição de redes de corrupção, com a participação de pessoas físicas ou empresas privadas, montadas no intuito de financiar as altas somas necessárias para as campanhas eleitorais. Problema que tem significado realçado levando em consideração não ser apenas um simples ato de corrupção isolado, mas sim um tendente abuso da máquina estatal para o beneficiamento de algum partido político, capaz de ameaçar a própria legitimidade do governo do Estado. Isto é, em específico, o comprometimento da democracia partidária e da igualdade de oportunidades no sistema eleitoral" (RUIVO, Marcelo Almeida. Corrupção e gestão fraudulenta: O financiamento ilícito de campanha por bancos públicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 111, p. 157-177, 2014).

56. Nesse mesmo sentido, Bechara: "(...) os funcionários públicos brasileiros, em geral, estão inseridos em um sistema em que se privilegia a estabilidade em detrimento da excelência dos serviços prestados, favorecendo-se uma postura individual naturalmente acomodada em relação à produtividade e aos deveres e princípios inerentes ao cargo. A partir desse quadro de degradação incentivado pela própria Administração, projetada para servir a si mesma, soa ingênuo e ineficaz impor eticamente o dever de probidade, por meio de 'testes de integridade moral', como incentivo negativo (pretensamente intimidatório) ao funcionário público. O grande incentivo à boa gestão da Administração Pública deve, ao contrário, decorrer positivamente da exigência e reconhecimento material da produtividade e da capacitação" (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Op. cit.*, p. 6).

diversos âmbitos da Administração Pública, de forma a coibir desvios e arbitrariedades[57]. Assim, por exemplo, exigir que todos os órgãos públicos divulguem em seus sítios eletrônicos, de forma destacada e facilmente acessível, todos os contratos públicos firmados, na íntegra (incluindo valores, obrigações estabelecidas etc.), bem como divulguem o andamento dos processos licitatórios e os seus orçamentos mensais (discriminando, de modo inteligível, completo e detalhado, todas as despesas e receitas).

Bem se vê que todas essas medidas estão fora do Direito Penal. Reputa-se que esse é o norte a ser seguido, já que o Direito Penal das sociedades capitalistas não traz soluções efetivas aos problemas – isso, aliás, não faz parte de seu escopo, só traz uma repressão tardia (de discutível utilidade), uma violência seletiva, discriminatória e desigual.

5. BIBLIOGRAFIA

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed., outubro de 2011, Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia. 2ª reimpressão: agosto de 2014.

BARBOSA, Lívia. *O jeitinho brasileiro:* a arte de ser mais igual do que os outros. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Corrupção, crise política e direito penal:* as lições que o Brasil ainda precisa aprender. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 290, p. 5-7, jan. 2017.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo José. A política criminal brasileira no controle da corrupção pública. *In*: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (coords.). *Estudios sobre la corrupción*: una reflexión hispano brasileña. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BRÜGGEMANN, Henrique Gualberto. *O espetáculo da corrupção*: o corrupto como produto. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Orientador: Alexandre Morais da Rosa.

57. Apesar de tal exigência estar prevista no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente pela Lei Complementar 131/2009 (Lei da Transparência) e pela Lei 12.527/2011 (Nova Lei da Transparência), verifica-se, na prática, um déficit muito alto na concretização dos dispositivos legais. É preciso, por conseguinte, valorizar tais leis e criar, tanto no âmbito da gestão pública como na sociedade em geral, uma cultura de transparência e respeito ao princípio constitucional da publicidade.

Florianópolis, SC, 2013. Disponível em: [https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/122996/323923.pdf?sequence=1&isAllowed=y].

BULHÕES, Antônio. *Elogio da corrupção*. São Paulo: Siciliano, 1990.

CLARKE, Ronald V.; FELSON, Marcus (editors). *Routine activity and rational choice*. New Brunswick, New Jersey: Transaction Publishers, 1993.

CULLEN, Francis T.; AGNEW, Robert; WILCOX, Pamela. *Criminological theory*: past to present. Fifth edition. New York: Oxford University Press.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. São Paulo: Publifolha, 2000.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

HUNTINGTON, Samuel. *A ordem política nas sociedades em mudança*. Rio de Janeiro/São Paulo: Ed. Forense Universitária/Edusp, 1975.

JASMIN, Marcelo Santus. Tocqueville. *Corrupção:* ensaios e críticas. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2008.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Revista Discursos Sediciosos* – Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, n. 1, ano 1, p. 79-92, 1º sem. 1996.

KLITGAARD, Robert. *A corrupção sob controle*. Trad. Octavio Alves Velho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

LALAND, Kevin N.; HOPPITT, William. *Do animals have culture? Evolutionary anthropology*: issues, news and reviews, v. 12, issue 3, p. 150-159, 19.05.2003.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto* – O município e o regime representativo no Brasil. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

MANZINI, Vicenzo. *Tratatto de Diritto Penale Italiano*. Torino: UTET, 1935. v. 5.

MARTÍN, Adán Nieto. Financiación ilegal de partidos políticos. *Fraude e corrupción en el derecho penal euconômico europeo:* Eurodelitos de corrupción y fraude. Cuenca: Ed. De la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.

MARX, Karl. *Elementos fundamentales para la critica de la economia política*: borrador. 1857-1858 = *Gründrisse*. 16. ed. México: Siglo Veinteuno, 1989.

MORANO, Carlos Domingues. *Crer depois de Freud.* 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. De nuevo sobre el "derecho penal del enemigo". *Novos rumos do direito penal contemporâneo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro.* Parte especial. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 3.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and government*: causes, consequences and reform. Second Edition. New York: Cambridge University Press, 2016.

ROSENN, Keith S. The jeito: Brazil's institutional bypass of the formal legal system and its developmental implications. *The American Journal of Comparative Law*, v. 19, n. 3, p. 514-549, Summer, 1971.

RUIVO, Marcelo Almeida. Corrupção e gestão fraudulenta: o financiamento ilícito de campanha por bancos públicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 111, p. 157-177, 2014.

SAMPAIO, Simone Sobral. Dinheiro: a mercadoria onipresente. *Revista Ser Social*, Brasília, v. 12, n. 26, p. 221-233, jan.-jun. 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*. Parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SCHILLING, Flávia. *Corrupção:* ilegalidade intolerável? – Comissões parlamentares de inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil (1980-1992). São Paulo: IBCCRIM, 1999.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Corrupção: Uma análise criminológica. *In*: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito penal como crítica da pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70° aniversário em 2 de setembro de 2012. Madrid: Marcial Pons, 2012.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Ivan Luiz da. Dos crimes contra a administração pública. *In*: QUEIROZ, Paulo de Souza (coord.). *Curso de direito penal*: parte especial. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

SOUZA, Jessé. Weber. *Corrupção:* ensaios e críticas. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2008.

SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco*: versão sem cortes. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

SUTHERLAND, Edwin H. White-collar criminality. *American Sociological Review* 5, p. 1-12, February 1940.

SUTHERLAND, Edwin H; CRESSEY, Donald R. A theory of differential association. *Principles of Criminology*, sixth edition, 1960.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La corrupción: su perspectiva latinoamericana. In: OLIVEIRA, Edmundo (org.). *Criminologia crítica*. Belém: Cejup, 1990.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo do direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma análise exploratória do sistema de Justiça Federal, de Bruno Amaral Machado, Cristina Zackseski e Rene Mallet Raupp – *RBCCrim* 118/299-329 (DTR\2016\676); e
- La sombra de el padrino (concepto criminológico del delito organizado), de Lolita Aniyar de Castro – *RBCCrim* 42/307-316 (DTR\2003\10).

L'evoluzione della legislazione penale italiana contro la corruzione

The evolution of Italian criminal law against corruption

Lorenzo Picotti
Prof. Ordinario di diritto penale – Università di Verona.
Autor convidado

Área do Direito: Penal

Sommario: L'articolo esamina l'evoluzione della legislazione penale contro la corruzione in Italia, tenendo conto del contesto politico ed economico. Vengono individuate diverse fasi della politica criminale italiana, dalla prospettiva del Codice Rocco del 1930, ai cambiamenti portati dalla Costituzione repubblicana del 1947 in parte fatti propri dalla prima significativa riforma legislativa del 1990. Dopo l'impatto delle inchieste denominate "Mani pulite" non vi sono stati adeguamenti normativi e con i governi guidati da Silvio Berlusconi la politica criminale è stata caratterizzata da un forte indebolimento delle norme penali di contrasto, in specie per le modifiche in materia di falso in bilancio (da cui provengono i fondi neri da usare nel sistema della corruzione) e per l'abbreviazione dei termini di prescrizione dei reati. I successivi governi hanno inteso rafforzare nuovamente la lotta alla corruzione, a partire dalla c.d. riforma Severino del 2012, che ha modificato alcuni reati, come la concussione, e ne ha introdotti di nuovi (come l'induzione indebita a dare o promettere la corruzione per l'esercizio delle funzioni, il traffico di influenze illecite), creando altresì un capillare sistema di prevenzione e controllo in sede amministrativo. Con gli ultimi interventi si è scelta la criticabile via di inasprire le pene dimostrando che l'obiettivo non è stato raggiunto.

Abstract: The present contribution analyses the evolution of the Italian anti-corruption criminal law, taking into account the political and economic environment. Relevant stages of the Italian criminal policy are identified, starting from the context of 'Codice Rocco' issued in 1930, to the changes given by the Italian Constitution of 1947, mostly incorporated by the penal code only in 1990.After the implication of the famous criminal investigations known as 'Mani pulite' there have been no significant changes in regulation and the governments of Silvio Berlusconi have promoted a policy based on undermining the criminal law, especially the false accounting offences' reform (from where the black budgets to be used in the corruption system come from) and the shortening of limitation periods of criminal offences.Following governments have meant to strengthen the fight against corruption, starting from the so-called Severino's reform (2012), which has transformed some crimes, such as graft (concussione), and has introduced new ones (such as inducing third party to give or promise a benefit or influence peddling). The reforms also create an administrative prevention and control system. In a blameworthy way, the latest interventions has tighten up the punishments, which demonstrates that the goal has not been achieved yet.

Picotti, Lorenzo. L'evoluzione della legislazione penale italiana contro la corruzione.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 134. ano 25. p. 137-158. São Paulo: Ed. RT, ago. 2017.

Parole chiave: Lotta alla corruzione – Evoluzione della legislazione penale italiana – Riforme del codice penale dopo la Costituzione – Mutamenti della politica criminale con i governi Berlusconi – Creazione di sistemi di prevenzione e controllo in sede amministrativa.

Keywords: Fight against corruption – Evolution of the Italian criminal legislation – Reforms of the penal code after the Republican Constitution – Change of the criminal policy by Berlusconi's Governments – Creation of the prevention and control system in administrative way.

Sumário: 1. Premessa: evoluzione e contesto politico economico della corruzione. 2. Le diverse fasi della politica criminale italiana contro la corruzione. 2.1. La prospettiva di tutela del Codice Rocco del 1930. 2.2. La Costituzione repubblicana e la prima riforma del 1990. 2.3. Da "Mani pulite" alla politica criminale dei Governi guidati da Silvio Berlusconi. 3. La c.d. riforma Severino del 2012. 3.1. La riforma del delitto di concussione (art. 317 c.p.) e la parallela creazione del delitto di induzione indebita a dare o promettere (art. 319 quater c.p.). 3.2. Il nuovo delitto di corruzione per l'esercizio delle funzioni (art. 318 c.p.). 3.3. L'introduzione del reato di traffico di influenze illecite (art. 346 bis c.p.). 4. Gli interventi portati dalle leggi Renzi-Orlando del 2015. 5. Osservazioni conclusive. 6. Bibliografia.

1. Premessa: evoluzione e contesto politico economico della corruzione

Il presente contributo ha ad oggetto una ricognizione della legislazione penale italiana contro la corruzione, intesa a ripercorrerne le altalenanti vicende storiche, per evidenziare, in una visione di sintesi, la diversità di scelte politico-criminali che l'hanno caratterizzata, riflettendo i condizionamenti ideologici e culturali nonché, da ultimo, di derivazione sovranazionale, succedutisi nei differenti periodi.

Si tratta di un settore caratterizzato da una marcata evoluzione, che ha visto l'alternarsi fra fasi improntate a spinte repressive ed altre ad obiettivi di dichiarato garantismo, da ultimo segnate dall'espressa volontà di prevenire il fenomeno già in sede amministrativa, oltre che di rendere (o far apparire) più incisiva ed estesa la risposta penale.

Il fenomeno corruttivo sembra invero abbia raggiunto dimensioni imponenti ed ormai inaccettabili, nel nostro Paese.

Secondo i dati di *Transparency International* del 2014, l'Italia è scesa all'ultimo posto dei Paesi dell'Unione europea, superata da Bulgaria e Grecia, nella graduatoria del *Corruption Perception Index*, non raggiungendo la sufficienza del 50% del valore utilizzato. Ed è sessantanovesima nella graduatoria mondiale dei 175 Paesi considerati, superata dal Sud Africa e dal Kuwait e seguita da Montenegro e Sao Tomé, ultima fra i Paesi del G 7 e ben al di sotto della media di quelli del G 20.

Questi dati trovano riscontro nei rapporti ufficiali del GRECO (Gruppo di esperti del Consiglio d'Europa per la lotta alla corruzione) e dell'Unione europea, in quello della Commissione al Consiglio ed al Parlamento europeo ("*EU anti-corruption report*" COM(2014) 38 final) del 3 febbraio 2014, che ha fatto seguito alla comunicazione della Commissione "*Fighting corruption in the EU*" (COM(2011) 308 final del 6 giugno 2011).

Si tratta di dati che non sorprendono chi conosce la situazione odierna dell'Italia, ma che nondimeno lasciano sconcertati se si considera che il nostro Paese ha vissuto, in tempi non lontani, l'esperienza di "Mani pulite"[1]. Così era stata denominata quell'ondata d'inchieste e di processi penali, promossi inizialmente dalla Procura della Repubblica di Milano, ma poi estesisi a macchia d'olio in quasi tutto il Paese, che nei primi anni '90 avevano portato al crollo della vecchia classe politica ed in particolare alla scomparsa dei due principali partiti che avevano governato l'Italia dalla metà degli anni '60: la Democrazia Cristiana ed il Partito Socialista. Nonostante la loro storia e la loro popolarità – legate alla Resistenza contro il fascismo e alla costruzione della c.d. prima Repubblica, basata sulla Costituzione democratica del 1947, cui aveva dato un fondamentale contributo anche il Partito comunista italiano, poi però passato e rimasto quasi sempre all'opposizione – quei partiti sono stati travolti dagli scandali emersi nelle diverse inchieste e dall'indignazione popolare per la scoperta delle dimensioni e della capillarità delle corruttele a tutti i livelli dell'attività politica ed amministrativa.

Nel sistema riformato dopo quell'esperienza, impropriamente denominato "seconda Repubblica" – non essendovi state modifiche sostanziali dell'ordinamento costituzionale, concernenti in specie il governo ed il Parlamento, ma solo una diversa legislazione elettorale, insufficiente a determinare una struttura realmente differente dello Stato repubblicano – si è purtroppo rapidamente estesa una "nuova" rete di corruzioni, forse anche peggiore, perché non più orientata a finanziare illegalmente, in un modo organizzato e per cosi dire anche regolato, i partiti politici, bensì a beneficiare direttamente singoli funzionari, gruppi di potere eventualmente "interni" ad alcuni dei nuovi partiti che si sono ricostituiti, associazioni che operano illegalmente o addirittura

1. Per un quadro storico della corruzione politica in Italia dalla fine dell'Ottocento fino a "Mani pulite" si rinvia a MARINI L., *La corruzione politica*, in *Storia d'Italia. Annali 12. La criminalità* (a cura di Violante L.), Torino 1997, p. 321 s.; con riferimento agli sviluppi più recenti CINGARI F., *La corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma*, in www.penalecontemporaneo (22.02.2012) ed ivi ulteriori richiami bibliografici, fra cui in specie alla raccolta di PALAZZO F. (cur.), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze 2011.

legate alla criminalità organizzata (come è emerso in una recente inchiesta su corruzioni ed appalti a Roma, denominata "Mafia capitale").

Sul versante dei corruttori vi sono imprese, società, cooperative, enti, gruppi economici che hanno acquisito in questo modo un controllo sistematico su appalti di opere e di servizi pubblici, escludendo i terzi concorrenti e favorendo il controllo di organizzazioni mafiose e di associazioni occulte e criminali, come è emerso in molte indagini penali in Sicilia ed in altre Regioni, non solo dell'Italia meridionale, ma anche del Centro e del Nord (come Lazio, Lombardia, Veneto).

Si parla quindi, motivatamente, di una perdurante corruzione "sistemica" [2], che non è riducibile alla sommatoria dei singoli fatti corruttivi individuali, in quanto è stabilmente infiltrata e radicata nel tessuto economico e sociale, divenendo, da un lato, un mezzo o metodo necessario e comunque abituale dei corruttori, per ottenere l'aggiudicazione di appalti, contratti, servizi, incarichi professionali e di lavoro, nonché concessioni, autorizzazioni, permessi, licenze, ecc. da amministrazioni ed enti pubblici; dall'altro, una prassi usuale di molti funzionari pubblici e persone incaricate di pubblico servizio, tanto da portare all'emarginazione di coloro che non si adeguino a dette "regole" illegali di condotta e non accettino i meccanismi corruttivi o addirittura (seppur molto raramente) tentino di denunciarli o di opporvisi.

I fattori eziologici e di forza di questa diffusa illegalità sono, in primo luogo, l'importanza economica dei profitti e dei benefici che così vengono distribuiti ed ottenuti; in secondo luogo, le strutture burocratiche poco efficienti e scarsamente trasparenti delle pubbliche amministrazioni, che offrono le condizioni per richiedere od offrire pagamenti illeciti, al fine di conseguire atti e provvedimenti anche quando non dovuti o quantomeno in tempi più rapidi. Non ultimo va menzionato il legame di omertà e di solidarietà fra corrotti e corruttori, che cementa i patti di scambio, paradossalmente proprio per la loro natura penalmente illecita, che espone entrambe le parti, in egual misura, ad identiche conseguenze sanzionatorie nel caso in cui la corruzione sia denunciata o scoperta.

Questa connotazione "sistemica" e questi fattori di perpetuazione della corruzione rendono il fenomeno molto difficile non solo da sradicare, ma anche da combattere efficacemente, quantomeno per ridurlo e contenerlo[3]. Ed al

2. Cfr. per un'articolata analisi anche empirica DAVIGO P., MANNOZZI G., *La corruzione in Italia*, Roma – Bari, in specie p. 264, 2008.

3. Cfr. per tutti FORTI G. (cur.), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da mani pulite*, Milano, 2003.

riguardo si è palesata l'insufficienza ed inadeguatezza dei tradizionali strumenti d'intervento meramente repressivi del diritto penale classico.

2. Le diverse fasi della politica criminale italiana contro la corruzione

La recente legislazione italiana contro la corruzione, che si situa in questo allarmante scenario, va analizzata e compresa muovendo dall'esame delle diverse fasi che hanno caratterizzato la sua precedente evoluzione, da considerare non solo dal punto di vista dell'analisi giuridica, ma anche da quello della politica criminale via via perseguita.

2.1. La prospettiva di tutela del Codice Rocco del 1930

Occorre dunque muovere dall'originaria formulazione del codice penale del 1930, risalente all'epoca del regime fascista (c.d. Codice Rocco, dal nome del Ministro Guardasigilli del governo guidato da Mussolini), caratterizzata da una netta distinzione fra la concussione e la corruzione: la prima fondata sulla posizione di supremazia dei pubblici ufficiali, per il potere ad essi tipicamente riconosciuto, il cui possibile abuso fosse usato al fine di "costringere od indurre" il privato a sottostare a richieste di denaro o di altre utilità, anche indipendentemente dal compimento di atti specifici dell'ufficio (concussione: art. 317 c.p.); la seconda, invece, frutto di una pattuizione "paritaria" avente i caratteri di un contratto o scambio sinallagmatico, seppur illecito.

Per cui nella prima ipotesi il privato che, aderendo alla richiesta del pubblico ufficiale, pagasse o promettesse quanto richiesto, sarebbe stato da considerare vittima della sua condotta di costrizione od induzione, e non certo correo; mentre nella seconda ipotesi, avendo paritariamente concorso all'accordo, avrebbe dovuto essere nella stessa misura punito[4].

La concussione rappresentava dunque – e tuttora rappresenta, perché nonostante le modifiche che si richiameranno, la contrapposizione è ancora vigente – una figura "speciale" di dazione di denaro o utilità all'agente pubblico, distinta nettamente dalla corruzione in senso tecnico giuridico.

Distinzione che peraltro non trova riscontro in altri ordinamenti, e si spiega piuttosto storicamente e culturalmente per i lunghi secoli di dominazioni che l'Italia ha subito da parte di potenze straniere e di poteri politici assoluti, con

4. Fra i molteplici contributi in materia, si veda criticamente Forti G., *L'insostenibile pesantezza della tangente ambientale: inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 476 e ss.

funzionari visti dalla popolazione come nemici da cui difendersi, ed in effetti adusi a vessazioni e strumentalizzazioni dirette a conseguire profitti personali, piuttosto che a garantire un'efficace ed equa amministrazione del bene pubblico: con la conseguenza che l'apparato statale e pubblico è stato ed è percepito come entità estranea e distante, anziché accessibile ed attenta alle esigenze della collettività e dei cittadini.

Stenta in effetti a radicarsi, nel nostro Paese, una tradizione od anche solo l'immagine di un'amministrazione sana, vissuta e sperimentata quale garante dei diritti dei cittadini e dell'interesse pubblico, la cui funzione sia sentita come esercizio di poteri a favore di tutti: al contrario, prevale e si perpetua fino ai nostri giorni un atteggiamento culturale che considera il potere pubblico, prima di tutto, quale possibile fonte di abusi, soprusi e prevaricazioni a danno dei privati.

Questo retaggio spiega perché la corruzione in senso stretto sia stata e sia tuttora considerata dal codice penale italiano in termini molto meno severi della concussione; e frantumata in una molteplicità minuziosa di fattispecie, con diverse graduazioni sanzionatorie, talora del tutto opinabili. Combinando i diversi criteri distintivi dell'anteriorità o meno dell'accordo illecito rispetto al compimento dell' "atto" del funzionario (che fino al 2012 era sempre considerato il suo oggetto essenziale, a differenza di quanto valeva e vale per la concussione), ovvero della sua conformità o meno ai doveri d'ufficio, od ancora delle diverse figure soggettive di chi ne possa essere autore come corruttore (corruzione attiva) o come corrotto (corruzione passiva), per finire con le mere "istigazioni" (da parte del corruttore) non accolte (dall'agente pubblico), punibili come ipotesi autonome rispetto al comune tentativo, cui si sono aggiunte, nel 1990, anche le "sollecitazioni" dell'agente pubblico, rimaste prive di effetto, vi è chi giunge ad individuare ben dodici figure di reato, che si raddoppierebbero considerando in modo autonomo anche quelle riguardanti gli "incaricati di pubblico servizio"[5].

Rispetto al codice penale Zanardelli del 1889, di chiara impronta liberale, erano infatti divenuti punibili, con il codice Rocco – ma con sanzioni *eccezionalmente* ridotte di un terzo rispetto a quelle stabilite a carico dei pubblici ufficiali – anche gli "incaricati di pubblico servizio": cioè soggetti rivestiti di compiti di rilievo pubblico, che non esercitano però i poteri tipici delle funzioni e che non erano considerati nel precedente sistema politico-economico, essendone emersa l'importanza e diffusione solo con l'espansione dei servizi pubblici, spesso affidati in concessione a società ed enti privati od anche a

5. Cfr. PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. p. sp.*, 9^ ed., Milano, p. 151, 2000.

partecipazione pubblica. Fenomeno emerso a partire dall'epoca successiva alla prima guerra mondiale, non solo per la volontà statalista del regime fascista, ma anche più in generale quale risposta alla crisi economica e sociale degli anni Venti del secolo scorso, che ha visto un intervento sempre più massiccio dello Stato e delle amministrazioni pubbliche nell'economia, mediante investimenti, finanziamenti e costituzioni di società a capitale misto, pubblico e privato (le c.d. partecipazioni statali), cui si sono via via affiancate una molteplicità di altre figure, a livello anche locale, come nel caso delle c.d. aziende municipalizzate, funzionali ad erogare servizi e forniture nei territori di competenza[6].

I privati corruttori, d'altro canto, pur se puniti in linea di principio al pari dei corrotti, in taluni casi potevano restare non punibili: come nelle "corruzioni improprie susseguenti", vale a dire per dazioni o promesse successive al compimento, da parte del soggetto pubblico, di atti che fossero di per sé non illegittimi. Viceversa i funzionari erano puniti anche in queste ipotesi, per l'esigenza di tutelare il prestigio e l'immagine della pubblica amministrazione, da un lato, e la fedeltà e la disciplina del pubblico funzionario all'ente pubblico, dall'altro: interessi cui il codice Rocco riservava protezione preminente, in conformità alla sua ispirazione autoritaria, rispetto all'esigenza di tutelare invece l'oggettivo buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione pubblica, quali beni giuridici dei cittadini e della collettività.

2.2. La Costituzione repubblicana e la prima riforma del 1990

Un netto mutamento della prospettiva di tutela è stato determinato, dopo la caduta del fascismo e la fine della seconda guerra mondiale, dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana del 1947, in coerenza con la nuova gerarchia di valori delineatasi nello Stato democratico nato con la Resistenza, come ha saputo evidenziare, alla fine degli anni '60, Franco Bricola, valorizzando in particolare l'art. 97 della Carta costituzionale, che prescrive il "buon andamento" e l'"imparzialità" della Pubblica amministrazione, da considerare quali (nuovi) beni giuridici meritevoli di protezione anche penale[7].

6. PEDRAZZI C., *Problemi e prospettive del diritto penale dell'impresa pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 361 s.; CORRADINO M., *Il parametro di delimitazione esterna delle qualifiche pubblicistiche*, *ivi*, 1992, p. 1316 s.; nonché DEL CORSO S., *Pubblica funzione e pubblico servizio di fronte alla trasformazione dello Stato: profili penalistici*, *ivi*, 1989, p. 1036 s. (I parte) e p. 1560 s. (II parte); CASTELLANA A.M., *Profili di soggettività penale degli interventi pubblici nell'economia*, Padova 1989.

7. Cfr. BRICOLA F., *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Temi*, 1968, p. 563 s., ora in *Scritti di diritto penale*, Milano, p. 2388 s, 1997.

Tale nuova prospettiva è penetrata lentamente nella dottrina, nella giurisprudenza e nella legislazione penale, per reinterpretare e anche riformare, , con singoli adattamenti normativi, le fattispecie penali del Codice Rocco in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, compresi quelli di concussione e di corruzione. Ma non ne è stato modificato l'impianto, non essendo del resto mai stato approvato fino ad oggi, nonostante la caduta del regime fascista da oltre 70 anni, un nuovo codice penale che sostituisca integralmente il vecchio codice[8]. In particolare, sia la Corte costituzionale, che la giurisprudenza hanno proposto interpretazioni evolutive ed adeguatrici, suggerite spesso dalla dottrina, mentre il legislatore si è limitato a poche novelle parziali, dettate spesso da emergenze contingenti, senza una visione organica d'insieme.

La prima significativa (e fino ad oggi più ampia) riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione è stata portata dalla legge 26 aprile 1990, n. 86, che non ha però inciso in modo significativo sui delitti di concussione e corruzione. Pur se emanata alla vigilia delle citate inchieste denominate "Mani pulite", non era paradossalmente la corruzione che attirava l'attenzione del Parlamento italiano, ma al contrario l'esigenza di limitare l'interferenza della magistratura penale, ed in particolare dei pubblici ministeri, sulla discrezionalità amministrativa, che doveva restare prerogativa degli enti e delle strutture cui è affidata la gestione della cosa pubblica. Pertanto, sono state modificate le fattispecie di peculato (abolendosi la condotta di "distrazione", assai indeterminata, per lasciare solo quella di "appropriazione") e di abuso in atti d'ufficio, in realtà mantenuta in una formulazione imperniata sul dolo specifico, ancor poco tassativa, nonostante la maggior severità sanzionatoria dovuta all'assorbimento in esso dell'abrogato delitto di interesse privato in atti d'ufficio e della menzionata condotta di "distrazione".

Nel campo dei delitti di corruzione la riforma si è limitata ad introdurre un delitto specifico di "corruzione in atti giudiziari", ad unificare il trattamento della corruzione propria antecedente e susseguente, e soprattutto ad estendere agli incaricati di pubblico servizio anche il delitto di concussione.

Più rilevante è stata la nuova formulazione delle nozioni di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio (artt. 357 e 358 c.p.), che il legislatore ha voluto definire in termini più tassativi, rispetto a quanto previsto nel Codice

8. Sulla mancata riforma, si rinvia fra i molteplici interventi al volume collettaneo a cura di STORTONI L., INSOLERA G. (cur.), *Gli Ottant'anni del Codice Rocco*, Bologna, 2012, che raccoglie gli atti dell'omonimo convegno organizzato dall'"Associazione Franco Bricola" a Bologna il 19 e 20 marzo 2010 ed ivi, in singoli contributi, vari riferimenti bibliografici.

Rocco, dando rilievo essenziale all'oggettivo contenuto dell'attività svolta alla stregua della sua disciplina giuridica di natura pubblica, piuttosto che alla qualificazione personale del soggetto ovvero al suo rapporto di dipendenza o meno da un ente pubblico[9]. Tale riformulazione normativa si è riflessa anche sull'applicazione dei delitti di corruzione e concussione, non conseguendo però l'effetto di un'effettiva restrizione del loro campo di applicazione, ma imponendo alla giurisprudenza un più attento esame della natura pubblica o privata della disciplina delle attività che ne fossero oggetto.

2.3. Da "Mani pulite" alla politica criminale dei Governi guidati da Silvio Berlusconi

A seguito delle inchieste "Mani pulite" vi sono state importanti proposte di riforma dei delitti di concussione e corruzione, dirette – innanzitutto – ad unificare le due figure, data l'evidente incisività del potere e degli interessi economici dei corruttori nell'alimentare il fenomeno che solo eccezionalmente poteva leggersi quale frutto di unilaterali 'soprusi' dei pubblici ufficiali sui privati; e ad introdurre, invece, strumenti "premiali", che favorissero la dissociazione dall'accordo criminoso, assicurando un più favorevole trattamento, o addirittura l'impunità, a chi denunciasse il *pactum sceleris*, rompendo il muro di omertà e solidarietà fra le parti, che si era dimostrato il più forte ostacolo all'accertamento dei reati ed alla emersione della rete di corruttele[10].

Tali proposte non ebbero però seguito in Parlamento, anche per il rapido avvento di Silvio Berlusconi al Governo (1994), che per quasi vent'anni ha poi determinato e condizionato la politica dell'Italia, anche in campo penale e giudiziario, segnando una chiara inversione di tendenza rispetto all'esigenza

9. Per un'anticipazione delle esigenze della riforma si veda la monografia di SEVERINO DI BENEDETTO P., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Le qualifiche soggettive*, Milano 1983; ed in commento ad essa, fra i moltissimi contributi (oltre a quelli cit. a nota 2): Id., *Commento agli artt. 357-358*, in PADOVANI T. (cur.), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino 1996, p. 448 s.; volendo ANCHE PICOTTI L., *Le nuove definizioni penali di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio nel sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, p. 263 s, 1992.

10. Si rinvia in argomento al testo presentato al Convegno del 14 settembre 1994 presso l'Università di Milano, il cui testo è pubblicato – con commenti di SGUBBI F., *Considerazioni critiche sulla proposta anticorruzione* e PULITANÒ D., *Alcune risposte alle critiche verso la proposta* – in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1992, n. 4, rispettivamente p. 941 s. e 948 s.

di rafforzare la già debole e solo episodica lotta alla corruzione. Non solo non sono state approvate le riforme che avrebbero dovuto rendere più incisivo ed efficace l'intervento penale, ma anzi si sono introdotti cambiamenti che lo hanno ulteriormente indebolito: a partire dalla drastica attenuazione della disciplina penale delle falsità nei bilanci e nelle scritture delle società commerciali (artt. 2621 e 2622 codice civile, come modificati dal decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61 e successive modifiche[11]), che costituiscono essenziali strumenti per accumulare ed occultare la provenienza dei "fondi neri" con cui la corruzione si alimenta, fino all'abbreviazione dei termini di prescrizione dei reati, compresi quelli di corruzione (artt. 157 seguenti c.p., come modificati dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251)[12], che ha fatto aumentare a dismisura, verso la soglia patologica del 50%, le dichiarazioni di improcedibilità dell'azione penale per sopravvenuta estinzione dei reati: riforme (o controriforme) di cui lo stesso Silvio Berlusconi è stato il primo beneficiario, "salvandosi" così dalle molte inchieste penali per corruzioni (anche in atti giudiziari) e falsi in bilancio in cui era coinvolto (salvo essere infine condannato irrevocabilmente nel 2013 solo per un delitto di frode fiscale, con una pena di quattro anni di reclusione, peraltro condonata per tre quarti e con residua esecuzione di un anno mediante affidamento ai servizi sociali)[13].

3. La c.d. riforma Severino del 2012

Non è casuale che il cammino delle riforme dirette a contrastare più incisivamente la corruzione in Italia sia ripreso solo dopo la caduta dell'ultimo governo Berlusconi, con la legge 6 novembre 2012, n. 190, denominata "legge Severino" dal nome del Ministro della Giustizia del governo Monti, che l'ha proposta e sostenuta[14].

---

11. Nell'ampia bibliografia (per lo più aspramente critica) su detta riforma basti qui rinviare al volume di GIARDA A., SEMINARA S. (cur.), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002, ed ivi FOFFANI L., *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali, artt. 2621 e 2622*, p. 231 s.

12. Per un autorevole commento polemico si veda MARINUCCI G., *La legge ex Cirielli: certezza d'impunità per i reati gravi e "mano dura" per i recidivi*, in *Dir.pen.proc.*, p. 2 s, 2006.

13. Cass., Sez. fer., sent. 01.08.2013 (dep. 29.08. 2013), n. 35729, Pres. Esposito, Rel. Franco, ric. Agrama e altri, che ha confermato (salvo che per la rideterminazione della pena). C. App. Milano, Sez. II pen., 8 maggio 2013 (dep. 23 maggio 2013), Pres. Galli, Est. Scarlini, Imp. Agrama e a., consultabili in [www.penalecontemporaneo.it] (27.05.2013 e per la pronuncia definitiva 17.04.2014).

14. Fra gli innumerevoli commenti, cfr. VINCIGUERRA S., *La riforma della concussione*, in *Prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica*

Pur con le pecche di cui si dirà, la riforma è importante perché ha rappresentato il primo intervento organico indirizzato non solo a rendere più severa ed articolata la disciplina penale contro i delitti di corruzione, ma anche ad introdurre un capillare sistema di prevenzione all'interno di tutte le amministrazioni e gli enti pubblici. Tutta la prima parte della legge è, infatti, dedicata ad istituire i "responsabili" per la prevenzione del fenomeno in ogni amministrazione ed ente pubblico, elaborando "piani programmatici" per contrastarla ed eliminare le situazioni e le prassi che possano favorirla o consentirla, istituire codici di comportamento dei funzionari pubblici, da adottare in ogni singolo ente, munendoli di adeguate sanzioni disciplinari ed amministrative da applicare in caso di violazioni, in breve prevedendo una organizzazione trasparente degli uffici e degli enti pubblici, che consenta un costante controllo preventivo e continui interventi correttivi, favorendo le condotte virtuose di denuncia dei sospetti e dei fatti di corruzione ad ogni livello.

Tali interventi hanno avuto lenta attuazione, con taluni appesantimenti burocratici e successive correzioni, fino ad approdare all'istituzione di un'Autorità nazionale per la lotta contro la Corruzione (ANAC), che ha avuto ampi poteri di controllo ed intervento "preventivo"[15].

Quanto alla disciplina penale, su cui concentreremo l'attenzione, la legge Severino ha risposto a due esigenze fondamentali.

Da un lato, ha inteso dare attuazione alle numerose previsioni di fonte sovranazionale, che imponevano all'Italia specifici standard di armonizzazione in materia e che sotto i precedenti governi guidati da Silvio Berlusconi erano rimaste prive di concreto adempimento.

Dall'altro, ha cercato di razionalizzare il sistema dei delitti di corruzione e dei delitti contigui, modificando quelli che presentavano maggiori difficoltà applicative, inasprendo per molte ipotesi le pene ed estendendo misure sanzionatorie ulteriori, quali la confisca dei proventi e più forti sanzioni interdittive.

In questa sede meritano di essere esaminate la riforma del delitto di concussione (art. 317 c.p.) con la parallela creazione del delitto di induzione indebita

---

amministrazione (Legge 190/2012). Una prima lettura delle disposizioni penali, in *Giur. it.*, 2012, p. 12 s.; per l'ampio dibattito che ne ha preceduto l'emanazione cfr. BALBI G., *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3-4/2012, p. 5 s.; PALAZZO F., *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, ivi, n. 1/2012, p. 227 s.; DOLCINI E., VIGANÒ F., *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, ivi, p. 232 s.

15. Si vedano i riferimenti normativi ed organizzativi al sito ufficiale: [www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/Anticorruzione].

a dare e promettere (art. 319 *quater* c.p.); il nuovo delitto di corruzione per l'esercizio delle funzioni, che ha sostituito il delitto di corruzione impropria (art. 318 c.p.); e l'introduzione del reato di traffico illecito di influenze (art. 346 *bis* c.p.).

3.1. La riforma del delitto di concussione (art. 317 c.p.) e la parallela creazione del delitto di induzione indebita a dare o promettere (art. 319 quater c.p.)

Con l'intento dichiarato di evitare che, in contrasto con le fonti internazionali, molte ipotesi di pagamenti illeciti a funzionari pubblici restassero prive di sanzione, perché qualificabili come "concussione", la legge Severino ha distinto in due diverse figure la discussa fattispecie delittuosa. Da un lato, ha mantenuto nell'art. 317 c.p. solo la condotta più tassativa della "costrizione" a dare o a promettere mediante l'abuso posto in essere dal pubblico ufficiale, escludendo che il delitto potesse essere commesso anche da meri incaricati di pubblico servizio; dall'altro ha creato una nuova figura delittuosa, meno gravemente punita, di "induzione indebita a dare o promettere" (nuovo art. 319 *quater* c.p.) che – come si evince anche dalla rubrica – incrimina la sola condotta più sfumata di "induzione", stabilendo che, sul versante attivo, ne risponda sia il pubblico ufficiale, che l'incaricato di pubblico servizio e, su quello passivo, ma con pena molto meno severa, anche il privato il quale – seppur "indotto" dall'abuso – accetti di dare o promettere indebitamente il denaro o altra utilità al soggetto pubblico.

Non si è trattato di una scelta felice[16]. Fin da subito la giurisprudenza si è trovata di fronte alla difficoltà di stabilire la linea distintiva fra le due figure contigue, per cui si è presto resa necessaria una pronuncia a Sezioni unite della Corte di Cassazione[17]. Questa ha ravvisato nel requisito implicito della "minaccia" al privato di un male dipendente dal pubblico ufficiale il tratto distintivo della "costrizione" (integrante la condotta punita dalla concussione), in quanto priva sostanzialmente la vittima della possibilità di scelta. Viceversa nell'ipotesi dell'"induzione", nonostante l'abuso del soggetto pubblico, al privato residua un margine di scelta di pagare o promettere, potendo

16. SEMINARA S., *I delitti di concussione e induzione indebita*, in MATTARELLA B. G., PELISSERO M. (cur.), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, p. 397 s, 2013.

17. Cass. Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 12228, Maldera e altri, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1532 s., con nota di GATTA G. L., *La concussione riformata, tra diritto penale e processo. Note a margine di un'importante sentenza delle Sezioni Unite*, p. 1566 s.

ravvisare un vantaggio conseguibile con la dazione o la promessa illecita: e dunque anch'egli, seppur molto meno severamente, viene punito.

Nonostante tale soluzione ermeneutica *praeter legem*, il confine fra le due ipotesi resta difficile da stabilire in concreto. Ed i suoi effetti pratici sono criticabili. In particolare, le condanne per concussione già pronunciate, in cui fosse ravvisabile una condotta meramente induttiva e non costrittiva, sono state riformate, con assoluzione degli imputati per effetto della legge "più favorevole" sopravvenuta, come è avvenuto anche nel caso del processo a Silvio Berlusconi per il c.d. caso Ruby[18].

Inoltre, la riforma ha portato a moltiplicare le difficoltà interpretative ed applicative, da sempre emerse nel distinguere fra concussione e corruzione, fra le quali si frappone ora – raddoppiando le linee di confine – l'induzione indebita.

A differenza di quest'ultima, la corruzione si basa su di un patto o contratto illecito, raggiunto da posizioni "paritarie" fra privato corruttore e soggetto pubblico corrotto, senza che quest'ultimo ricorra ad alcun "abuso" dei poteri o della qualità per conseguire la dazione o la promessa, quale contraccambio del compimento o dell'omissione di un atto d'ufficio, oggetto dell'accordo. Per cui il privato è punito al pari del soggetto pubblico, in misura ben maggiore di quando sia invece "indotto".

Ma anche il requisito del compimento o dell'omissione di un "atto" specifico del soggetto pubblico, quale oggetto necessario (o "merce", come è stato detto) dello scambio corruttivo, non è più essenziale, dopo la riforma Severino, che ha distinto un'ulteriore ipotesi.

3.2. Il nuovo delitto di corruzione per l'esercizio delle funzioni (art. 318 c.p.)

Recependo indicazioni delle fonti sovranazionali, da un lato, e l'esperienza della pur criticata prassi giurisprudenziale italiana, rafforzata soprattutto dai processi di "Mani pulite", dall'altro, il legislatore italiano del 2012 ha riformulato la fattispecie prevista dall'art. 318 c.p., che puniva la discussa e meno grave ipotesi di corruzione "impropria" (vale a dire per un atto "conforme" ai doveri d'ufficio), sostituendola con la nuova e più grave fattispecie di "corruzione per l'esercizio delle funzioni".

18. Cass., sez. VI, 10 marzo 2015, n. 22526, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 4, 2015, con nota di GATTA G.L., *La sentenza della Cassazione sul caso Berlusconi-Ruby: tra morale e diritto*, p. 385 s.

In effetti, si è dimostrato che in molti casi la corruzione non è riferibile ad uno specifico atto d'ufficio od alla sua omissione, investendo una pluralità anche ampia di atti e di funzioni, compreso il loro mancato esercizio: come ad es., in una procedura d'appalto, l'aggiudicazione della gara, l'approvazione degli stati d'avanzamento per i relativi pagamenti, gli stralci, le proroghe, le varianti in corso d'opera, fino al collaudo finale con la liberazione della cauzione, ecc. Per cui può essere superfluo, e talora impossibile, individuare uno specifico e singolo "atto" oggetto dell'accordo corruttivo e distinguere, in riferimento ad esso, tra esercizio "conforme" ed esercizio "difforme" rispetto ai doveri d'ufficio. La giurisprudenza italiana, tendenzialmente, ritiene che quando vi sia una corruzione tutti gli atti di conseguenza emanati (od omessi) siano pressoché automaticamente da qualificare come contrari ai doveri d'ufficio, a prescindere dalla loro formale legittimità amministrativa (anche nel caso in cui sia ad es. accertata dal giudice amministrativo), applicando perciò quasi sempre la più grave fattispecie di corruzione propria di cui all'art. 319 c.p.

Ma se non si individua precisamente l'atto o tutti gli atti oggetto dell'accordo corruttivo, non è neppure possibile verificare il requisito della c.d. doppia ingiustizia, richiesto da tale ultimo delitto: e cioè che oltre all'illiceità del *pactum sceleris*, vi sia anche l'illegittimità dell'atto compiuto od omesso in sua esecuzione.

Il nuovo delitto introdotto con la riformulazione dell'art. 318 c.p. supera queste distinzioni, essendo sufficiente, per la tipicità del reato, che il pagamento o la promessa trovino causa "negoziale" nell'esercizio delle funzioni o del servizio pubblici. Dunque anche per una pluralità di atti od omissioni, legittimi o meno, e per un periodo anche prolungato di tempo.

Resta però aperto il problema sistematico, in quanto non è stata abolita né riformata la fattispecie della corruzione propria, di cui al menzionato art. 319 c.p., che punisce più gravemente la corruzione (sia antecedente che susseguente) "per" il compimento o l'omissione di un "atto" determinato, in violazione dei doveri d'ufficio. I rapporti fra le due norme, che possono così presentare punti di intersezione, sono quindi poco chiari ed anche questa incertezza rende più difficile l'applicazione giurisprudenziale.

3.3. L'introduzione del reato di traffico di influenze illecite (art. 346 bis c.p.)

Un'importante innovazione, che ha parimenti dato attuazione alle previsioni delle fonti sovranazionali, è stata l'introduzione nel codice penale del nuovo delitto di "traffico d'influenze illecite" (art. 346 *bis* c.p.).

Si tratta di una fattispecie che affianca la tradizionale figura del "millantato credito" (art. 346 c.p.), in cui viene punito soltanto il privato "millantatore"

che vendendo "fumo" – come si è soliti dire – cioè magnificando relazioni inesistenti (o non tali quali vengono fatte apparire), con pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, si fa dare o promettere denaro o altra utilità per ottenere il loro favore, oppure con il "pretesto" di corromperli. In questa strana figura di delitto, peculiare della tradizione italiana, che si avvicina ad una sorta di frode qualificata, il privato che paga o promette non viene punito, ma è ancora una volta considerato vittima del millantatore.

Viceversa, nella nuova fattispecie introdotta nel 2012 (peraltro senza abrogare o sostituire la precedente) viene punito anche il privato che indebitamente promette od esegue il pagamento, in quanto si tratta del "prezzo della mediazione illecita" che l'autore principale svolge "sfruttando" relazioni realmente "esistenti" con i soggetti pubblici, per ottenere il compimento di atti contrari ai doveri d'ufficio o l'omissione di atti d'ufficio. In pratica, si puniscono autonomamente degli atti preparatori dell'accordo corruttivo, che se fosse effettivamente concluso comporterebbe una responsabilità anche del funzionario pubblico (che in questo delitto resta invece sullo sfondo), oltre che del privato offerente e del mediatore, per concorso in corruzione ("propria") consumata (art. 319 c.p.).

La fattispecie è importante soprattutto per reprimere o, meglio, prevenire le corruzioni internazionali, in cui le imprese o i soggetti che intendono ricorrere alla corruzione si servono quasi necessariamente di mediatori che hanno relazioni con i funzionari stranieri da corrompere, con i quali sarebbe altrimenti difficile o impossibile stabilire accordi e concordare le condizioni del *pactum sceleris*.

Ma anche in tal caso, la nuova norma non si inserisce senza problemi nel sistema, in particolare perché la delimitazione dal millantato credito, che resta vigente, presenta molti margini d'incertezza, e poi perché la nuova fattispecie non punisce espressamente anche la mediazione rispetto alle nuove figure della "corruzione per l'esercizio delle funzioni" (art. 318 c.p.) e dell'induzione indebita a dare o promettere (art. 319 *quater* c.p.).

4. Gli interventi portati dalle leggi Renzi-Orlando del 2015

L'insufficienza della pur meritoria legge Severino rispetto alle esigenze di efficace lotta alla corruzione è stata resa palese da nuovi scandali, che hanno riguardato grandi amministrazioni pubbliche ed opere di forte impatto economico e mediatico nel nostro Paese. In particolare, si è scoperta una rete di corruzioni fino ai più elevati livelli negli enormi appalti per la costruzione delle barriere mobili di protezione di Venezia dalle alte maree (che stanno

progressivamente ed irrimediabilmente deteriorandola: c.d. MOSE), in quelli per la realizzazione di "Expo 2015" a Milano, nonché all'interno dell'amministrazione comunale di Roma (c.d. inchiesta "Mafia capitale").

Il governo presieduto da Matteo Renzi, che aveva messo fra i primi posti del suo programma politico la lotta alla corruzione, quale aspetto essenziale per il rinnovamento dell'amministrazione e dello Stato italiani – di cui è stata intrapresa con molta difficoltà la riforma anche a livello costituzionale, poi bocciata dal *referundum* popolare svoltosi a dicembre 2016 – ha preso solo delle misure parziali, su proposta del Ministro della Giustizia Andrea Orlando, che pur sembrando andare nella direzione giusta, non delineano ancora un soddisfacente ed adeguato quadro sistematico, apparendo piuttosto come provvedimenti "tampone" e di richiamo mediatico, anziché frutto di chiare scelte di politica criminale.

Importante è stato certamente, per contrastare la criminalità economica e l'illegalità negli affari in cui la corruzione prospera, l'introduzione, con la legge 15 dicembre 2014, n. 186, del delitto di autoriciclaggio (art. 648 *ter.1* c.p.).

Mentre con la legge 27 maggio 2015, n. 69, recante "*Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio*", denominata dai mass-media "legge anticorruzione"[19], si sono in realtà introdotti solo lievi ritocchi nella formulazione dei reati di falso in bilancio (artt. 2621 e 2622 c.c.) e si è proceduto ad un inasprimento delle pene per essi previste (rispettivamente: reclusione da 1 a 5 anni e da 3 a 8 anni, salvo ricorrano ipotesi di lieve entità), con qualificazione anche del primo reato come "delitto", anziché mera "contravvenzione" (secondo quanto aveva invece stabilito, in modo assolutamente anomalo, la riforma Berlusconi del 2002, determinando rilevanti conseguenze a partire dai termini di prescrizione).

Ancor più esteso è stato l'aumento delle pene previste dal codice penale per molti delitti contro la pubblica amministrazione, fra cui quelli che qui interessano.

In particolare, per il delitto di concussione (art. 317) si prevede ora la pena della reclusione da 6 a 12 anni (mentre prima era da 4 a 12 anni). E l'ambito soggettivo di applicazione torna a comprendere anche l'incaricato di un pubblico servizio, come nella formulazione del 1990, annullando così la modifica portata sul punto dalla legge Severino del 2012.

19. Per un commento cfr. MONGILLO V., *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, in www.penalecontemporaneo.it (15.12.2015).

Per il delitto di corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318) la reclusione è aumentata nel massimo a 6 anni, fermo il minimo di 1 anno (prima era da 1 a 5 anni); per il delitto di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319) la reclusione è ora da 6 a 10 anni (mentre prima era da 4 a 8 anni); per il delitto di induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319 *quater*) la reclusione è ora da 6 anni a 10 anni e 6 mesi (mentre prima era da 3 ad 8 anni). Infine, per completezza, si segnala che per il delitto di corruzione in atti giudiziari (art. 319 *ter*) si prevede ora la pena della reclusione da 6 a 12 anni (mentre prima era da 4 a 10 anni).

Più importante di questi inasprimenti di pena sembra però l'innovativa introduzione di una circostanza attenuante per la "collaborazione processuale" (art. 323 *bis* c.p.), che consente una significativa diminuzione della pena da un terzo a due terzi per colui che, responsabile di specifici delitti contro la pubblica amministrazione (artt. 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater*, 320, 321, 322 e 322 *bis* c.p.: dunque tutti quelli di concussione e corruzione, nelle loro diverse forme),

> (...) si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite.

Infine, la legge modifica anche l'art. 165 del codice penale, subordinando la sospensione condizionale della pena (per i delitti di cui agli artt. 314, 317, 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater*, 320 e 322 *bis* c.p.: dunque anche per quelli qui esaminati, escluso però il traffico di influenze illecite)

> (...) al pagamento di una somma equivalente al profitto del reato ovvero all'ammontare di quanto indebitamente percepito dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio, a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa dalla condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, ovvero, nel caso di cui all'articolo 319-ter, in favore dell'amministrazione della giustizia, fermo restando il diritto all'ulteriore eventuale risarcimento del danno.

Anche l'ammissibilità del patteggiamento della pena *ex* art. 444 c.p.p. è ora subordinata, per i predetti reati, alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato.

A queste modifiche delle norme penali si affianca, sul piano della prevenzione della corruzione in sede amministrativa, il rafforzamento dell'Autorità

centrale per la lotta alla corruzione (ANAC), che ha ampi poteri ispettivi e di controllo su appalti ed atti anche organizzativi di rilievo, in tutte le pubbliche amministrazioni ed enti da esse controllati o in rapporti istituzionali stabili. La stessa autorità ha così recentemente stabilito le "Linee guida per la protezione del pubblico dipendente che segnala illeciti" (c.d. *whistleblower*).

In definitiva, l'impressione che si ricava ed il messaggio dato all'opinione pubblica, alle pubbliche amministrazioni, ai cittadini, alle autorità inquirenti, è che la lotta alla corruzione sia inasprita e presa nella massima serietà, combinandosi interventi penali ed amministrativi, repressivi e preventivi, risarcitori e di incentivazione alla collaborazione processuale ed alla denuncia.

Non mancano però molti punti deboli.

Innanzitutto, sul piano della disciplina penale manca un vero intervento organico sul "sistema" stesso, ancora troppo complicato e frammentato in molteplici delitti astrattamente applicabili, essendo inutilmente ridondante il numero delle troppe fattispecie contigue che si sono via via stratificate ed in realtà rendono più difficile ed incerta l'applicazione giudiziaria, dando vita ad inesauribili contenziosi interpretativi.

Sintomatica della titubanza del legislatore è la reintroduzione, fra i possibili autori del delitto di concussione, anche degli incaricati di pubblico servizio, appena esclusi dalla legge Severino del 2012.

Per ragioni politiche, dipendenti dal delicato equilibrio della coalizione governativa di centro-sinistra, sono poi mancate più incisive norme in materia di confisca dei "proventi" della corruzione, che comprenda tutti i "vantaggi" con essa conseguiti, sia da parte del soggetto pubblico, che da parte del corruttore, come imposto dalla normativa europea. La sottile distinzione fra "prezzo", "prodotto" o "profitto" del reato, che caratterizza la nostra disciplina codicistica, da tempo determina gravi incertezze applicative e infiniti contrasti giurisprudenziali.

Si tratta poi di verificare se la nuova circostanza attenuante introdotta con l'art. 323 *bis* c.p. sia idonea e sufficiente a favorire la "dissociazione" dai patti corruttivi, che spesso si collegano a più profondi legami e vincoli associativi di criminalità mafiosa, organizzata od occulta.

Se devono in conclusione apprezzarsi i nuovi passi che a vari livelli tentano di rafforzare gli strumenti amministrativi, sanzionatori e processuali diretti a rendere più efficace il contrasto al fenomeno corruttivo, non sono certo ancora pienamente soddisfatte le esigenze di una coerente e chiara politica criminale in materia.

5. Osservazioni conclusive

L'esperienza italiana dimostra, innanzitutto, il ruolo prioritario che svolge la volontà politica di intervenire, con decisione e razionalità, per combattere il fenomeno della corruzione, di cui deve riconoscersi, senza falsi pudori o reticenze, il ruolo strutturale e "sistemico" che ha acquisito nell'odierna società globalizzata, non circoscrivibile a singoli ambiti nazionali.

In secondo luogo, va sottolineata l'importanza della prevenzione, non solo all'interno della pubblica amministrazione, ma anche nelle imprese e società commerciali, che sono le prime attrici dell'economia, ormai necessariamente intrecciata con le strutture e le procedure pubbliche, spesso in dimensione sopranazionale. Al riguardo, di grande importanza è la disciplina delle gare d'appalto e delle procedure d'aggiudicazione, su cui è più volte intervenuta l'Unione europea, di recente con la Direttiva 2014/24/UE che ha riformato incisivamente la precedente disciplina, per garantire elevati livelli di trasparenza, efficienza, concorrenzialità.

Ineluttabile è poi un efficiente ed armonizzato sistema di responsabilità degli enti per i reati commessi, nel loro interesse o vantaggio, dai loro rappresentanti, dirigenti od anche subordinati, come previsto in Italia – sempre per impulso delle fonti europee ed internazionali – dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, a partire proprio dai delitti di concussione e corruzione, nelle loro diverse forme, e poi via via esteso a nuove categorie di delitti. Tuttavia, il principio di specialità, su cui tuttora si basa, non consente di applicare tale disciplina a tutte le fattispecie di reato, ma solo a quelle espressamente menzionate in un elenco molto lacunoso e privo di sistematicità: per cui, senza apparente ragione, restano esclusi molti reati come ad es. – nella materia in esame – quello di traffico di influenze illecite (art. 346 *bis* c.p.).

Inoltre, tale normativa è applicata in modo ancora assai discontinuo, perché solo in alcune sedi giudiziarie italiane sembra esservi la doverosa attenzione e competenza per utilizzare in modo adeguato quest'importante strumento di contrasto e di prevenzione dei reati. Proprio nel campo in esame esso si è già rilevato un fattore di controllo e di deterrenza rilevante, capace di incidere, a monte, fin dal momento organizzativo interno delle società e delle imprese, investendo le scelte di organizzazione e le procedure e regole di formazione e attuazione della volontà degli enti, nonché dei relativi controlli; a valle, incidendo sul conseguimento dei "profitti" e proventi illeciti, mediante l'applicazione di sanzioni efficaci sulla politica d'impresa, di natura non solo pecuniaria (parametrate alla capacità economica e finanziaria dell'ente, oltre che alla gravità dei reati) ed interdittiva, ma anche

ablativa, qual è la confisca applicabile altresì "per equivalente" nei confronti dell'ente,oltre che delle persone fisiche.

Perché l'intervento penale e sanzionatorio sia efficace e sistematico, deve dunque operare a più livelli, senza affidarsi alla mera deterrenza legata alla gravità delle pene, cui sembra ancora essersi affidato il legislatore italiano nell'ultima legge di riforma sopra menzionata, ma seguendo invece razionali principi di prontezza, certezza, proporzione e "contrappasso", già del resto espressi lucidamente, alle origini dell'illuminismo penale, dal nostro Cesare Beccaria[20]: le sanzioni devono essere non solo proporzionate, ma anche specificamente adeguate alla natura dei delitti da contrastare, e trovare nell'efficienza delle regole processuali strumenti idonei per garantirne la rapida applicazione, in modo che possano effettivamente adempiere alla loro essenziale funzione preventiva, senza fornire (indirettamente) motivi per far accrescere invece il numero dei delitti che dovrebbero contrastare.

Ed è proprio per conformare, oggi, la risposta sanzionatoria alle caratteristiche attuali del fenomeno ed, in specie, alla dimensione "sistemica" e sovranazionale che ha assunto la corruzione, che occorre muoversi in un quadro di armonizzazione e cooperazione internazionali.

A tal fine, un ruolo certamente positivo ha svolto e deve svolgere l'Unione europea, che al pari di altri organismi internazionali non ha mancato e non manca di stimolare il nostro Paese a porre in essere tutte quelle riforme che sono richieste per adeguare il sistema positivo agli standard di protezione ed efficienza necessari a garantire un quadro di effettiva legalità nel campo dell'economia e dell'amministrazione pubblica, presupposto essenziale per uno sviluppo giusto ed equilibrato, nell'ormai globalizzata economia mondiale, per cui deve sapientemente ed efficacemente operare anche la giustizia penale.

6. Bibliografia

BALBI G., *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, p. 5 s., n. 3-4/2012.

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene* (1764), ed. a cura di Venturi F., Torino 1994.

20. Cfr. BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene* (1764), ed. a cura di Venturi F., Torino 1994, in specie § VI, p. 19 s., § XLVII, p. 104. In argomento, volendo, cfr. PICOTTI L., *Il principio di proporzione fra delitti e pene quale limite di legittimazione del potere punitivo*, in Id. (cur.), *Alle radici del diritto penale moderno: l'illuminismo di Cesare Beccaria di fronte al potere di punire*, Napoli, p. 63 s, 2015.

BRICOLA F., *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali,* in *Temi*, 1968, p. 563 s., ora in *Scritti di diritto penale*, Milano, p. 2388 s 1997.

CASTELLANA A.M., *Profili di soggettività penale degli interventi pubblici nell'economia*, Padova 1989.

CINGARI F., *La corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma*, in: [www.penalecontemporaneo] (22.2.2012).

CORRADINO M., *Il parametro di delimitazione esterna delle qualifiche pubblicistiche*, *ivi*, p. 1316 s 1992.

DAVIGO P., MANNOZZI G., *La corruzione in Italia*, Roma – Bari, 2008.

DEL CORSO S., *Pubblica funzione e pubblico servizio di fronte alla trasformazione dello Stato: profili penalistici*, *ivi*, p. 1036 s. (I parte) e p. 1560 s. (II parte) 1989.

DOLCINI E., VIGANÒ F., *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir*. pen. *cont. – Riv. trim.*, n. 3-4, p. 232 s, 2012.

FOFFANI L., *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali, artt. 2621 e 2622*, in Giarda A., Seminara S. (cur.), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, p. 231, 2002.

FORTI G., *L'insostenibile pesantezza della tangente ambientale: inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 476 e ss, 1996.

FORTI G. (cur.), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da mani pulite*, Milano, 2003.

GATTA G. L., *La concussione riformata, tra diritto penale e processo. Note a margine di un'importante sentenza delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 1566 s, 2014.

GATTA G.L., *La sentenza della Cassazione sul caso Berlusconi-Ruby: tra morale e diritto*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 4, p. 385 s , 2015.

GIARDA A., SEMINARA S. (cur.), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002.

MARINI L., *La corruzione politica*, in *Storia d'Italia. Annali 12. La criminalità* (a cura di Violante L.), Torino, p. 321 s, 1997.

MARINUCCI G., *La legge ex Cirielli: certezza d'impunità per i reati gravi e "mano dura" per i recidivi*, in *Dir.pen.proc*, p. 2 s, 2006.

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. p. sp.*, 9. ed., Milano 2000.

PALAZZO F. (cur.), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze 2011.

PALAZZO F., *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim*, p. 227 s, n. 1, 2012.

PEDRAZZI C., *Problemi e prospettive del diritto penale dell'impresa pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen*, p. 361 s, 1966.

PICOTTI L., *Le nuove definizioni penali di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio nel sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, p. 263 s, 1992.

PICOTTI L., *Il principio di proporzione fra delitti e pene quale limite di legittimazione del potere punitivo*, in Id. (cur.), *Alle radici del diritto penale moderno: l'illuminismo di Cesare Beccaria di fronte al potere di punire*, Napoli, p. 63 s, 2015.

PULITANÒ D., *Alcune risposte alle critiche verso la proposta*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, n. 4, p. 941 s, 1992.

SEMINARA S., *I delitti di concussione e induzione indebita*, in MATTARELLA B. G., PELISSERO M. (cur.), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, p. 397 s, 2013.

SEVERINO DI BENEDETTO P., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Le qualifiche soggettive*, Milano 1983.

SEVERINO DI BENEDETTO P., *Commento agli artt. 357-358*, in PADOVANI T. (cur.), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, p. 448 s, 1996.

SGUBBI F., *Considerazioni critiche sulla proposta anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, n. 4, p. 948 s 1992.

STORTONI L., INSOLERA G. (cur.), *Gli Ottant'anni del Codice Rocco*, Bologna, 2012

VINCIGUERRA S., *La riforma della concussione*, in *Prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione (Legge 190/2012). Una prima lettura delle disposizioni penali,* in *Giur. it.*, p. 12 s 2012.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Il diritto penale tra globalizzazione e postsecolarismo, de Giovanni Fiandaca e Enzo Musco – *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 1/1249-1281 (DTR\2012\44874); e
- L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione! de Vittorio Manes – *RBCCrim* 121/291-322 (DTR\2016\22002).

Aproximação a uma teoria da corrupção

Towards a theory of corruption

Prof. Dr. Luís Greco (LL.M.)

Professor titular de direito penal, direito penal econômico e direito penal médico na Universidade de Augsburg, Alemanha.
luis.greco@jura.uni-augsburg.de

Adriano Teixeira (LL.M.)

Mestre e doutorando na Universidade Ludwig-Maximilian, Munique, Alemanha. Bolsista CAPES/DAAD.
ateixeiraguimaraes@gmail.com

Área do Direito: Penal

Resumo: O artigo busca fornecer um esboço de uma teoria da corrupção, delimitando o específico conteúdo de injusto desse delito. Do resultado desse esforço – a ideia de que corrupção é um abuso de poder condicionado por recebimento de vantagem –, colhido após análise do estado atual do problema na Alemanha e no Brasil, extraem-se consequências concretas para a interpretação tanto do direito alemão quanto do direito brasileiro.

Palavras-chave: Corrupção – Bem jurídico – Pacto de injusto – Vantagem indevida.

Abstract: The article offers first reflections on a theory of corruption, which tries to capture the specific wrongfulness of this crime. It proposes to understand corruption as a misuse of power contingent upon a reward, and tries to use this notion as a guideline to solutions to speficic questions concerning corruption.

Keywords: Corruption – Legal good – Undue reward.

Sumário: I. Introdução. II. Rápido panorama do estado atual da questão na Alemanha e no Brasil. III. Diagnóstico. IV. O que é corrupção?. 1. Considerações preliminares: o sistema dos delitos de corrupção na Alemanha. 2. A insuficiência da questão do bem jurídico. 3. Uma tentativa. 4. Tradução dogmática: pacto de injusto como combinação do público com o privado (§§ 331 I, 333 I StGB) ou como combinação de violação da lei com vantagem (§§ 332, 334 StGB). V. Consequências. 1. Relação com outros delitos. 2. Consequências para o direito brasileiro. VI. Conclusão. VII. Bibliografia.

Greco, Prof. Dr. Luís; Teixeira, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 134. ano 25. p. 159-188. São Paulo: Ed. RT, ago. 2017.

I. Introdução

O presente estudo[1] esforça-se no sentido de precisar a natureza do injusto penal que se designa pelo termo "corrupção." Após uma espécie de fotografia panorâmica, em que tentamos dar breve notícia do estado atual do problema na Alemanha e no Brasil (abaixo II), passaremos a um diagnóstico, no sentido de que existe uma total desorientação a respeito da corrupção em suas diversas manifestações (abaixo III). Esse diagnóstico desembocará em uma reflexão sobre o específico conteúdo de desvalor da corrupção (abaixo IV), reflexão essa que constitui o núcleo do presente trabalho. Ao final, empenhar-se-ão esforços no sentido de extrair consequências concretas dessa reflexão para alguns dos problemas identificados na fotografia panorâmica, sobretudo sobre a relação dos delitos de corrupção entre si e com outros delitos, bem como sobre a interpretação do direito brasileiro (abaixo V).

II. Rápido panorama do estado atual da questão na Alemanha e no Brasil

Corrupção é um tema atual, tanto do ponto de vista jurídico-político quanto jurídico-dogmático, seja Alemanha, seja no Brasil.

1. Na *Alemanha,* há uma série de novidades no que se refere à corrupção.

a) No *plano jurídico-político*, mencionem-se, principalmente, os seguintes acontecimentos.

aa) Em 2014, foi ampliado o tipo da *corrupção de deputados* (Abgeordnetenbestechung), insculpido no § 108a StGB (= código penal alemão)[2]. Diversamente do Brasil, na Alemanha a corrupção de deputados ou detentores de mandato político (Mandatsträger) é punível através de um tipo diverso da corrupção de servidores públicos[3] (Amtsträger, §§ 331 e ss.). Até 2014, somente era punível a venda (e consequentemente a compra) do voto do parlamentar. Após a mencionada reforma, o tipo passou a abranger qualquer oferecimento de vantagens injustificadas com o intuito de influenciar o exercício do

1. As ideias centrais do presente texto foram originalmente apresentadas em artigo de Luís Greco, publicado na revista *Goltdammer´s Archiv für Strafrecht*, no fascículo dedicado a Claus Roxin, por ocasião de seu 85º aniversário (maio 2016). Adriano Teixeira promoveu a ampliação do texto, sobretudo com as explicações sobre o direito alemão e a parte dedicada ao direito brasileiro.
2. Lei de 23.04.2014 (BGBl. I p. 410); a respeito *Francuski* HRRS 2014, 220.
3. No presente texto, os termos "servidores públicos" e "funcionários públicos" serão utilizados indistintamente.

mandato, incumbindo ou orientando o parlamentar a praticar ou omitir determinada ação. Além disso, a vantagem solicitada, oferecida ou concedida não precisa ser de natureza material, como exigia o tipo em sua versão anterior.

bb) Em novembro de 2015, foi promulgada a "Lei de combate à corrupção",[4] que introduziu principalmente duas modificações. Primeiramente, reformou-se o tipo penal da *corrupção privada*, previsto no § 299 StGB. Segundo a redação que vigia até então, o tipo da corrupção comercial (ou corrupção privada) descrevia a conduta do empregado ou representante de empresa que solicita ou recebe uma vantagem para, no âmbito de uma transação comercial de produto ou serviço, favorecer *concorrencialmente* um terceiro. O tipo foi modificado, para, entre outras leves alterações terminológicas, incluir uma segunda variante de conduta punível, que dispensa a exigência de que o favorecimento se dê num âmbito de concorrência, bastando que o funcionário ou representante viole seus deveres perante a empresa, sem o consentimento do empresário.

cc) Além disso, mesma lei introduziu o novo § 335a StGB, que amplia consideravelmente a *corrupção de funcionários públicos estrangeiros*. As mudanças mais significativas foram a possibilidade de punição do funcionário estrangeiro receptor da vantagem (corrupção passiva) e dispensa da exigência de favorecimento num contexto de comércio internacional, bem como a introdução da punibilidade do mero recebimento de vantagem sem infração do dever funcional por parte de servidor público europeu.

dd) Foram introduzidos, em maio de 2016, tipos penais da *corrupção no setor da saúde* (§§ 299a, b), que visam a criminalizar trocas de favores principalmente entre médicos e empresas farmacêuticas[5]. Por fim, em abril de 2017, criou-se *tipo penal de corrupção no esporte,* intutilado manipulação de competições esportivas profissionais (§ 265d)[6].

b) Por outro lado, do ponto de vista jurídico-dogmático, o tema permanece atual desde a Reforma de 1997[7]. A Lei de Combate à Corrupção (*Gesetz zur*

4. Lei de 20.11.2015 (BGBl. I S. 2025); a respeito *Schünemann,* ZRP 2015, 68; *Dann,* NJW 2016, 203.
5. Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen, de 30 de maio de 2016, in: BGBl. 2016 I, n. 25, p. 1254; a respeito, ainda antes da emissão da lei, *Kubiciel* WiJ 1.2016; sobre as diferentes propostas de criminalização *Jary* PharmR 2015, 99.
6. Einundfünfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafbarkeit von Sportwettbetrug und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben, de 11 de abril de 2017, in: BGBl. 2017 I, n. 20, p. 815.
7. Sobre essa reforma, com a visão da época, *König* JR 1997, 397; e para um panorama *Sowada*, in: Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, 12. ed., t. 13, 2009, comentários prévios ao § 331, nm 23.

Bekämpfung der Korruption), de 13.08.1997, promoveu mudanças importantes no código penal alemão. Entre elas, destacam-se: a criação de um novo capítulo contemplando "delitos contra concorrência" (§§ 298-302 StGB), com o novo crime de acordos ilícitos em licitações (§ 298 StGB) e a transposição do delito de corrupção privada para o código penal (§ 299 StGB); nos delitos de corrupção no setor público incluiu-se a concessão de vantagem a terceiros e, no tipo penal do recebimento indevido de vantagem (§§ 331, 333 StGB), flexibilizou-se o elemento do "pacto de injusto" (Unrechtsvereinbarung), ao substituir-se a expressão *Diensthandlung* (ação funcional ou ato de ofício) por *Dienstausübung* (exercício da função) e, por fim, modificou-se a modalidade ativa de modo a que esta se espelhasse na modalidade passiva. Resultado dessa última mudança é a possibilidade de punição tanto de vantagens concedidas por ações funcionais já realizadas ou a serem realizadas.

Mostra dessa atualidade é uma série de julgados do *BGH* (*Bundesgerichtshof,* Tribunal equivalente ao nosso STJ), que se produziu desde essa reforma.

aa) Mencionem-se, primeiramente, os casos da *arrecadação de financiamento externo* (*Drittmitteleinwerbung*) *nas universidades públicas* (BGHSt 47, 295; 48, 44). No primeiro caso, o réu, diretor médico de uma clínica e professor universitário, recebia de uma firma de produtos técnico-hospitalares contribuições que depositava na conta de uma associação de apoio a seu departamento, criada por sua iniciativa. O dinheiro era utilizado, à revelia da administração da universidade, para fins científicos de pesquisa e para aquisição de equipamentos. O réu foi condenado conforme o § 331 StGB (cf. explicação no texto em IV 1). O segundo caso diferencia-se do primeiro na medida em que o réu, em troca do recebimento de aparelhos para seu próprio uso profissional, favorecia determinada empresa no momento de escolher o fornecedor de produtos para o departamento sob sua direção. Além disso, a empresa pagava viagens para congressos e festas de natal para membros do departamento dirigido pelo réu. Devido à primeira conduta, o médico foi condenado conforme o § 332 StGB, e pela segunda, conforme o § 331 StGB.

bb) Importante também foram as sentenças sobre o problema das *doações para campanhas eleitorais* (BGHSt 47, 275; BGH NJW 2007, 3446). Tratou-se do caso de um prefeito que concorria à eleição e, para isso, estava à procura de recursos. Um membro do partido procurou um determinado empresário do ramo da construção civil em busca de apoio. Embora filiado a outro partido, o empresário, na esperança de que em troca de seu auxílio financeiro recebesse apoio da prefeitura para desenvolver seu projeto de construção de um centro comercial, pagou uma elevada quantia ao partido, sem que o candidato soubesse, no entanto, dos concretos planos do empresário. Desses planos apenas o intermediário, membro do partido, tinha ciência. Apenas dois dias depois,

veio o prefeito a saber do pano de fundo da doação eleitoral. Em seguida, o empresário desistiu do seu projeto junto à prefeitura. Em penúltima e última instâncias, ambos foram absolvidos, sob o argumento de que faltaria um pacto de injusto (*Unrechtsvereinbarung*) entre os dois, por razões que conheceremos em mais detalhe abaixo (item IV 4).

cc) Um dos mais interessantes casos de que se ocupou a jurisprudência alemã dizia respeito ao chamado *Hospitality,* concretamente à *doação de bilhetes de eventos esportivos a membros do governo* (BGHSt 53, 6). O réu era membro de uma empresa de energia, que era o principal patrocinador da Copa do Mundo de Futebol de 2006, na Alemanha. Parte da estratégia de *marketing* da empresa era conceder ingressos dos jogos (de que dispunha por contrato) a representantes de setores da economia, da sociedade civil, da ciência, da cultura e da política, para que esses apresentassem e representassem suas instituições e, ao mesmo tempo, acentuassem, através da exposição de importantes personalidades, o papel de destaque da empresa como principal patrocinador do evento. Entre outros, a ideia era convidar membros do governo federal e do governo do Estado de Baden-Württemberg, área em que a empresa atuava preponderantemente. O réu foi absolvido pelo crime do § 333 StGB, por razões de fato e de direito.

dd) Por último, mencione-se o quase inocente *caso das fotos escolares* (BGH StV 2012, 19). Ambos os réus trabalhavam para sociedades especializadas em realizar fotos em escola. Pelo intermédio do corpo docente e da direção do colégio, as fotos eram realizadas e enviadas para os alunos e a seus pais e oferecidas para compra. Em contrapartida a essa intermediação e organização para a realização e envio das fotos, os fotógrafos doavam à escola dinheiro ou equipamentos (como *laptops*). O BGH considerou punível a conduta, diante de certos pressupostos.

2. No *Brasil*, com os recentes escândalos de corrupção que ocupam intensamente o noticiário nacional desde o caso "Mensalão" até a ainda em curso "Operação Lava Jato", não se faz necessário tentar demonstrar a atualidade e a importância do tema.

a) Do ponto vista *político-jurídico*, mencione-se, em primeiro lugar, a chamada Lei Anticorrupção, que criou uma estranha responsabilização "civil e administrativa" de pessoas jurídicas no âmbito das quais ocorrem práticas corruptivas[8].

8. Lei 12.846 de 1º de agosto de 2013; a respeito cf., por todos, *Greco Filho/Rassi*, O combate à corrupção e comentários à Lei de responsabilidade das pessoas jurídicas, São Paulo, 2015.

Recordem-se também as "dez medidas contra a corrupção" propagadas pelo Ministério Público Federal[9], que compreendem, entre outras, a introdução de tipos penais contra o chamado caixa dois e o enriquecimento ilícito de funcionário público.

b) Em um *plano jurídico-dogmático*, é especialmente relevante o caso *Mensalão* (AP 470/STF), que também teve por objeto a aplicação dos tipos de corrupção[10].

III. Diagnóstico

Desse confuso panorama pode-se extrair já uma primeira conclusão. Nem na Alemanha, nem no Brasil, nem no plano da política-jurídica, nem no da dogmática, consegue-se vislumbrar uma linha clara por trás das diversas tomadas de posição sobre as questões supramencionadas. Na verdade, as manifestações encontradas na discussão mais se assemelham a um *emaranhado de argumentos ad hoc*, nos quais não faltam moralismos ou mesmo messianismos[11], ao lado de considerações pragmáticas de natureza rasteira[12].

O objetivo deste breve artigo é esboçar uma teoria que possa oferecer essa clara linha ainda faltante. Apenas quando se souber o que é corrupção e onde

9. Cf. [http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/] Acesso em: 16.03.2016. para uma discussão crítica cf. os artigos em Boletim do IBCCrim 277, de dezembro de 2015.

10. Cf. *Quandt*, *RBCCrim* 106, 2014, p. 181 ss.

11. Para um exemplo paradigmático de moralismo na Alemanha, veja-se o artigo do procurador de justiça *Schaupensteiner* NStZ 1996, 409, em cujas primeiras linhas já se fala no "mal da propina que se espalha", de uma luta de um persecutor criminal caracterizado como "cavaleiro" contra a "hidra da corrupção". Um exemplo de messianismo no Brasil cf. a página de abertura do site das 10 Medidas do MPF, em que se anuncia que, com as medidas, "uma nova realidade pode ser construída para quebrar o ciclo de impunidade." Corretamente contra o disseminado tom moralista que se vê na discussão *Dann* NJW 2016, 204.

12. Dois exemplos recentes: o elemento típico do favorecimento concorrencial conforme o § 299 I *StGB* (versão anterior) seria problemático por ser dificil comprovar (Annex Germany to the EU Anti-Corruption Report, COM [2014] 38 final, p. 6 s.); dever-se-ia introduzir um tipo penal contra o enriquecimento sem causa, pela impossibilidade de provar o delito que deu causa ao enriquecimento (cf. Disponível em: [http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medidas-anticorrupcao_versao-2015-06-25.pdf]. Acesso em: 11.11.2015), p. 21 (o link ativo, citado à nota 8 e acessado quando da conclusão do presente artigo, não funciona, com o que fica claro que o MPF mais se preocupa em fazer alarde em favor das medidas do que de tornar o seu real conteúdo conhecido); contra uma argumentação com base em dificuldades probatórias já *Dölling*, Gutachten zum 61. DTJ 1996, C 63.

se encontra a razão de sua punibilidade, poder-se-á dispor de um parâmetro que permita julgar a correção das afirmações lançadas na discussão. Não falamos, aqui, de uma teoria propriamente, mas de uma mera "aproximação", pois estamos cientes de que, nesta sede, é possível avançar tão somente reflexões provisórias, para cujo completo desenvolvimento e validação provavelmente seria necessária a confeccção de uma monografia própria.

IV. O que é corrupção?

Dado que as reflexões deste texto foram primariamente desenvolvidas a partir da discussão alemã e sobretudo com base no ordenamento jurídico-penal alemão, cabe preliminar e brevemente explicar a sistemática dos delitos de corrupção na ordem jurídica alemã, que se dintingue sensivelmente do sistema posto no Código Penal brasileiro (abaixo 1). Após essa breve explicação preliminar é que passaremos propriamente ao "mérito" de nosso tema.

Primeiro, será investigado se a partir da eludicação da questão do bem jurídico é possível derivar conclusões acerca da qualidade fundamental da corrupção (abaixo 2). Verificar-se-á que a determinação do bem jurídico, na verdade, não é capaz de dar uma resposta à pergunta sobre o injusto (desvalor) de ação da corrupção. Em um próximo passo, serão movidos esforços para formular uma concepção própria da corrupção que também possa iluminar esse desvalor de ação (abaixo 3). Na sequência, esse entendimento será desenvolvido dogmaticamente, através da tentativa de precisar o conceito de pacto de injusto (*Unrechtsvereinbarung*), tentativa esta que, desde logo, será posta à prova em face dos grupos de casos decididos pela jurisprudência alemã (abaixo 4).

1. Considerações preliminares: o sistema dos delitos de corrupção na Alemanha

Faz-se necessário, desde já, dar notícia da sistemática dos delitos de corrupção na ordem jurídica alemã, que, como dito, apresenta sensíveis diferenças em relação aos crimes de corrupção previstos no Código Penal brasileiro. Além disso, essa explicação revelar-se-á fundamental para a compreensão da análise e das teses avançadas no texto.

Os delitos de corrupção previstos no StGB dividem-se em dois grupos principais, além de delitos específicos como corrupção de parlamentares (§ 108e StGB) e corrupção privada (§ 299 StGB). Os §§ 331 e 333 StGB (*Vorteilsannahme/Vorteilsgewährung*) descrevem, respectivamente: a conduta do funcionário público que solicita, aceita promessa ou recebe efetivamente uma vantagem

(*Vorteil*), para si ou para terceiro, para o exercício de seu cargo ou função (*für die Dienstausübung*); e a conduta respectiva, no polo ativo, do sujeito que oferece, promete ou efetivamente concede tal vantagem. Por sua vez, os §§ 332 e 334 StGB (*Bestechlichkeit/Bestechung*) tornam puníveis: a conduta do funcionário público que solicita, aceita promessa ou efetivamente recebe vantagem, para si ou para terceiro, para realizar ou pelo fato de ter realizado um ato de ofício (*Diensthandlung*), em violação a seus deveres funcionais, bem como do sujeito que atende à solicitação, promete ou efetivamente assegura a vantagem ao funcionário.

O primeiro tipo de crime, que dispensa a violação de um dever funcional, será designado no texto como *corrupção simples*, nas modalidades passiva (§ 331 StGB) e ativa (§ 333 StGB). A corrupção simples passiva também será chamada de recebimento indevido de vantagem[13]. A segunda modalidade delitiva, que exige a violação de um dever funcional, será designada como *corrupção com infração funcional* (passiva – § 332 StGB – ou ativa – § 334 StGB).

2. *A insuficiência da questão do bem jurídico*

A conhecida controvérsia a respeito da determinação do bem jurídico dos delitos de corrupção não será aqui retomada[14]. Apenas é de se perguntar se o esclarecimento dessa questão pode ser visto como solução de nosso problema[15]. Ocorre que a questão do bem jurídico tem a ver primariamente com o desvalor de resultado da corrupção, portanto, por assim dizer, apenas com a metade do injusto da corrupção. Não fica, assim, claro por que só se pode falar em corrupção em face de uma forma de conduta bastante específica, qual seja, a oferta ou a aceitação de *vantagens*. Por que não é corrupção coagir um funcionário público, se esse ato eventualmente falseia a vontade estatal de maneira mais efetiva que o oferecimento de vantagens[16], prejudica o escorreito

13. Como no CP português, art. 372.

14. Sobre essa discussão, principalmente *Roxin*, FS Kargl, p. 461 ss.; ademais *Loos*, FS Welzel, 1974, p. 879; *Dölling*, op. cit., p. 50 ss.; detalhadamente *Heinrich*, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht, 2001, p. 239 ss.

15. Também assim *Saliger*, FS Kargl, 2015, p. 492 (497), em um raro artigo sobre o injusto da corrupção; indo ainda mais longe *Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (468): "Corrupção (é) apenas uma forma de agressão (…), semelhante à fraude, coação ou violência".

16. Assim, principalmente a literatura antiga, por exemplo *Baumann* BB 1961, 1057; *Arthur Kaufmann* JZ 1959, 375 (377); *Bockelmann* ZStW 72 (1960), 251 (257); *Henkel* JZ 1960, 507 (508 s.) (todos sobre apenas o § 332 StGB).

exercício das funções administrativas[17] ou a confiança da coletividade nesse exercício[18]? Não se pode esperar uma resposta a essa indagação a partir da definição do bem jurídico, da mesma maneira como se pode interpretar satisfatoriamente o furto e a apropriação indébita a partir de uma referência ao bem jurídico propriedade.

A excessiva atenção dedicada à questão do bem jurídico dos delitos de corrupção talvez seja a principal causa para que a pergunta decisiva – porque também envolve o desvalor da ação – acerca da qualidade fundamental, da essência do delito mal tenha sido colocada. A centralidade da questão do bem jurídico conduz a um ponto de vista "sobrecarregado pela ideia de resultado", que não pode fazer justiça não só à lei, mas também à imagem intuitiva que se tem da corrupção. Afinal, para ambos, as vantagens deveriam constituir o ponto central, e isso independentemente das consequências que poderiam advir dessas vantagens. Com efeito, a lei alemã conhece a vantagem que é oferecida após o exercício do ato funcional (de maneira mais clara, o § 332 I StGB "executou" ou "procedeu" (*vorgenommen hat*) que, portanto, não pode nem falsear a vontade estatal, nem prejudicar a imparcialidade do exercício do serviço público. A doutrina majoritária esquiva-se desse problema, interpretando os delitos de corrupção como crimes de perigo abstrato[19]. Talvez se encontre, porém, uma interpretação alternativa, que enxergue no processo em si um desvalor próprio; isso corresponderia melhor ao fato de que esse posterior aceite da vantagem permanece problemático ainda que o funcionário abandone o serviço público no dia seguinte (de modo que fique excluído qualquer perigo de uma influência parcial), ou quando a transação permaneça para sempre desconhecida. Também merece atenção a circunstância de que, intuitivamente, o desvalor da corrupção seja medido de acordo com o tamanho da vantagem oferecida ou recebida (veja-se também a causa de aumento de pena da vantagem de grande proporção, § 335 II n. 1 StGB).

17. *Dölling*, Gutachten, C 49; *Sowada* LK-StGB 12. ed. 2009, comentários prévios ao § 331 nm 36.

18. BGHSt 15, 88 (97); BGH NStZ 1987, 326 (327); *Dornseifer* JZ 1973, 267 (268 s.); na mais nova literatura fala-se correntemente em um bem jurídico complexo, que, ao lado do componente da confiança, compreende um aspecto ulterior, v., por exemplo, *Korte* MüKo-StGB 2. ed. 2014 § 331 nm 8; *Rosenau* SSW-StGB 2. ed. 2014 § 331 nm 7.

19. A interpretação dos §§ 331 ss. StGB como delitos de perigo abstrato constitui a posição atual absolutamente dominante, v., por todos, *Rosenau* SSW-StGB 2. ed. § 331 nm 8.

3. Uma tentativa

Com o que foi dito até aqui está descrito o desafio que as presentes linhas tentam solucionar. Ele consiste em apreender o injusto da corrupção, um injusto que em primeira linha não reside no resultado, mas sim, de forma central, numa certa atividade, que se serve de um meio bastante específico, qual seja, a vantagem. A vantagem não é um instrumento acidental para cometer corrupção, senão seu principal elemento constitutivo.

a) Reflexões iniciais: sobre o injusto do recebimento indevido de vantagem

Enquanto braços do Estado, funcionários públicos são detentores de poder. Uma premissa do pensamento liberal é, entretanto, que poder sempre carece de legitimação. A justificação da posição de poder do funcionário público liga-se intimamente com a justificação da posição de poder do Estado. Sem entrar em detalhes, pode-se afirmar que o Estado e seus desdobramentos existem "a serviço do ser humano" (*ist um des Menschen willen da*)[20]. Com isso já se chega diretamente à ideia de serviço público. Um "serviço" é uma atividade para um outro, uma atividade fiducial, no interesse de terceiros. Para garantir que o funcionário permaneça fiel a seu serviço, a esfera pública do serviço precisa dissociar-se da esfera pessoal ou privada[21]. Nada contradiz mais diretamente essa ideia do que o fato de o servidor fazer o exercício de sua função depender de fatores pessoais.

A dissociação da esfera do serviço público da esfera da vantagem pessoal não é nada diverso da concretização de um princípio mais geral constitutivo do Estado de Direito liberal, a saber, o princípio da separação entre esfera pública e esfera privada, ou separação entre Estado e sociedade. Essa distinção é de tal modo fundamental que se afigura difícil fundamentá-la com a necessária brevidade[22]. Aqui se deve contentar com a observação de que essa separação não pode ser uma via de mão única. Problemática não é apenas a intervenção do Estado em assuntos privados; o caso inverso da interferência do privado na consecução de tarefas públicas não é menos problemático, e exatamente disso é do que se trata nas constelações de casos que ora investigamos.

---

20. Art. 1 I Projeto de Chiemsee de uma constituição para uma federação de Estados alemães, de 1948.

21. Veja também *Dölling*, op. cit., C 49 s., que se reporta à instituição de um "liame entre tarefas funcionais e interesses pessoais"; *Kindhäuser* ZIS 2011, p. 465: obrigatoriedade da "exclusão de interesses particulares imparciais"; os autores não extraem daí maiores consequências dogmáticas.

22. Mais detidamente *Böckenförde*, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit, 1973.

Tomado ao ponto: o servidor do Estado que conecta seus serviços a vantagens, sejam essas para ele mesmo ou para terceiros, abusa de seu poder ao obliterar a separação garantidora de liberdades entre esfera pública e privada. O injusto da corrupção simples consiste em um *abuso de poder* via *perversão da coisa pública em um benefício privado*.

b) Continuação: o injusto da corrupção com infração funcional

Poder-se-ia pensar que, com as ideais aqui desenvolvidas, a questão a respeito do injusto da corrupção com infração funcional estaria esclarecida por meio de um argumento *a fortiori*. Se já é vedado o atrelamento da vantagem com o exercício regular do serviço público, com mais razão se deveria impor essa proibição na hipótese de exercício irregular ou ilegal do serviço público. Com isso, a corrupção com infração funcional passiva e sua modalidade ativa não constituiriam mais o caso padrão, do qual a corrupção simples ativa e a corrupção simples passiva seriam formas derivadas, mas sim qualificadoras, que representariam um aprofundamento do injusto autônomo das modalidades simples.

Essa interpretação, à primeira vista sugestiva, não é incorreta, tampouco é completa. É certo que ambos os tipos penais, tanto os da corrupção simples como os da corrupção com infração funcional, prendem-se a uma mesma raiz: à ideia liberal da necessidade de justificação de toda posição de poder. O poder deve colocar-se a serviço dos subordinados; nisso baseia-se, como visto, o injusto da corrupção simples. Além disso, o poder só é tolerável quando se deixa civilizar e domar através da lei[23]. Com isso se chega à ideia central por trás da corrupção com infração funcional: *a vinculação do serviço público* à *lei* (e ao direito), portanto, o *princípio da legalidade do Estado ou da administração pública*.[24]

A circunstância de se pôr em questão a separação entre esfera pública e privada afigura-se secundária no presente contexto, em que há uma violação funcional. Indaga-se, contudo, por que o menoscabo da legalidade da administração, ocasionado pela corrupção, deve ocorrer *por meio de vantagens*. Por que outros métodos, possivelmente mais efetivos, de influenciar o detentor de poder são aqui excluídos? A resposta desvela-se quando se tem presente a estrutura do agir estatal vinculado à lei.

23. Sobre a ideia de legalidade como contenção e processo de civilização de poder *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, 2009, p. 262 ss.

24. Derivando esse princípio do conceito de estado de direito *Böckenförde*, Recht, Staat, Freiheit, 5. Ed., 2013, p. 148.

O Estado que visa ao bem comum – logo uma soma de vantagens – não persegue esse fim ao seu livre alvedrio, como o *Politikos* de *Platão*[25]. Na verdade, o Estado deve corresponder a essa tarefa cumprindo as leis, aplicando-as, executando-as. Leis determinam, portanto, os limites dentro dos quais ao Estado e a seus servidores permite-se perseguir vantagens. Vantagens que extrapolam os limites legais, ou seja, vantagens ilegais, são, por isso, uma especial tentação para o Estado que aspira a realizar o bem comum, mas que está vinculado a fazê-lo somente no interior das fronteiras da lei.

O que foi dito se deixa explicitar através de duas dicotomias confessadamente um tanto grosseiras, porém, de maneira geral, elucidativas. A primeira dicotomia é entre programas condicionais e finalísticos[26], a segunda, entre Estado regido por normas (*Normenstaat*) e Estado regido por metas ou medidas (*Maßnahmestaat*)[27]. Leis são programas condicionais e não progamas finalísticos[28]; aplicação e execução da lei ocorre, portanto, de modo que vantagens que estejam fora do pressupostos enunciados pelo programa condicional não mais possam ser levadas em consideração. Assim, torna-se claro o especial perigo que vantagens não permitidas legalmente representam para a vinculação da administração, e também da justiça, à lei. Vantagens fazem de um programa condicional um programa finalístico; elas contradizem, assim, de forma frontal a ideia de vinculação à lei. Com a desvirtuação da vinculação à lei, um Estado regido por normas transforma-se em um Estado regido por metas ou medidas. O injusto da corrupção com infração funcional reside, consequentemente, no *abuso de poder* por meio do *desrespeito, condicionado por um recebimento de vantagem,* à *ideia de legalidade do serviço público*.

c) Conclusão intermediária

Com isso afiguram-se tanto a corrupção simples quanto a corrupção com infração funcional como instâncias de *um abuso de poder condicionado por vantagem*.[29] A relação "interna" da vantagem com o abuso de poder expressa-se em ambos os tipos penais sob diversas formas. Elemento constitutivo da *corrupção*

25. *Platão*, Der Staatsmann (O político), in: Löwenthal (Org.). Obra completa, t. II, 1982, 294A s. (p. 793).
26. Fundamentalmente *Luhmann,* Das Recht der Gesellschaft, 1993, p. 195 ss.
27. Fundamentalmente *Fraenkel*, Der Doppelstaat (1974), p. 21, 26 ss., 39 ss., 96 ss.
28. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft… cit., p. 203 s.
29. O aspecto do abuso de poder destaca também *Kindhäuser* ZIS 2011, 462: "combinação de uma vantagem com o exercício de um concedido poder de decisão"; *Sinner*, in: Matt/Renzikowski (Org.), StGB Kommentar, 2013, § 331 nm 4; *T. Zimmermann* ZStW 124 (2012), 1023 (1027).

simples é a perversão da coisa pública em um benefício privado; a *corrupção com infração funcional* trata-se, por sua vez, de um desrespeito, condicionado por recebimento de vantagem, à legalidade do serviço público.

4. *Tradução dogmática: pacto de injusto como combinação do público com o privado (§§ 331 I, 333 I StGB) ou como combinação de violação da lei com vantagem (§§ 332, 334 StGB)*

a) A concepção aqui desenvolvida acerca da qualidade fundamental da corrupção é transportável facilmente para a esfera da dogmática. Como porta de entrada atua o conceito normativo de *pacto de injusto*, que representa, segundo a concepção dominante na Alemanha, o cerne dos delitos de corrupção[30]. Normalmente, caracteriza-se o pacto de injusto como "relação de equivalência"[31] ou como combinação entre vantagem e exercício do serviço público (ou ação funcional). Essa caracterização tem sido crescentemente vista como incompleta. Novas abordagens acrescentam a essa relação "lógica", por assim dizer, um componente normativo: a combinação deve ser "irregular"[32] ou "não permitida"[33]. O conteúdo dessa irregularidade ou não permissibilidade permanece, em regra, vago[34]. Nesse ponto, as reflexões acima desenvolvidas podem

30. Por exemplo *Volk*, GS Zipf, 1999, S. 419 (420); *T. Zimmermann* ZStW 124 (2012), 1023 (1032): "coração"; *Rosenau,* SSW-StGB § 331 nm 27.

31. RGSt 2, 129 (129): "equivalente ou contraprestação"; RGSt 77, 75 (76): "contraprestação"; BGH NStZ-RR 2007, 309: "relação de reciprocidade"; *Korte,* MüKo-StGB 4. ed. § 331 nm 93; *Schünemann,* FS Otto, 2008, p. 777 (782): "relação sinalagmática".

32. Fundamentalmente *Volk*, GS Zipf, p. 421 s.; de acordo *Roxin*, FS Kargl, p. 463.

33. *Kuhlen* JuS 2011, 673 (673); de uma "relação de reciprocidade" e de um "contexto de injusto" (Unrechtszusammenhang) fala *Schuhr*, in: Spickhoff (Org.), Medizinrecht, 2. ed., 2014, § 338 StGB nm 44 ss., 53 ss.

34. Ver *Volk*, GS Zipf, p. 423: "Violação da regra segundo a qual enquanto funcionário público não pode vender decisões", uma formulação que apresentaria um claro teor caso se conhecesse a substância da regra (o que *Volk*, como o primeiro, afirma, p. 425 s.); segundo *Kuhlen* JuS 2011, 673 (677) o componente lógico indicia o componente normativo; o indício perde força no caso de transações socialmente adequadas ou na hipótese de colisão com valores de outros ramos do direito. Uma outra possibilidade seria uma concepção de acessoriedade, em relação ao direito administrativo, do componente normativo (a favor disso principalmente *T. Zimmermann* ZStW 124 [2012], p. 1023 [1027 ss.]) – uma abordagem que deságua num dilema: elevar um injusto administrativo interno (logo disciplinar) ao status de injusto penal ou, caso se meramente conceba uma acessoriedade assimétrica (assim *Zimmermann*, ebda., p. 1029), depender de critérios externos desconhecidos para contornar a assimetria.

auxiliar. A partir delas podem-se extrair conclusões para o conteúdo do pacto de injusto, tanto no caso da corrupção simples como no da corrupção com infração funcional.

Na corrupção simples, a irregularidade na combinação entre exercício do serviço e vantagem reside no *atrelamento do público com o privado*. Isso quer dizer, vantagens que se movem no plano do público não são capazes de caracterizar o pacto de injusto[35]. Apenas a combinação com vantagens privadas, para o próprio funcionário ou para terceiros, constitui corrupção simples.

De outro lado, como o injusto da *corrupção com infração funcional* encontra-se na violação condicionada por vantagem da legalidade do serviço público, o respectivo pacto de injusto não exige um componente normativo que vá além dessa relação lógica. Toda combinação entre vantagem e ação funcional ilegal constitui um pacto de injusto no sentido da corrupção com infração funcional.

b) Por enquanto, apenas se tratou do que o servidor *recebe*: a vantagem. Todavia, o pacto de injusto caracterizador da corrupção só se completa quando se define o que o servidor *dá ou oferece*. O pacto de injusto não se completa se a vantagem é concedida apenas em razão da *posse* ou da *titularidade* do cargo[36]. É preciso que a vantagem se combine, *ao menos*, com o *exercício da função*. É certo, como visto, que a mencionada Reforma de 1997, na Alemanha, promoveu um "afrouxamento" do pacto de injusto[37]. Enquanto antes, no crime de corrupção simples (§§ 331, 333 StGB), falava-se em ação funcional ou ato de ofício (*Diensthandlung*) – a exemplo da redação atual da corrupção com infração funcional (§ 332, 334 StGB) –, hoje se fala em exercício da função (*Dienstausübung*). Isso constitui uma das principais razões por que a discussão dogmática dos delitos de corrupção revitalizou-se nos últimos anos; registra-se sobretudo o esforço hermenêutico de muitos autores no sentido de limitar o alcance do tipo do recebimento indevido de vantagem[38].

De todo modo, embora não seja pressuposto do pacto de injusto que a "contraprestação" do funcionário público seja um ato de ofício determinado e individualizado, a contrapartida da vantagem deve referir-se às funções que o funcionário efetivamente exerce. Imagine-se o seguinte exemplo: entre vários concorrentes para alugar um apartamento, o locador escolhe um professor

35. Do ponto de vista do resultado, próximo LG Bonn StV 2001, 292.

36. Cf. nesse sentido *Schünemann*, FS Otto, p. 787, 793.

37. Cf. *Kuhlen*, NK-StGB § 331 nm 65, 80; *Fischer*, StGB § 331 nm 22 ss.

38. Por todos *Schünemann*, FS Otto, p. 777 ss.; *Roxin*, FS Kargl, p. 459 ss.

universitário como locatário, justamente em razão da distinção representada por seu cargo como docente de uma universidade pública. Não se pode dizer, contudo, que a vantagem concedida (o contrato de locação) tem alguma conexão com o exercício da função do professor, ou seja, com o ensino ou com a pesquisa. Não se perfez, portanto, o pacto de injusto, não há corrupção.

Por outro lado, a corrupção com infração funcional, bem como a corrupção ativa no CP brasileiro (cf. abaixo V 2) pressupõem a promessa ou a realização de um *ato de ofício* do servidor. Não é necessário que o ato de ofício seja detalhadamente individualizado, de modo que se possa saber data, local e modo de execução. No entanto, é preciso que se saiba em que sentido ou que tipo de ato de ofício o funcionário deve realizar[39]. Por exemplo, é suficiente que um funcionário do Detran assegure a um particular que irá, de algum modo, cuidar para que suas multas sejam perdoadas ou desapareçam dos registros do órgão público, embora ainda não se saiba como e quando isso ocorrerá.

a) Com isso, dispõe-se de uma trilha suficientemente clara para solucionar todos os mencionados difíceis casos dos últimos anos.

aa) Praticamente todos os casos de *financiamento externo de pesquisa universitária* devem permanecer fora do direito penal da corrupção. A vantagem que é solicitada não se refere à esfera privada do funcionário público pesquisador, mas sim à própria pesquisa universitária, com o que falta uma combinação entre privado e público. Ao contrário do que decidiu o BGH[40], não importa se o processo de requerimento e autorização desse financiamento foi levado a cabo de acordo com as respectivas normas universitárias[41]. Além disso, não se vislumbra de que forma uma irregularidade administrativa interna, que a princípio fundamenta apenas um injusto disciplinar, transforma-se em uma corrupção criminalmente punível[42]. É evidente, no entanto, que pagamentos

39. Cf. Cf. *Kuhlen*, NK-StGB § 331 nm76; referências de direito brasileiro abaixo 78.

40. BGHSt 47, 296 (306 ss.); BGH wistra 2003, 303 (305); NStZ-RR 2003, 171; na doutrina *Kuhlen* JR 2003, 231 (234 s.); Schönke/Schröder/*Heine/Eisele*, StGB § 331 nm 42; *Korte,* MüKo-StGB § 331 nm 124; *Fischer*, StGB § 331 nm 27 d.

41. De todo modo, como indício de que as vantagens não se movam apenas no plano do público.

42. A argumentação referida ao bem jurídico desenvolvida pelo BGH, conforme a qual a observância do procedimento previsto nas normas universitárias sobre a arrecadação de fundos de terceiros não abala a confiança na imparcialidade e na não comercialibilidade do agir funcional (BGHSt 47, 295, 303), baseia-se numa ficção de que um procedimento administrativo interno pode produzir efeitos externos. A partir da perspectiva

dirigidos a professores, ocultados, por exemplo, sob a forma de contratos consultoria (que se movem no plano privado), no intuito de influenciar as decisões de compra de medicamentos ou aparelhos por eles tomadas dentro da universidade, são uma oferta de vantagem punível[43].

bb) *Ingressos para jogo de futebol*, que são enviados a servidores públicos que exercem função representativa, constituem vantagens que se movem na esfera pública, nomeadamente no cumprimento dessa função; fica, portanto, excluída a corrupção simples[44]. Poder-se-ia replicar que o funcionário se beneficia dos ingressos como pessoa privada, ao poder desfrutar de um jogo de futebol. Isso não é apenas uma contingência, uma vez que não pode importar, para a punibilidade, se o servidor é ou não fã de futebol. Além disso, a pertinência da entrega de ingressos à esfera pública confirma-se pela circunstância de que não se afigura absurdo que o servidor portador de tarefas representativas se veja ressarcido pela instituição à qual pertence pelo preço dos ingressos, caso não os receba gratuitamente[45].

cc) Solução similar pode-se dar à hipótese das *fotos escolares*: a vantagem representada pelo *laptop* beneficia a escola, permanecendo, por conseguinte, na esfera pública, de modo que não há que se falar em corrupção simples[46]. Um trunfo da abordagem aqui defendida é poder declarar impuníveis de forma evidente aqueles casos em que "ninguém é lesado e todas as partes saem ganhando"[47], de modo que "na verdade, a não punibilidade deveria revelar-se manifesta"[48].

dd) No caso das *doações para campanhas eleitorais*, com base no que foi dito, o ponto de vista decisivo para a não punibilidade não será o princípio da igualdade do voto (*Wahlgleichheit*), ao qual se reportou o BGH, sob a alegação de que o candidato que, sendo funcionário público, tenta a reeleição não

---

aqui defendida, a condenação no chamado "Caso de Heidelberg", que se apoia na não observância desse procedimento (BGHSt 47, 295, 303 ss.), afigura-se equivocada.

43. Ver sobre isso também *Diettrich/Schatz* MedR 2001, 614 (617).
44. Com o mesmo resultado *Roxin*, FS Kargl, p. 474 s.
45. Essa reflexão também em *Trüg* NJW 2009, 196 (198).
46. Do ponto de vista do resultado, igualmente *Roxin*, FS Kargl, p. 474 s. Caso, como faz o BGH, apoie-se na circunstância de que falta um fundamento jurídico para a arrecadação da vantagem (BGH StV 2012, 22 nm 23 ss.), deriva-se, inaceitavelmente, da existência de um injusto administrativo um injusto penal.
47. Assim *Roxin*, FS Kargl, p. 473 sobre a promoção de fotos escolares.
48. Assim *Kuhlen* JR 2010, 148 (154), sobre o caso dos ingressos de futebol; de acordo *Roxin*, FS Kargl, p. 472.

poderia ser prejudicado em comparação com outros candidatos que ainda não se revestem da qualidade de funcionário público e que, portanto, não podem ser autores de delito próprio[49]. Relevante, na verdade, é o fato de que a campanha eleitoral – dentro de determinados limites, a serem fixados de maneira mais específica, sobretudo quando forem respeitadas as normas da lei eleitoral[50] – deve ser vista como pertecente à esfera pública.

d) As reflexões aqui desenvolvidas podem, sem dificuldades, solucionar *outros vários grupos de casos*. Um caso claro de corrupção simples representa a hipótese do funcionário dos correios que recebe contribuições em dinheiro para uma associação de tênis de mesa[51]. A troca entre um pagamento ao Estado ou a uma instituição de utilidade pública e uma suspensão do processo pelo Ministério Público (§ 153a I StPO) não constitui nenhum pacto de injusto[52], pois essa troca não abandona a esfera pública; diferente seria o caso se a esposa do promotor público dirigisse a instituição de utilidade pública. O fato de a vítima interessada nas investigações encher o tanque do carro do policial investigador tampouco é punível, não porque a vantagem é "meio" e não equivalente do exerício funcional[53], mas sim porque aqui público se conecta com público.

V. Consequências

1. *Relação com outros delitos*

As ideias aqui desenvolvidas permitem também reflexões sobre a relação dos delitos de corrupção entre si, bem como com outros tipos penais da parte especial.

a) Primeiro, elas conduzem a uma posição diferenciadora na clássica controvérsia a respeito da relação entre *recebimento indevido de vantagem e corrupção*

49. Assim, porém, BGHSt 47, 275 (288 ff.); também *Saliger/Sinner* NJW 2005, 1075; *Dölling* JR 2005, 519 s.

50. Doações irregulares, que alimentam um "caixa dois", podem eventualmente realizar outros injustos, mas não, por si só, implicam em corrupção. Sobre isso cf. abaixo V 1 7.

51. BGHSt 15, 286.

52. Igualmente, em resultado, *Roxin*, FS Kargl, p. 465; ver também *Volk*, GS Zipf, p. 420; *Schünemann*, FS Otto, S. 784 s.; *Bock/Borrmann* ZJS 2009, 625 (631 s.).

53. OLG Zweibrücken JR 1982, 381; igualmente *Kuhlen* NStZ 1988, 433 (439); *Paster/Sättele* NStZ 2008, 366 (373); *Korte,* MüKo-StGB § 331 nm 94. Na decisão do OLG Zweibrücken aparece o ponto de vista aqui considerado relevante, no entanto: o policial não teria se utilizado da vantagem "para fins pessoais, mas para o próprio exercício da função".

com infração funcional. Não se pode, nem desde um ponto de vista clássico, falar em uma relação de aliud[54], nem se deve enxergar a corrupção com infração funcional, acompanhando a opinião hoje dominante, como uma simples qualificação da corrupção simples[55]. A corrupção com infração funcional pode ser considerada uma qualificadora apenas quando à ação funcional ilegal se conjuga uma vantagem privada. Quando a combinação é com uma vantagem pública, realiza-se apenas a corrupção com infração funcional, sem que se possa afirmar a realização do injusto da corrupção simples. As consequências dessa concepção diferenciadora para a relação de concurso de crimes entre ambos os delitos é uma questão que deve ser esclarecida em outra oportunidade.

b) Com base nas presentes reflexões, pode-se desenvolver um caminho para a elucidação da questão a respeito de um *delito geral de corrupção*[56], tal como previsto hoje no Reino Unido através do Bribery Act 2010[57]. A caracterização aqui apresentada de ambas as modalidades de corrupção como instâncias de abuso de poder condicionado por recebimento de vantagem nos leva a um ceticismo quase instransponível em relação à figura de um delito geral de corrupção[58]. É certo que se pode, em um nível mais elevado de abstração, sempre construir um supraconceito mais amplo, o qual aparentemente reúne fenômenos heterogêneos sob um denominador comum – por exemplo, a troca ilegal de vantagens[59] ou a serventia, condicionada por vantagens, em face de dois senhores[60]. Há de se ter em conta, porém, que o poder estatal, por diversas

54. Assim BGH JZ 1959, 375, com um comentário concordante neste ponto de *Art*. *Kaufmann*; *Bockelmann* ZStW 72 (1960), 251 (257); *Henkel* JZ 1960, 507 (508 s.); *Baumann* BB 1961, 1058.

55. Por todos, Schönke/Schröder/*Heine/Eisele,* StGB § 332 nm 1.

56. *Ahlf*, Kriminalistik 1996, 154 ff., 156; *Jähnke*, Verhandlung des 61. DJT, 1996, Bd. II/2, L 87 ss., L 89.

57. C. 23, 1-5. Disponível em: [www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf]. Acesso em: 11.03.2016. Uma análise informativa e crítica da lei fornece *Sullivan*, in: Horder/Alldridge (Org.), Modern Bribery Law: Comparative Perspectives, 2013, p. 13 ss.

58. *Volk*, GS Zipf, p. 428; *Dölling*, op. cit., C 53; *Kindhäuser* ZIS 2011, 468; *Saliger*, FS Kargl, p. 498; cf. também *Alldridge*, Criminal Law Forum 11 (2001), p. 299 ss.; *Green*, in: Horder/Alldridge (Org.), Modern Bribery Law: Comparative Perspectives, 2013, p. 39 ss.

59. *Volk*, GS Zipf, p. 421.

60. *Saliger*, FS Kargl, p. 496 ss. – *Volk* e *Saliger* apontam, eles próprios, para o caráter formal de seus conceitos de corrupção e rejeitam também, por isso, a ideia de um delito geral de corrupção (cf. as referências acima).

razões, sobretudo devido à sua pretensão de legitimidade, apresenta uma qualidade especial em comparação com outras formas de mero poder "social"[61]. Em virtude disso, importantes diferenças são turvadas quando se fala em um delito geral de corrupção que compreenda situações ou contextos extraestatais[62].

c) À luz das considerações acima desenvolvidas, também se pode rever a figura da *corrupção comercial ou corrupção privada*. No § 299 StGB não está presente o injusto específico da corrupção, já à míngua do elemento abuso de poder[63]. A suspeita de que – ao menos parcialmente[64] – não se trata de nada diverso do que uma infidelidade patrimonial (*Untreue*) mal-entendida, parece inescapável (tanto mais após a reforma do fim de 2015, com a introdução do modelo "principal-agente" no § 299 I Nr. 1 StGB[65-66]).

d) Também a chamada *corrupção na sáude* não é, por esses mesmos motivos, a rigor, corrupção. Entretanto, ela é suficientemente semelhante ao fenômeno acima descrito, de modo a ser ao menos compreensível que se fale em corrupção. Afinal, médicos também ostentam uma posição de poder em relação a seus

61. *Greco*, Feuerbach… cit, p. 128 s.; *idem*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, 2015, p. 645.

62. Para um conceito de corrupção mais restrito, que "restringe ao campo mais estreito do abuso da função administrativa ou política", também *Hettinger* NJW 1996, 2263 (2268).

63. *Hettinger* NJW 1996, p. 2263 (2273). Poder-se-ia, contudo, enxergar na ação do empregado ou representante que toma uma decisão relevante para a empresa (concercente à aquisiçao de produto ou serviço), motivado pela obtenção de uma vantagem privada, como um abuso do poder que lhe foi conferido pela empresa. No entanto, esse ponto constitui possivelmente uma controvérsia entre os dois coautores deste artigo, a qual não precisa ser aqui desenvolvida ou dirimida. Além disso, se esse possível abuso de poder (privado) é suficiente para fundamentar um injusto penal, é uma outra questão que deve ser discutida em outra oportunidade.

64. Se a parte referente à concorrência é mais bem fundamentada, pode-se questionar sobre isso adicionalmente, sobretudo, *Roxin*, FS Rössner, p. 908 s.; ver também *Koepsel*, Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr, 2006, p. 62 ss., 91 ss., 111 s.: Enfraquecimento do princípio da melhor performance (Leistungsprinzip), constitutivo para a concorrência; de acordo *Rönnau* StV 2009, 302 [304]; *Saliger*, FS Kargl, p. 500 s.); está claro, porém, que se trata de coisa diversa do injusto da corrupção.

65. Criticamente, por todos, *Schünemann* ZRP 2015, 68.

66. Com a reforma do § 299 StGB mencionada acima, o legislador introduziu, ao lado do já existente modelo concorrencial de punibilidade da corrupção privada – cujo bem jurídico (coletivo) protegido é a livre concorrência ou concorrência leal –, o modelo que visa a proteger os interesses do empregador, ou seja, do empresário, chefe do empregado corrupto. Sobre os variados modelos de punibilidade da corrupção privada, cf. fundamentalmente *Vogel*, FS Weber, p. 394 ss.

pacientes, a qual se diferencia, é verdade, da posição de poder do Estado e seus funcionários. Contudo, da perspectiva do paciente, que padece de um mal e depende do tratamento médico, essa relação de poder é, em razão de sua inescapabilidade, algo similar à relação cidadão-Estado. Por isso, há também na profissão médica tentativas de contenção do poder: médicos se comprometem a colocar suas vidas a serviço da humanidade, bem como a enxergar na saúde de seus pacientes o mais alto mandamento de seu agir. Eles são, portanto, num certo sentido também "servidores". O abuso dessa posição de poder através da aceitação de vantagens, por exemplo, da indústria farmacêutica, é, por isso, digno de punição[67], em que pese o fato de que seria melhor utilizar uma denominação diversa da corrupção[68].

e) Sobre a chamada *corrupção no esporte* quase nada precisa ser dito: tal coisa, conforme o conceito de corrupção aqui defendido, não há[69].

f) A partir dessas considerações, talvez seja possível legitimar um tipo penal contra o *enriquecimento ilícito*[70]. Ainda que a proposta concreta formulada pelo MPF em suas "dez medidas" seja passível de várias críticas, não parece implausível entender que o funcionário que enriquece durante o cargo gera forte suspeita de que esteja pervertendo o público em benefício privado, do que derivaria, ao menos, um direito da população de esclarecimento a respeito da correção ou não dessa suspeita. Como o tipo deveria ser construído, e, em especial, se ele supera ou não o crivo do princípio *nemo-tenetur-se-ipsum-accusare*, merece ser investigado em sede monográfica.

g) Diversamente, a proposta de introdução de um tipo contra o chamado "*Caixa dois*" não encontra guarida nas considerações aqui desenvolvidas, o que não significa que não seja possível aduzir outras considerações em favor de um tal tipo. Parece-nos que a constituição de um Caixa dois é, no máximo, um ato preparatório para o cometimento de um número indeterminado de delitos, que podem ser de corrupção ou não, de modo que essa conduta é, no máximo, empírica, e não conceitualmente próxima da corrupção.[71] Apontamos aqui ape-

67. Contrariamente, por outro lado, *Kindhäuser* ZIS 2011, p. 468 s.; *Saliger*, FS Kargl, p. 501 s.

68. Segundo a nossa posição, tem importância apenas secundária os pontos de vista defendidos em BT-Drucksache 18/6446, p. 12.

69. Outra opinião *Saliger*, FS Kargl, 2015, p. 502 s.; como aqui, em resultado, *Kindhäuser* ZIS 2011, 469.

70. Cf. *Greco*, Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito. *Boletim IBCCrim*, ano 20, n. 277, 2015, p. 7 e s.

71. Sobre a relação entre caixa dois eleitoral e corrupção, ver o estudo de *Leite/Teixeira*, in: Leite/Teixeira (Org.), *Crime e política*, p. 135 ss.

nas que também parece difícil legitimar a punibilidade do Caixa dois a partir do bem jurídico patrimônio da empresa afetada[72], através do delito de infidelidade patrimonial[73], contrariamente ao que considera a jurisprudência alemã[74].

2. *Consequências para o direito brasileiro*

Não se pretende aqui proceder a uma interpretação completa e tampouco exaustiva dos tipos penais de corrupção existentes na ordem jurídica brasileira. Há diversos problemas que os tipos a serem considerados encerram que não poderão ser tratados aqui, como a intricada questão do conceito de funcionário público e do conceito de ato de ofício[75] – da mesma forma que não foram tratados na parte referida ao direito alemão. Cuida-se, nesta sede, apenas de esboçar uma intepretação mínima dos crimes de corrupção à luz das reflexões desenvolvidas no presente estudo.

a) Estrutura dos delitos de corrupção

aa) Como se sabe, no direito brasileiro, pune-se a corrupção através de dois tipos penais: o art. 317 (corrupção passiva) e o art. 333 (corrupção ativa), ambos do CP. O tipo do art. 317 descreve a conduta punível do funcionário público: "Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem". Prevê o § 1º desse dispositivo: "A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional". O § 2º traz uma forma privilegiada do crime de corrupção com infração funcional, que dispensa, no entanto, o elemento da vantagem e pune, com detenção de três meses a um ano, o funcionário que "pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem".

A corrupção ativa, inscrita no *caput* do art. 333, compreende a ação de "oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício". A exemplo da modalidade passiva, o § 1º do art. 333 também prevê um aumento de pena na hipótese de o funcionário retardar ou omitir ato de ofício ou praticá-lo infringindo dever funcional.

72. Próximo, por todos, *Schünemann*, Leipziger Kommentar zum StGB, 12. ed., 2012, § 266 nm. 179; idem, in: Leite/Teixeira (Org.), *Crime e política*, p. 233 ss.

73. Sobre esse delito, cf. *Leite/Teixeira*, in: RBDPE 2017, p. 15 ss.

74. BGHSt 55, 266 (282 e s.).

75. Sobre o tema, o excelente estudo de *Quandt*, *RBCCrim* 106, 2014, p. 181 ss.

bb) Percebe-se que o legislador brasileiro erigiu expressamente como delito básico de corrupção o equivalente ao recebimento indevido de vantagem (ou corrupção simples) do Código Penal alemão (§ 331 StGB). A corrupção com infração funcional, condicionada por um recebimento de vantagem, entre nós não chega a constituir um tipo penal qualificado autônomo, ou seja, não inaugura um novo marco penal, levando apenas a um aumento de pena. A figura privilegiada pode ser considerada um delito de corrupção *sui generis*, pois ausente o elemento típico da corrupção, que é o auferimento de vantagem por parte do servidor público, e corresponde ao antigo crime de suborno presente no Código Criminal do Império (art. 133) e no Código Penal de 1890 (art. 215)[76].

cc) É curioso perceber que a redação desses dispositivos indica que o tipo da corrupção passiva é mais amplo do que o tipo da corrupção ativa, pois este exige que o corruptor busque *determinar* o funcionário público a praticar, omitir ou retardar *ato de ofício*, ao passo que o tipo da corrupção passiva pressupõe apenas que o servidor solicite ou receba vantagem indevida em *razão do cargo*, ainda que fora da função ou antes de assumi-la. Ou seja, não é mais pressuposto da corrupção passiva, como o era em nossos códigos anteriores[77], que a vantagem se combine com um ato de ofício do funcionário público. Em nosso Código atual, nem mesmo se utiliza do termo mais abrangente "exercício da função", como previsto no tipo do recebimento indevido de vantagem do Código Penal alemão.

dd) A rigor, é possível, ainda, que num caso concreto, mesmo com o efetivo recebimento da *vantagem*, o tipo da corrupção passiva se preencha *sem a realização da corrupção ativa*[78]. Seria a hipótese em que o particular oferece uma vantagem para apenas criar uma boa relação com o funcionário público, sem almejar no momento, no entanto, que este pratique ou omita um determinado ato de ofício.

b) O pacto de injusto: relação entre vantagem e ato de ofício ou exercício do cargo ou função

76. Ambos os textos em *Pierangeli*, Código Penais do Brasil, Evolução histórica, 2. ed., 2004. Sobre isso cf. *Salvador Netto*, *Revista dos Tribunais* 933 (2013), p. 47-59 (Edição *On-line*, p. 3).

77. Art. 130, Código Criminal do Império do Brasil; e art. 214, Código Penal de 1890.

78. Reconhecendo essa possibilidade também *Salvador Netto*, *Revista dos Tribunais* 933 (2013), p. 47-59 (Edição *On-line*, p. 3). O inverso, a realização da corrupção ativa sem a realização da corrupção passiva, é mais natural e mais comum, salvo engano, na maioria dos códigos penais modernos, que punem já a mera oferta de vantagem ao servidor, mesmo que este se recuse a recebê-la.

aa) Assim, à primeira vista, sugere-se que a relação suficiente para a realização do tipo da corrupção passiva não é entre vantagem e exercício da função, tampouco entre vantagem e ato de ofício, mas meramente entre vantagem e a *posse ou titularidade do cargo ou da função*. Isso quer dizer que o tipo poderia realizar-se mesmo na ausência de qualquer expectativa de que o funcionário vá praticar ou omitir um ato de ofício *no futuro*, diferentemente da corrupção ativa, cujo tipo traz o verbo *determinar* e o substantivo *ato de ofício*.

bb) No entanto, diversamente do que sugere uma leitura mais literal do tipo, deve-se exigir ao menos que a vantagem seja oferecida, prometida ou concedida com vistas a influenciar ou remunerar o exercício da função por parte do servidor. Como visto, o pacto de injusto, elemento fundamental do delito de corrupção, só se completa com a (possibilidade de) contraprestação do funcionário público. Assim, também na ordem jurídica brasileira, o exemplo anterior, do professor universitário que busca alugar um apartamento e o consegue em razão de sua posição, também não se afiguraria como corrupção. Embora de maneira um tanto quanto confusa[79], o STF recentemente manifestou-se em sentido semelhante, ao apontar para a exigência de que haja uma conexão entre a vantagem e ao menos um ato de ofício *em potencial* do funcionário público[80]. Isso não é nada diverso do que exigir uma conexão entre vantagem e exercício da função.

Portanto, a locução "em razão do cargo", presente no art. 317 do CP, deve ser entendida como *em razão do exercício do cargo*.

c) Função restritiva da elementar típica "vantagem indevida"

aa) Há, ainda, um importante elemento no tipo da corrupção passiva que permite restringi-lo. O art. 317, *caput*, fala em vantagem *indevida*. Deve-se interpretar o elemento "vantagem indevida", como se fez na análise do direito alemão, a partir do injusto do recebimento indevido de vantagem fixado acima. Viu-se que esse injusto reside no abuso do poder do servidor público que promove a confusão entre público e privado, ao fazer a execução de seu serviço depender de fatores pessoais.

Assim, a interpretação que aqui se propõe permite restringir o tipo, declarando impunível o recebimento de vantagem que fica adstrita à esfera pública, ou seja, que não pode ser considerada vantagem pessoal do funcionário. Assim,

79. Como registra *Quandt*, *RBCCrim* 106 2014, p. 201 ss.

80. STF AP 470/MG, Relator: Min. Joaquim Barbosa, referência em *Quandt*, *RBCCrim* 106, 2014, p. 203.

indevida é somente a vantagem que se move na esfera privada do servidor. Por exemplo, a doação, por parte de uma empresa, de um sistema de computadores a uma universidade federal, através do reitor, não seria um caso de corrupção, mesmo que a empresa com isso nutra a expectativa de que as pesquisas desenvolvidas pela universidade venham, de certa maneira, indiretamente, a favorecê-la. Além disso, a princípio, todos os casos julgados pela jurisprudência alemã tratados acima, caso ocorressem no Brasil, não poderiam ser qualificados como corrupção também à luz de nossa ordem jurídica.

bb) Por meio do conceito de vantagem indevida, torna-se bastante natural excluir do alcance dos tipos penais da corrupção passiva e ativa aqueles casos considerados *socialmente adequados* – como também o faz a dogmática alemã[81]. A velha ideia de adequância social no direito penal[82], deve-se reconhecer, já demonstrou sua imprecisão e suas insuficiências[83]. No entanto, aqui, por ora, devemos recorrer a ela para excluir do campo de incidência dos delitos de corrupção casos que manifestamente não são dignos de punição. Pense-se no caso do médico da rede pública que recebe um generoso presente da família do paciente que curou ou dos pais da criança que ajudou a parir; ou na situação em que pais de alunos da rede pública dão presentes de natal aos professores[84]. Em casos como esses, o funcionário recebe uma vantagem em razão do exercício da função, mas não se pode classificar a vantagem como indevida.

VI. Conclusão

Corrupção é abuso de poder condicionado por vantagens. No recebimento de vantagens (em especial, na corrupção simples, aqui também chamado de recebimento indevido de vantagens), relativiza-se a separação constitutiva do estado liberal entre público e privado, ao se reverter a coisa pública em benefício privado. Disso resulta que apenas vantagens que possam ser atribuídas à esfera do privado são capazes de fundamentar o pacto de injusto da corrupção simples; a combinação entre público e público, que se tem nos casos mais problemáticos dos últimos anos (arrecadação de recursos de terceiros, doações

81. Cf. *Kargl*, ZStW 114 (2002), p. 779 ss.; mais referências em *Sinner*, in: Matt/Renzikowski, StGB § 331 nm 34.

82. *Locus classicus* em *Welzel*, ZStW 58 (1939), p. 514 ss.; ver o desenvolvimento da ideia em *Hirsch*, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962), p. 78 e ss.

83. Cf. por todos *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. ed., 2006, § 10 nm 36 ss.

84. Esse último exemplo em *Kuhlen*, JuS 2011, p. 677.

eleitorais, ingressos para jogo de futebol e promoção de fotos escolares), não constitui corrupção simples. A corrupção com infração funcional, de outro lado, é uma agressão à legalidade do serviço público, que é vinculado à condição de que toda forma de vantagem – justamente aquela que, devido a seu alinhamento ao bem comum, é atribuível à esfera pública – somente pode ser perseguida no interior do âmbito delineado pela lei.

Por fim, com arrimo nas teses desenvolvidas no presente texto, foi possível esboçar uma interpretação dos tipos penais de corrupção existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Chegou-se à conclusão de que, no tipo da corrupção passiva – que é consideravelmente mais amplo do que o tipo da corrupção ativa –, a expressão "em razão do cargo" deve ser entendida como "em razão do exercício do cargo". Ademais, como "vantagem indevida" deve ser vista apenas a vantagem que se move do plano do privado e que não pode ser considerada socialmente adequada.

Legenda:

BGBL = Bundesgesetzblatt (publicação equivalente ao nosso Diário Oficial)

BGH = Bundesgerichtshof (Tribunal equivalente ao nosso Superior Tribunal de Justiça)

FS = Festschrift (Livro em homenagem a determinado autor/professor)

GS = Gedächtnisschrift (Livro em memória de determinado autor/professor)

JuS = Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Refendariat (Revista)

JZ = Juristische Zeitung (Revista)

JR = Juristische Rundschau (Revista)

LG = Landgericht (Tribunal Estadual)

MedR = Medizinrecht (Revista)

Müko = Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch (Comentário ao Código Penal)

NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Revista)

NStZ = Neue Zeitschrift für Strafrecht (Revista)

NK = Nomos Kommentar (Comentário ao Código Penal)

Nm = Número de margem

RBCCrim = Revista Brasileira de Ciências Criminais

StGB = Strafgesetzbuch (Código Penal da Alemanha)

StV = Strafverteidiger (Revista)

Wistra = Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (Revista)

ZIS = Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (Revista)

ZRP = Zeitschrift für Rechtspolitik (Revista)

ZStW = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Revista)

VII. BIBLIOGRAFIA

AHLF, Ernst-Heinrich. Zum Korruptionsbegriff. *Kriminalistik*, p. 154 e ss., 1996.

ALLDRIDGE, Peter. Reforming the criminal law of corruption. *Criminal Law Forum*, v. 11, p. 287-332, 2000.

BAUMANN, Jürgen. Zur Problematik der Bestechungstatbestände. BB – Betriebsberater, p. 1057 e ss., 1961.

BOCK, Dennis; BORRMANN, Lisa. Vorteilsannahme (§331 StGB) und Vorteilsgewährung (§333 StGB) durch Kultursponsoring? *ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium*, p. 625-636, 2009.

BOCKELMANN, Paul. Resenha de "Schmidt, Eberhard: Die Bestechungstatbestände in der höchstrichterlichen Rechtsprechung von 1879 bis 1959". *ZStW – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 72, p. 251-259, 1960.

BOCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit*. Opladen: Westdeutscher, 1972.

BOCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Recht, Staat, Freiheit*. 5. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2013.

DANN, Matthias. Und immer ein Stück weiter – Die Reform des deutschen Korruptionsstrafrechts. *NJW – Neue Juristische Wochenschrift*, Munique, p. 203-206, 2016.

DIETTRICH, Stefanie; SCHATZ, Wolfgang. Drittmittelforschung: Überlegungen zur Minimierung des strafrechtlichen Risikos. *MedR – Medizinrecht*, p. 614-623, 2001.

DÖLLING, Dieter. Comentário de decisão (BGH, 29.10.2004 – 3 StR 301/03). *JR – Juristische Rundschau*, p. 519-521, 2005.

DÖLLING, Dieter. *Empfehlen sich* Änderungen *des Straf* – Und Strafprozessrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen? Gutachten C für den 61. Deutschen Juristentag. Munique: C. H. Beck, 1996.

DORNSEIFER, Gerhard. Die Vorteilsgewährung (einfache aktive Bestechung) nach dem Entwurf eines Einführungsgesetzes zum StGB. *JZ – Juristische Zeitung*, p. 267-271, 1973.

FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. 63. ed. Munique: C. H. Beck, 2016.

FRAENKEL, Ernst. *Der Doppelte Staat*. Hamburgo: Europäischen Verlagsanstalt, 1974.

FRANCUSKI, Ramona. Die Neuregelung der Abgeordnetenbestechung (§ 108e StGB). HRRS – Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht, p. 220-230, 2014. Disponível em: [www.hrr-strafrecht.de].

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade das pessoas jurídicas*. Saraiva: São Paulo, 2015.

GRECO, Luís. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*: ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion. Berlim: Duncker & Humblot, 2009.

GRECO, Luís. Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito. *Boletim IBCCrim*, ano 20, n. 277, p. 7 e ss., 2015.

GRECO, Luís. *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*: Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht. Berlim: Duncker & Humblot, 2015.

GREEN, Stuart. Official and commercial bribery: should they be distinguished? In: HORDER, Jeremy; ALLDRIDGE, Peter (Org.). *Modern bribery law*: comparative perspectives. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

HEINE, Günter; EISELE, Jörg. Comentários ao § 331 StGB. In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst; ESER, Albin (Org.). *Strafgesetzbuch Kommentar*. 29. ed. Munique: C. H. Beck, 2014.

HEINRICH, Bernd. Der *Amtsträgerbegriff im Strafrecht*. Auslegungsrichtlinien unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsguts der Amtsdelikte. Berlim: Duncker & Humblot, 2001.

HENKEL, Heinrich. Die Bestechlichkeit von Ermessensbeamten. *JZ – Juristische Zeitung*, p. 507-512, 1960.

HETTINGER, Michael. Das Strafrecht als Büttel? Fragmentarische Bemerkungen zum Entwurf eines Korruptionsbekämpfungsgesetzes des Bundesrates vom 3.11.1995. *NJW – Neue Juristische Wochenschrift*, p. 2263-2273, 1996.

JÄHNKE, Burkhard. Diskussionsbeitrag. In: VERHANDLUNGEN des 61. *Deutschen Juristentages*. Munique, 1996. t. II/2.

JARY, Kathrin. Anti-Korruption – Neue Gesetzesvorhaben zur Korruptionsbekämpfung im Gesundheitswesen und im internationalen Umfeld. *PHARMR – Pharma Recht*. Munique: C. H. Beck, 2015.

KARGL, Walter. Über die Bekämpfung des Anscheins der Kriminalität bei der Vorteilsannahme (§ 331 StGB). *ZStW – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 114, p. 763-793, 2002.

KAUFMANN, Arthur. StGB §§ 331, 332 – Fortsetzungszusammenhang zwischen einfacher und schwerer Bestechlichkeit ist rechtlich ausgeschlossen – Comentários a BGH, Urteil v. 21.11.1958 – 1 StR 458/58 (LG Koblenz). *JZ – Juristische Zeitung*, p. 375-377, 1959.

KINDHÄUSER, Urs. Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft. *ZIS – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (www.zis-online.com), S. 461-469, 2011.

KOEPSEL, Anne. *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*. Osnabrück: V & R Unipress, 2006.

KÖNIG, Peter. Neues Strafrecht gegen Korruption. *Juristische Rundschau*, p. 397-404, 1997.

KORTE, Matthias. Comentários ao § 331 StGB. In: MÜNCHNER. *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. ed. Munique: C. H. Beck, 2014. t. 4: §263-258.

KUBICIEL, Michael. Die Straftatbestände gegen die Korruption im Gesundheitswesen: verfassungskonform, kriminalpolitisch angemessen und effektiv? *WiJ – Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung*, e. V., p. 1-11, 1/2016. Disponível em: [www.COMPLIANCEdigital.de/WiJ.01.2016.001].

KUHLEN, Lotthar. Comentários ao § 331 StGB. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (Org.). *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2013. t. III.

KUHLEN, Lotthar. Die Bestechungsdelikte der §§ 331-334 StGB. *JuS – Juristische Schulung*, p. 673-680, 2011.

KUHLEN, Lotthar. Sponsoring und Korruptionsstrafrecht. *JR – Juristische Rundschau*, p. 148-155, 2010.

KUHLEN, Lotthar. Untreue, Vorteilsannahme und Bestechlichkeit bei Einwerbung unversitärer Drittmittel. *JR – Juristische Rundschau*, p. 231-237, 2003.

KUHLEN, Lotthar. Zu den Tathandlungen bei Vorteilsanahme und Bestechlichkeit – Zugleich eine Besprechung von BGH – 4 StR 554/87. *NStZ – Neue Zeitschrift für Strafrecht*, p. 433-441, 1988.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Financiamento de partidos políticos, corrupção e caixa dois eleitoral. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e política*: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilicito. São Paulo: Editora FGV, 2017.

LOOS, Fritz. Zum "Rechtsgut" der Bestechungsdelikte. In: STRATENWERTH, Günter *et al*. (Org.). *Festschrift für Hans Welzel zum 70*. Geburtstag am 25. Berlim: De Gruyter, 1974.

LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. 6. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2013.

PASTER, Inga; SÄTTELE, Alexander. Alles, was das Leben verschönern kann – Eine Anmerkung zum Sponsoring-Urteil des LG Karlsruhe vom 28.11.2007. *NStZ – Neue Zeitschrift für Strafrecht*, p. 366-374, 2008.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil*: evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PLATÃO. Der Staatsmann. In: LÖWENTHAL, Erich (Org.). *Obra completa*. Berlim: Lambert Schneider, 1982. t. II.

QUANDT, Gustavo de Oliveira. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva. A propósito do julgamento do "Mensalão" (Apn 470 do STF). *RBCCrim – Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 106, p. 181-204, 2014.

RÖNNAU, Thomas. Alte und neue Probleme bei § 299 StGB. *StV – Strafverteidiger*, p. 302-308, 2009.

ROSENAU, Henning. Comentários ao § 331 StGB. In: SATZGER, Helmut; SCHLUCKEBIER, Wilhelm; WIDMAIER, Gunter (Org.). *StGB – Strafgesetzbuch*: Kommentar. 2. ed. Colônia: Carl Heymanns, 2013.

ROXIN, Claus. Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr. In: SAFFERLING, Christoph *et al*. (Org.). Über *allem*: Menschlichkeit – Festschrift für Prof. Dieter Rössner. Baden-Baden: Nomos, 2015a.

ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil I* – Grundlage. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. ed. Munique: C. H. Beck, 2006.

ROXIN, Claus. Vorteilsannahme. In: ALBRECHT, Peter-Alexis *et al*. (Org.). *Festschrift für Walter Kargl zum 70*. Geburtstag. Berlim: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2015b.

SALIGER, Frank. Das Unrecht der Korruption. In: ALBRECHT, Peter-Alexis *et al*. (Org.). *Festschrift für Walter Kargl zum 70*. Geburtstag. Berlim: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2015.

SALIGER, Frank; SINNER, Stefan. Korruption und Betrug durch Parteispenden. *NJW – Neue Juristische Wochenschrift*, p. 1073-1078, 2005.

SALVADOR NETTO, Alamiro. Reflexões pontuais sobre o crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG. *Revista dos Tribunais*, n. 933. p. 47-59, 2013 (edição *on-line*).

SCHAUPENSTEINER, Wolfgang. Gesamtkonzept zur Eindämmung der Korruption. In: NEUE, *Zeitschrift für Strafrecht*. Munique: C. H. Beck, 1996.

SCHUHR, Jahn. Comentários ao § 338 StGB. In: SPICKHOFF, Andreas (Org.). *Medizinrecht*. 2. ed. Munique: C. H. Beck, 2014.

SCHÜNEMANN, Bernd. Comentários ao § 266 StGB. In: LEIPZIGER, *Kommentar zum StGB*. 12. ed. Berlim: De Gruyter, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. Infidelidade patrimonial e caixa dois: a perspectiva alemã. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e política*: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilicito. São Paulo: Editora FGV, 2017.

SCHÜNEMANN, Bernd. Der Gesetzentwurf zur Bekämpfung der Korruption – überflüssige Etappe auf dem Niedergang der Strafrechtskultur. *ZRP – Zeitschrift für Rechtspolitik*, p. 68-71, 2015.

SCHÜNEMANN, Bernd. Die Unrechtsvereinbarung als Kern der Bestechungsdelikte nach dem KorrBekG. In: DANNECKER, Gerhard *et al*. (Org.). *Festschrift für Harro Otto*. Colônia: Carl Heymanns, 2007.

SINNER, Stefan. Comentários ao § 331 StGB. In: MATT, Holger; RENZIKOWSKI, Joachim (Org.). *Strafgesetzbuch Kommentar*. Munique: Franz Valen, 2013.

SOWADA, Christoph. Comentários prévios ao § 331. In: LEIPZER, *Kommentar Strafgesetzbuch*. 12. ed. Berlim: De Gruyter, 2009. t. 13.

SULLIVAN, Bob. Reformulating bribery: a legal critique of the Bribery Act 2010. In: HORDER, Jeremy; ALLDRIDGE, Peter (Org.). *Modern bribery law*: comparative perspectives. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

TRÜG, Gerson. Vorteilsgewährung durch Übersendung von WM-Gutscheinen – Schützt Sponsoring vor Strafe? *NJW – Neue Juristische Wochenschrift*, p. 196-198, 2009.

VOGEL, Joachim. Wirtschaftskorruption und Strafrecht – Ein Beitrag zu Regelungsmodellen im Wirtschaftsstrafrecht. In: HEINRICH, Bernd *et al*. (Org.). *Festschrift für Ulrich Weber zum 70*. Geburtstag. Bielefeld: Gieseking, 2004.

VOLK, Klaus. Die Merkmale der Korruption und die Fehler bei ihrer Bekämpfung. In: GÖSSEL, Heinz; TRIFFTERER, Otto (Org.). *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*. Heidelberg: C. F. Müller, 1999.

WELZEL, Hans. Studien des Systems des Strafrechts. *ZStW – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 58, p. 491-566, 1939.

ZIMMERMANN, Till. Korruption und Gubernation. *ZStW – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 124, p. 1023-1066, 2012.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Sobre la corrupción entre particulares convenios internacionales y derecho comparado, de Ignacio Berdugo Gómez de La Torre e Giorgio D. M. Cerina – *RBCCrim* 89/159-214 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 4/453-478 (DTR\2011\1331); e
- Sobre o futuro da ciência jurídico-penal alemã: abertura e método discursivo no lugar de provincianismo presunçoso, de Kai Ambos – *RBCCrim* 121/127-160 (DTR\2016\21996).

Análise contextual da prisão de Adriana Ancelmo no combate à corrupção e ao superencarceramento feminino: raça, classe e gênero intermediando concessões

Contextual analysis of the case of Adriana Ancelmo's pre-trial prison in a anti-corruption agenda and female mass incarceration background: how could race, class and gender intermediate concessions

Natacha Alves de Oliveira

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Penal na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Especialista em Direito Penal e Criminal pela Universidade Cândido Mendes – UCAM (2013). Especialista em Direito Público pela Universidade Católica de Petrópolis – UCP (2011). Especialista em Direito Privado pela Universidade Gama Filho – UGF (2010). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (2008). Professora e membra do Conselho Curador da Fundação de Apoio ao Ensino e Pesquisa da Polícia Civil (FAEPOL). Professora e *Coach* do Instituto de Ensino das Carreiras Policiais. Delegada de Polícia da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro.
natachaalves@msn.com

Luciana Costa Fernandes

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Penal na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (2014). Advogada.
lucianacf00@gmail.com

Recebido em: 03.04.2017
Aprovado em: 27.04.2017
Última versão dos autores: 08.05.2017

Área do Direito: Penal

Resumo: A crise do sistema penitenciário brasileiro já é conhecida, sendo certa a influência que a prisão provisória exerce dentro do eixo de programação criminalizante que vivemos. Se a cautelar já era regra na criminalização seletiva dos(as) negros(as) e pobres, vem sendo também para empresários e políticos supostamente envolvidos no atual espetáculo dos crimes

Abstract: The crisis of the Brazilian prison system is already known, and the influence that the pre-trial detention exercises within the axis of criminalizing programming is accentuated. If the preventive detention was already a rule in the selective criminalization of poor people and people of color, it is also for businessmen and politicians supposedly involved in the current spectacle of

Oliveira, Natacha Alves de; Fernandes, Luciana Costa. Análise contextual da prisão de Adriana Ancelmo no combate à corrupção e ao superencarceramento feminino: raça, classe e gênero intermediando concessões. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 134. ano 25. p. 189-217. São Paulo: Ed. RT, ago. 2017.

agenciados pela mídia: a corrupção e seus correlatos. Em paralelo, há diversas peculiaridades quando tratamos da situação das mulheres na sociedade brasileira e daquelas definitiva e provisoriamente presas, e que acabaram possibilitando a alteração do art. 318 do Código de Processo Penal. Sobrepostos, estes cenários foram recentemente materializados na concessão da prisão domiciliar à ex-primeira-dama Adriana Ancelmo, que é analisada de forma crítica e contextual, a partir de revisão bibliográfica neste artigo. Entre a seletividade do sistema penal, o papel que a maternidade assume na subjetivação das brasileiras e a virada público-privada envolvida nos casos das mães encarceradas em seus lares, destacamos os limites e as possibilidades que a alternativa da prisão domiciliar oferece ao dogma da pena e ao (super)encarceramento.

Palavras-chave: Prisão domiciliar – Corrupção – Superencarceramento – Adriana Ancelmo – Maternidade.

crimes devised by the media: corruption and related crimes commited on the political scene. In parallel, there are several peculiarities when we deal with the situation of women in Brazilian society and of those when are prisoners with and awaiting sentences, and that have made possible to chance the article 318 of the Code of Criminal Procedure. Overlapping, these scenarios were recently materialized in the house-arrest of the ex First lady Adriana Ancelmo, which is analyzed in a critical and contextual way on these article, based on a bibliographic review. Between the selectivity of the penal system, the questions involving maternity in the subjectivation of Brazilian women and the public-private domain related in the cases of mothers incarcerated in their houses, we highlight the limits and possibilities that the alternative of house-arrest offers to the dogma of the prison and the problem of the (super) incarceration in Brazil.

Keywords: House-arrest – Corruption – Prision system – Adriana Ancelmo – Maternity.

Sumário: 1. Introdução. 2. População carcerária no Brasil, recorte de gênero e a situação do Rio de Janeiro: coletânea de dados e notas sobre o encarceramento feminino brasileiro. 3. Medidas cautelares diversas da prisão: normativas nacionais e internacionais incorporadas e possíveis interpretações. 4. Prisão domiciliar substitutiva da prisão preventiva e a situação do Rio de Janeiro. 5. Análise crítica do caso da Adriana Ancelmo, ex-primeira-dama do Estado do Rio de Janeiro. 6. Intenções declaradas e não declaradas da lei. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

É notória a crise no sistema penitenciário brasileiro, caracterizada pela superlotação dos presídios e pelas condições desumanas e degradantes das unidades penitenciárias, sendo a constante violação de direitos humanos alvo de severas críticas, inclusive no âmbito internacional. Esse processo é reflexo de um dispositivo cultural, antes de mais nada, político, que se desenvolve na lógica da retribuição como excelência, da purificação pelo castigo e do dogma da pena. Um projeto cuja falência, por assim dizer, pode ser chamada de exitosa.

Com base em práticas essencialmente punitivistas, reforça-se, no Brasil, a violência estrutural que tem classe, raça e gênero, imprimindo através da

prisão, o programa reservado para os chamados *indesejáveis*[1]: o encarceramento de autoridade, que naturaliza o recurso ao aparato prisional inclusive quando meramente cautelar. Não é por outro motivo que destacou o IPEA (2015)[2] que 41% dos presos no Brasil são provisórios, ou seja, quatro entre dez pessoas estão presas neste país sem condenação, sendo que, destas, em 37,2% dos casos, não há condenação à pena de prisão ao final do processo e 17,3% são absolvidas.

Diante desta inexorável realidade, recentemente, representantes do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), da Pastoral Carcerária Nacional, da Associação Juízes para a Democracia e do Centro de Estudos de Desigualdade e Discriminação (CEDD/UnB) apresentaram à Presidência da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados em Brasília um caderno de propostas legislativas intitulado "16 medidas contra o encarceramento em massa", cuja 14ª proposta apresenta sugestão para alteração de critérios e condições para a prisão provisória, considerando a vagueza semântica ínsita às expressões "ordem pública", "ordem econômica", "assegurar aplicação da lei penal" e "conveniência da instrução criminal" contidas na atual redação do art. 312 do Código de Processo Penal, a conferir ampla margem de discricionariedade aos magistrados na decretação da prisão preventiva, em flagrante violação ao princípio da legalidade.

Para contrapor a programação seletiva que se enraizou nas agências do poder punitivo no Brasil, temos vivido tempos de viradas da construção midiática do inimigo social. Emerge a figura do "político corrupto", que se projeta, entre uma e outra delação, como o novo *inimigo número um* da sociedade e que exerce a importante função do encarceramento de legitimação. É o caso das últimas operações empreendidas em diversos estados brasileiros, dentre elas a chamada "Calicute", que já teve como resultado a prisão provisória de Sergio Cabral e Adriana Ancelmo, ex-governador e ex-primeira-dama do Rio de Janeiro.

---

1. Entendemos que o exercício do poder punitivo brasileiro é uma materialização do que chamaremos de novos arranjos do poder colonial. Assim, através das dinâmicas ligadas à colonização do Brasil, foram sedimentados o racismo e o patriarcalismo que concebemos serem hoje fundamentais na sua própria formulação. Nesse sentido, acompanhamos os estudos decoloniais, que percebem a centralidade das hierarquizações sociais e construção generificadas e racializadas na realização da dominação colonial como um modelo de racionalidade que se estende até os dias atuais (QUIJANO, 2005).
2. BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Assuntos Estratégicos. Ipea, Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas. *A aplicação de penas e medidas alternativas*. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=24862]. Acesso em: 02.04.2017.

A operação, junto com as outras que lhe antecederam, tem sido uma das principais janelas dos últimos tempos do instituto da "prisão provisória" e da "delação premiada", também laboratório para entendimentos diversos acerca deste e outros instrumentos da prática jurídico-penal. Nas telas de todo brasileiro, como novelas da vida real de políticos e grandes empresários do país, transformou as teorias de processo penal em grandes espetáculos do senso comum, impressionando a forma como as prisões adquiriram centralidade no roteiro de sua narrativa.

Nesse sentido, Rubens Casara[3] alerta que "corrupção, por definição, é a violação dos padrões normativos do sistema" e que, com o pretenso escopo de "combater à corrupção" do sistema político, acaba-se por corromper o próprio sistema de justiça e as bases democráticas. O autor também chama a atenção para o fato de que, considerando o atual quadro de hiperencarceramento, a ampliação das hipóteses de prisão preventiva para o combate à corrupção, com a incorporação da "prisão preventiva para evitar dissipação do dinheiro desviado"[4], causaria uma violência sistêmica. Casara chega a falar em corrupção do instituto da "prisão cautelar", tendo-se como pano de fundo a tradição autoritária a prestigiar a prisão em detrimento da liberdade, ao passo que a prisão cautelar, à luz dos direitos fundamentais consubstanciados na Constituição da República, sobretudo o princípio da presunção de inocência, há de ser encarada como uma medida provisória e excepcional de natureza assecuratória tanto do processo de conhecimento quanto da execução penal, não se prestando à finalidade punitiva. Sob a perspectiva do encarcerado, afirma que não há diferença substancial entre a prisão cautelar e a prisão-pena; são todas punições, antecipadas ou não, atingindo o direito de deambulação – e tantos outros inerentes à própria impressão do estigma do criminoso.

3. CASARA, Rubens Roberto Rebello. *A ampliação das hipóteses de prisão preventiva: uma corrupção das conquistas civilizatórias*. Boletim IBCCRIM. n. 277, v. 23, p. 21-23, 2015. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5678-A-ampliacao-das-hipoteses-de-prisao-preventiva-uma-corrupcao-das-conquistas-civilizatorias]. Acesso em: 07.05.2017.

4. Rubens Casara faz alusão ao projeto de Lei 4850/2016, que reúne as propostas da campanha Dez Medidas contra a Corrupção, promovida pelo Ministério Público Federal (MPF), o qual, dentre outras medidas, prevê a alteração do art. 312 do Código de Processo Penal, com a inclusão da autorização para decretar uma prisão com o objetivo de "permitir a identificação e a localização do produto e proveito do crime, ou seu equivalente, e assegurar sua devolução, ou para evitar que sejam utilizados para financiar a fuga ou a defesa do investigado ou acusado, quando as medidas cautelares reais forem ineficazes ou insuficientes ou enquanto estiverem sendo implementadas".

No tocante à seletividade que falávamos, Nilo Batista e Raúl Zaffaroni já adiantavam que essas prisões espetaculosas de brancos ricos não serviam mais que "para encobrir ideologicamente a seletividade do sistema, que através de tais casos pode apresentar-se como igualitário"[5]. Conforme já dizia Pavarini, "para cada mafioso a mais na prisão, mais cem jovens drogaditos também presos; para cada político corrupto legalmente privado de liberdade, cem imigrantes de cor jogados no cárcere"[6]. No caso a que iremos nos debruçar, o da prisão provisória de Adriana Ancelmo, percebemos a questão da seletividade e do programa legitimador latentes, atravessando também toda a consideração crítica acerca do atual combate à moda punitiva da corrupção, questões situadas dentro do empreendimento neoliberal do encarceramento, como também relacionadas à situação da mulher branca, rica e corrupta e da mulher negra e pobre na sociedade brasileira.

Dessa forma, ampliando, primeiramente, o cenário do sistema prisional brasileiro e dos aparatos legais em âmbito interno e externo que autorizam a realização da prisão domiciliar e outros substitutivos à prisão cautelar por excelência, partiremos para o debate paradigmático da recente concessão da prisão domiciliar da ex-primeira-dama e da rede de questões que evoca em um cenário de profundo clamor público contra a corrupção da política brasileira e a introjeção dos sentidos desse combate, pelas agências midiáticas, no imaginário comum dos cidadãos brasileiros.

2. População carcerária no Brasil, recorte de gênero e a situação do Rio de Janeiro: coletânea de dados e notas sobre o encarceramento feminino brasileiro

Alguns dados quantitativos sobre o total da população e, sobretudo, das mulheres encarceradas deixam a trágica realidade do sistema prisional brasileiro ainda mais visível, ressaltando, desde já, a enorme dificuldade em encontrar os marcadores de gênero nos documentos oficiais divulgados e, ainda quando existentes, divergências consideráveis nos registros a depender da fonte.

De acordo com o último relatório oficial do levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça (Infopen), relativo a dezembro de 2014, o Brasil contemplava uma população penitenciária composta de

5. ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo *et al. Direito penal brasileiro – v. 1.* Rio de Janeiro: Revan, p. 50, 2003.

6. PAVARINI, Massimo, O instrutivo caso italiano, trad. V.M. Batista. In: *Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade, nº 2*, p. 75.

622.202 pessoas, posicionando-se em quarto lugar no *ranking* mundial de maior população carcerária, situando-se atrás apenas dos Estados Unidos (2.217.000), China (1.657.812) e Rússia (644.237)[7]. Dados mais recentes (2017)[8], porém, registram que já ultrapassamos a Rússia, estando no terceiro lugar desse ranking, com 650.956 presos.

No que concerne à população carcerária feminina, a terceira e última edição do *World Female Imprisonment List*, fechada no final de julho de 2015, registra que o Brasil se situa em quarto lugar no *ranking* dos países com maior população prisional feminina no mundo, com 37.380 presas, atrás da China (103.766), Rússia (53.304) e Tailândia (44.751)[9]. Segundo o IPCR, sob a média de 100.000 habitantes, corresponderia (em 2014) a 18,5% da população nacional e 6,4% da população carcerária sendo que, no mundo, este índice varia de 2% a 9%, sendo a média mundial 4,4%[10].

De acordo com o Infopen Mulher (2014), ou seja, segundo dados oficiais coletados e divulgados pelo próprio país, houve grande incremento da população carcerária feminina no Brasil, que, no período de 2000 a 2014, apresentou um aumento de 567,4%, enquanto a média de crescimento masculino, no mesmo período, foi de 220,20%. Este mesmo relatório[11] informa que o aumento do encarceramento entre as mulheres, até 2014, era da ordem de 10,7% ao ano, saltando de 12.925 mulheres privadas de liberdade em 2005 para a marca de 37.380, registrada em dezembro daquele ano[12].

---

7. BRASIL, Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Sitema Nacional de Informação Penitenciária. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias* – Infopen – Brasília, Dezembro, 2014. Disponível em: [www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf/@@download/file]. Acesso em: 18.03.2017.
8. Dados extraídos do *Highest to Lowest – Prison Population Total*. Disponível em [www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All&=Apply]. Acesso em: 30.03.2017.
9. É importante ressaltar que a base apresentada para a aferição do caso brasileiro era ainda a de 2014. Dados extraídos do *World Female Imprisonment List*. Disponível em: [www.icpr.org.uk/publications-team/international-prisons-research/world-female-imprisonment-list,-third-edition.aspx]. Acesso em: 30.03.2017.
10. *Idem*.
11. BRASIL, Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Sitema Nacional de Informação Penitenciária. *Relatório nacional sobre a população penitenciária feminina do País*. – Brasília – Novembro, 2015. Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil]. Acesso em: 20.02.2017.
12. O IPCR registra dados divergentes em relação à população de 2005, documentando a existência então de 20.264 presas e, em 2010, 34.807. Dados extraídos do *World Female Imprisonment List*. *Op. Cit*.

A mesma pesquisa evidencia que a maioria das mulheres encarceradas, alcançando um percentual de 58%, responde pelo delito de tráfico de drogas, sendo majoritariamente coadjuvantes neste crime[13] e, quanto às demais, reduzido o índice de mulheres encarceradas pela prática de delitos violentos. Além disso, até junho de 2014, 11.269 mulheres custodiadas estavam sem condenação, o que equivaleria a nada menos que três em cada dez mulheres presas. O estudo também revelou que a maioria das mulheres presas no país é negra (68%)[14], ou seja, duas a cada três delas, e não concluiu o ensino fundamental (50%).

No Rio de Janeiro, recente pesquisa[15] aponta valores que evidenciam o caráter ainda mais racista e classista da seletividade com que o poder punitivo opera, revelando que 72,3% do total de presas ainda não tinham condenação, 75,6% não tinha nem o ensino fundamental completo, 86% eram negras e 58,5% respondem por crimes relacionados ao tráfico (tráfico e associação para o tráfico). Em relação à sua função neste crime, apenas 4% seria gerente, tendo a maioria (33%) afirmado ser mula.

Na própria estrutura que é formada para o varejo das substâncias ilícitas, então, aquelas que ocupam mais da metade das penitenciárias brasileiras estão muito aquém do ideal fantasmagórico e midiático do "traficante": em verdade, as inimigas número um da sociedade são mulheres que enfrentam o grave processo da feminização da pobreza[16]. São, em sua maioria, solteiras e outras

13. "A maioria dessas mulheres ocupa uma posição coadjuvante no crime, realizando serviços de transporte de drogas e pequeno comércio; muitas são usuárias, sendo poucas as que exercem atividades de gerencia no tráfico". BRASIL, Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Sitema Nacional de Informação Penitenciária. *Relatório nacional sobre a população penitenciária feminina do País. Op. Cit.*

14. Segundo o IBGE, os negros, em 2014, representavam 53,6% da população, o que é ressaltado pelo próprio INFOPEN.

15. BOITEUX, Luciana; FERNANDES, Maíra; PANCIERI, Aline; CHERNICHARO, Luciana (2015). *Mulheres e crianças encarceradas:* um estudo jurídico-social sobre a experiência da maternidade no sistema prisional do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Laboratório de Direitos Humanos da UFRJ.

16. Diversas autoras latino-americanas já destacaram e ampliaram os estudos sobre o referido processo. Destacamos Torres Angarita, que nos fala sobre o precário nível de vida da mulher latino-americana e a projeção dos mercados informais e dos ilegalismos populares nesse processo, a que recorremos para pensar sobre as varejistas de substâncias ilícitas. ANGARITA, Torres. *Drogas y Criminalidad Femenina en Ecuador*: El Amor Como un Factor Explicativo en la Experiencia de Las Mulas. Facultad Latinoamericana De Ciencias Sociales. Programa de Maestria en Ciencias Sociales. Mención Estudios De Género Y Desarrollo, 2007.

mães, chefes de família, que recorrem ao tráfico para complementarem a própria renda, assoladas pela realidade massacrante da desigualdade na inserção no mercado de trabalho[17]. Trata-se, para além das especificidades das varejistas de drogas, da histórica e estratégica gestão diferencial dos ilegalismos populares, que atinge sensivelmente as mulheres afro-brasileiras desde a abolição do trabalho escravo[18].

O elevado índice de encarceramento, reflexo de uma cultura punitivista gestada no escravismo, recrudesce um perverso processo seletivo racista, misógino e classista, caracterizado por uma população carcerária majoritariamente composta por pessoas negras e pobres e que são atingidas pelas duras amarras da política criminal, principalmente referida aos conflitos relativos às drogas, adotada pelo país. Esse incremento emerge, mais do que nunca, como uma questão de ordem, haja vista a situação de maior vulnerabilidade delas, fadadas ao esquecimento e invisibilidade no sistema[19].

17. Nesse sentido também, especificamente sobre a realidade brasileira, Luciana Boiteux: "O tráfico muitas vezes ajuda a complementar a renda. Temos que repudiar essa fala machista de que a mulher entra no crime por amor ou para ficar com um homem. Elas são chefes de família que não conseguem sustentar os filhos por meios lícitos e acabam indo para o tráfico. Esse modelo de seletividade penal focado no tráfico está encarcerando mais mulheres, mais mães, mais grávidas. Isso não significa que o tráfico tenha aumentado, mas que esse é um reflexo da política atual de combate às drogasse da feminização da pobreza". Portal da Ordem dos Advogados do Rio de Janeiro. *Pesquisa traça perfil da maternidade no cárcere no Rio de Janeiro*. Disponível em: [www.oabrj.org.br/noticia/95207-pesquisa-traca-perfil-da-maternidade-no-carcere-no-rio-de-janeiro]. Acesso em: 15.03.2017.

18. Camila Andrade explicitou o processo no último volume da RBCCRIM: "Com o fim da escravidão, as mulheres negras passaram a constituir o segmento populacional feminino que adentra mais precocemente no mercado de trabalho e que nele permanece por mais tempo, sofrendo as taxas mais altas de desemprego e recebendo o menor retorno no que se refere aos investimentos em escolarização. São elas que experimentam a maior precariedade no mercado de trabalho, concentrando-se em subempregos com salários e condições inferiores e percebendo remunerações menores do que as percebidas pelas mulheres brancas – sendo estas, por sua vez, menores que as dos homens brancos, mas superiores ou equivalentes às dos homens negros". ANDRADE, Camila Damasceno de. O controle penal moderno: colonialidade do poder e aprisionamento feminino. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 129, p. 69-105., p. 100, mar. 2017.

19. Especificamente sobre a invisibilização das mulheres dentro do sistema prisional e estratégias envolvidas nas poucas e precárias informações dessa nova clientela, remetemos o leitor para as considerações de Mariana Silva (2017), no Boletim IBCCRIM 292.

Dentro deste contingencial de presas com um perfil praticamente impresso nos próprios corpos – não porque criminosas natas, mas porque selecionadas e rotuladas pelo sistema -, emerge o caso de Ariana Ancelmo, uma mulher rica, branca, advogada de um grande escritório de advocacia e detentora de altos cargos de poder, tendo sido ex-primeira-dama carioca. O seu contraponto com o restante das mulheres que ocupam os presídios é literalmente visível, sendo uma figura que emerge de uma atual e pontual modificação no discurso sensacionalista que legitima a pena e que aciona dispositivos correlatos à situação política brasileira.

Brancas e negras, ricas e pobres, todas guardam a semelhança de terem sido alvos de um poder punitivo que se apresenta, ainda mais, de forma onipresente e que reforça a situação do gênero e das desigualdades estruturais da sociedade brasileira. Evocam, ainda, as funções primordiais que a prisão provisória vem simbolicamente representando no sistema jurídico brasileiro, as questões que atravessam os papéis sociais das mulheres nesses casos e as alternativas à prisão cuja disciplina especificada requer maior atenção.

3. Medidas cautelares diversas da prisão: normativas nacionais e internacionais incorporadas e possíveis interpretações

Os Capítulos IV e V do Título IX do Código Processual Penal, respectivamente, tratam da prisão cautelar, prisão domiciliar e das demais medidas cautelares. A primeira está disciplinada nos arts. 317 e 318 do referido diploma legal, ao passo que as demais medidas cautelares, muitas das quais representando alternativas ao encarceramento antes da condenação definitiva, encontram previsão nos arts. 319 e 320.

O art. 319 do Código Processual Penal, alterado pela Lei 12.403/11, estabelece as cautelares diversas da prisão, que podem ser aplicadas em conjunto ou alternativamente a ela, sendo elas: I – comparecimento periódico em juízo; II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; III – proibição de manter contato com pessoa determinada; IV – proibição de ausentar-se da Comarca; V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira; VII – internação provisória do acusado; VIII – fiança; IX – monitoração eletrônica. Para além dessas medidas, há previsão de demais possibilidades em leis especiais, como é o caso das medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11.340/2006 e na Lei das Cautelares (Lei 12.403/2011), esta editada com o fito exclusivo de apresentar opções outras diversas da prisão cautelar.

Essas alternativas estão totalmente sintonizadas com o princípio da proporcionalidade, segundo o qual a medida extrema da prisão preventiva só deve ser utilizada pelo juiz quando não for possível o emprego de medida menos gravosa. É importante lembrar que as medidas não privativas de liberdade devem ser visualizadas como um substitutivo às medidas encarceradoras e não à liberdade. Em outros termos, com as medidas não privativas de liberdade, pretende-se reduzir o índice de encarceramento e não imprimir medidas restritivas às hipóteses em que outrora se afigurava a liberdade, ampliando, ainda mais, o espectro punitivista[20].

Tratam-se de diversas medidas que surgem a partir da crítica ao paradigma que vislumbra a prisão como pena por excelência e que começaram a ser ampliadas a partir não só da discussão em torno das finalidades ocultas da pena, mas principalmente da evidência da incapacidade do sistema prisional de todos os estados brasileiros em abrigar a demanda crescente de presos. Segundo os dados do INFOPEN (2014), o número de presos provisórios (249.668) é quase igual ao número de *déficit* de vagas nos presídios, que é de 250.318[21].

Além das normas insculpidas no ordenamento pátrio, merecem destaque as normas internacionais elaboradas pelas Nações Unidas com o escopo de humanizar a justiça criminal e que reforçaram este viés, tais quais as Regras de Mandela, as Regras de Bangkok e as Regras de Tóquio, que apresentam normas específicas acerca da temática.

As Regras de Tóquio ou Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade[22] foram aprovadas pela Assembleia

20. Nesse sentido, Geraldo Prado e Antonio Melchior, no Boletim do IBCCRIM que seguiu a reforma que modificou o sistema de cautelares no processo penal brasileiro, já destacavam: "No caso das medidas alternativas à prisão preventiva (art. 319), não se pode permitir que elas sejam utilizadas abusivamente, incidindo nos casos em que, a respeito da antiga redação legal, não gerariam qualquer restrição aos direitos fundamentais" (PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro, 2011, p. 10). Remetemos o leitor para todo este boletim (Boletim IBCCRIM. n. 223, v. 19, 2011), que enunciava como que de forma profética as possíveis dificuldades na aplicação das medidas diversas à prisão em meio à sociedade punitiva que vivíamos e vivemos.

21. O próprio relatório destaca: "mesmo que parte dos atuais presos provisórios não possa ou deva ser solta, a análise dos dados indica fortemente que mudança de política no tocante às prisões provisórias e às prisões por tráfico de drogas podem ser maneiras de diminuir o ritmo acelerado do crescimento do número de pessoas privadas de liberdade no Brasil". BRASIL, Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Sitema Nacional de Informação Penitenciária. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Op. Cit.*

22. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf]. Acesso em: 19.03.2017.

Geral das Nações Unidas, em 14.12.1990, integrando a Resolução 45/110, com o objetivo de incentivar a adoção de medidas não encarceradoras pelos Estados-membros, visando à humanização da justiça criminal.

O documento internacional estrutura-se em sete seções. A primeira traz os princípios gerais, versando sobre os objetivos fundamentais, a abrangência das medidas não privativas de liberdade, as garantias judiciais e cláusula de proteção; a segunda aborda o estágio anterior ao julgamento, aduzindo acerca das medidas que podem ser tomadas antes do processo, da prisão preventiva; a terceira trata do estágio de processo e condenação, disciplinando os relatórios de inquéritos sociais e disposições de julgamento; a quarta traz preceitos relativos aos estágios de aplicação das penas; a quinta dispõe acerca da execução de medidas não privativas de liberdade, como supervisão, duração, condições para utilização, processo de tratamento, disciplina e desrespeito às condições de tratamento; a sexta trata do pessoal, trazendo dispositivos acerca de seu recrutamento e treinamento; por fim, a sétima seção versa sobre voluntários e a participação da coletividade.

Essas regras ressaltam a necessidade de consentimento do acusado para as medidas aplicadas no curso do processo, resguardando-se a dignidade e privacidade do infrator. Outrossim, apontam a prisão preventiva como *ultima ratio*, devendo apenas ser aplicada quando se afigurar imprescindível no bojo do procedimento criminal e apenas pelo tempo que se mostrar necessária, respeitando-se sempre a dignidade humana. Trata-se de disciplina que, como exposto, está em completa sintonia com o ordenamento interno.

Nessa linha, enumera uma série de medidas não privativas de liberdade a serem aplicadas pela autoridade judiciária quando do julgamento, quais sejam: a) Sanções verbais, como a censura, a repreensão e a advertência; b) Acompanhamento em liberdade antes da decisão do tribunal; c) Penas privativas de direitos; d) Sanções econômicas e pecuniárias, como multas e multas diárias; e) Ordem de confisco ou apreensão; f) Ordem de restituição à vítima ou indenização desta; g) Condenação suspensa ou suspensão da pena; h) Regime de experiência e vigilância judiciária; i) Imposição de prestação de serviços à comunidade; j) Envio a um estabelecimento aberto; k) Prisão domiciliar; l) Qualquer outra forma de tratamento não institucional; m) Uma combinação destas medidas. Como medidas substitutivas à pena privativa de liberdade, indica: a) Autorizações de saída e processo de reinserção; b) Libertação para trabalho ou educação; c) Libertação condicional, de diversas formas; d) Remissão da pena; e) Indulto.

A seguir, disciplina-se a sua supervisão, a assistência psicológica, social e material, o recrutamento e o treinamento de pessoal qualificado para aplicá-las.

Da mesma forma, encoraja-se, expressamente, a participação da coletividade e cooperação por parte do público, inclusive, dos meios de comunicação de massa na conscientização popular quanto à importância da expansão das medidas não privativas de liberdade e da integração social dos infratores[23].

Por sua vez, as "Regras de Mandela"[24], oficializadas em maio de 2015 pelas Nações Unidas, foram editadas como uma atualização das "Regras Mínimas para o Tratamento de Presos", aprovadas no ano de 1955, em Genebra. O documento, reforçando as Regras de Tóquio, indica, dentre as recomendações, a necessidade de os Estados-membros continuarem a envidar esforços para reduzir a superlotação carcerária, recorrendo, quando possível, às medidas não privativas de liberdade como alternativas à detenção preventiva.

Neste mesmo diapasão, as Regras de Bangkok ou Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras[25] ressaltam a necessidade de se priorizar alternativas penais ao encarceramento, sobretudo para as hipóteses em que ainda não haja decisão definitiva. O documento traz, em seus arts. 57 a 58, regras específicas em relação às medidas não restritivas de liberdade, fazendo alusão às Regras de Tóquio, que deverão orientar o desenvolvimento de medidas despenalizadoras e alternativas à prisão em relação às mulheres infratoras.

Merece especial destaque o art. 58, cuja redação assinala que "mulheres infratoras não deverão ser separadas de suas famílias e comunidades sem que se considere devidamente a sua história e laços familiares", devendo-se priorizar sempre as medidas alternativas à prisão. Veja-se, portanto, que o Brasil se compromete, a partir da sua adesão, a seguir todas estas diretrizes, tanto no que concerne à imposição da prisão como último recurso, quanto no que tange à atenção da especial condição das mulheres no cárcere.

Tendo como fito a pesquisa a respeito de como essas leis impactaram a realização das prisões cautelares no Brasil, dois importantes institutos "Sou da Paz" e "Associação Pela Reforma Prisional" analisaram a situação dessas

23. Neste ponto, vale sublinhar que até mesmo esta documentação sublinhou a importância da mídia na replicação do discurso punitivista da sociedade brasileira, colaborando para o robustecimento do denominado Direito Penal Simbólico, com aplicação de penas mais duras e criação de novos tipos penais para atender aos anseios sociais e afastar a falsa sensação de impunidade arraigada na população.

24. A tradução oficial das Regras de Mandela foi disponibilizada pelo CNJ no dia 31 de maio, durante a 232ª Sessão Ordinária. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdbc4a1b02fa6e3944ba2.pdf]. Acesso em: 19.03.2017.

25. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf]. Acesso em: 19.03.2017.

prisões nos estados. No Rio de Janeiro, entre 2011 e 2012, houve uma queda de quase dez por cento, porque a manutenção de presos em flagrantes caiu de 83,8% para 72,3%[26].

É importante ressaltar também, conforme demonstrou recente relatório do IPEA[27], "no caso dos réus que cumpriam prisão provisória, 62,8% foram condenados a penas privativas de liberdade, enquanto 17,3% foram absolvidos. Um número considerável de presos provisórios foi condenado a penas alternativas (9,4%)". Ou seja, apenas seis em cada dez presos são sentenciados com penas em que precisam manter-se encarcerados. O que fazer com esses quatro?

Outra fundamental consideração deve dizer respeito ao uso dessa medida no bojo das grandes operações contra a corrupção, quase sempre antecedidas das propostas da chamada "delação premiada". Sob a justificativa profética da descoberta de esquemas que foram avolumando-se com o passar das investigações, e aliando-se com a população cada vez mais "esclarecida" pelos meios de comunicação, diversos acusados vêm sendo cautelarmente presos para que possam ser incentivados a revelar grandes esquemas de que supostamente participaram ou tiveram notícia. A cada nova denúncia, surgem novos nomes no rol de possíveis acusados e uma nova sequência de possibilidades de prisão rumo à varredura da nova erva daninha da sociedade[28].

4. Prisão domiciliar substitutiva da prisão preventiva e a situação do Rio de Janeiro

O art. 317 do Código Processual Penal estabelece que a prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

---

26. Instituto Sou da paz; Associação pela reforma prisional. *Monitorando a aplicação da lei das cautelares e o uso da prisão provisória nas cidades do Rio de Janeiro e São Paulo*. Relatório de pesquisa, 2014. Disponível em: [www.soudapaz.org/upload/pdf/pesquisa_lei_das_cautelares_comparativo_sp_e_rj.pdf]. Acesso em: 02.04.2017.
27. BRASIL, Presidência da República. Secretaria de Assuntos estratégicos. Ipea, Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas. *A aplicação de penas e medidas alternativas*. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=24862]. Acesso em: 02.04.2017.
28. Já tivemos a oportunidade de discutir, especificamente, a temática. FERNANDES, Luciana Costa; SILVA, Oton Assis Ferreira da. Delação Premiada: raízes inquisitoriais, espetáculo criminológico midiático e a operação "Lava-Jato". In: *Anais do 40º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais*. Caxambu: ANPOCS, 2016. ISSN 2177-3092. Disponível em: [www.anpocs.com/index.php/papers-40-encontro/st-10/st03-8]. Acesso em: 04.05.2017.

Por sua vez, o art. 318, recentemente alterado, determina que o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I – maior de 80 (oitenta) anos; II – extremamente debilitado por motivo de doença grave; III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência; IV – gestante; V – mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos; VI – homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos de idade incompletos.

Ressalte-se que a redação dos incisos IV a VI do art. 318 foi dada pela Lei 13.257/16, conhecida como Marco Legal da Primeira Infância, tendo o inciso IV sido alterado para estender o direito a todas as gestantes e não apenas às que estivessem a partir do 7° mês de gestação ou em que a gestação fosse de alto risco, bem como foram incluídos os incisos V e VI, assegurando o direito, respectivamente, à mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos e ao homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos de idade incompletos.

Interpretando a redação do *caput* do art. 318, que estabelece que o juiz "poderá" substituir a prisão preventiva pela domiciliar, Renato Brasileiro[29] e Guilherme de Souza Nucci[30] assinalam que o mero preenchimento de um dos requisitos em princípio não gera o direito automático à conversão, cabendo ao juiz, à luz das circunstâncias do caso concreto, decidir acerca do cabimento da medida, verificando se a prisão domiciliar seria suficiente para neutralizar o *periculum libertatis*. Assim, assentada não como um poder-dever, é comum, sobretudo em primeira instância, negar-se a concessão da prisão domiciliar como reflexo da cultura punitivista e como uma resposta à sociedade e ao senso comum criminológico, deixando-se de levar em consideração o impacto da medida para o(a) acusado(a) e sua família, precipuamente dadas as péssimas condições do sistema prisional brasileiro.

Em virtude da situação alarmante no Rio de Janeiro, a Defensoria Pública deste estado inclusive editou a Resolução 819, de 14.03.2016, cujo art. 3° apresenta regra específica acerca do tema, trazendo, dentre as recomendações, a orientação para que os defensores, uma vez constatado o estado gravídico da mulher privada de liberdade ou que a liberdade da mulher é imprescindível para os cuidados de pessoa menor de 12 anos de idade ou deficiente, requeiram, prioritariamente, medidas alternativas à prisão.

29. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal:* volume único. 4ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

30. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado.* 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Essa normativa, de certo, acompanha a experiência prática desses profissionais com as inúmeras mulheres em situação de maternidade que ainda estão mantidas encarceradas sem que a elas sejam aplicados os substitutivos da prisão. A pesquisa desenvolvida por BOITEUX, FERNANDES, PANCIERI e CHERNICHARO denunciou esta infeliz realidade, tendo entrevistado 41 mulheres em situação de maternidade no Presídio Talavera Bruce, que abriga mulheres grávidas, e na Unidade Materno Infantil, para onde as mulheres são transferidas após o nascimento dos filhos.

Conforme consta no relatório,

> (...) a grande maioria é de jovens (entre 18 e 22 anos), 78% tem até 27 anos, 77% negras/pardas; solteiras (82%), com baixa escolaridade (75,6% não possuem o ensino fundamental completo); 9,8% não sabem ler nem escrever. Afirmam terem desistido da escola porque não se sentiam mais motivadas a estudar na época. Apenas duas concluíram o ensino médio. Metade delas estava trabalhando na época em que foi presa, em empregos precarizados (85% sem carteira assinada), a maioria era responsável pelo sustento do lar: 19% integralmente e 22% em parte.

Além disso, apurou-se que a grande maioria das grávidas e mães no cárcere é de presas cautelares (73,2%). Observe-se que tal percentual é muito superior ao percentual nacional de 30% referente às presas provisórias, apurado no Infopen Mulher 2014, conforme visto acima. Quanto às grávidas, verificou-se que algumas delas foram presas em estado avançado de gravidez, de sete a nove meses de gestação, não tendo o juiz determinado a conversão da prisão preventiva em domiciliar nos termos do art. 318, inciso IV, do CPP.

No que se refere aos atos praticados e penas impostas, foi destacado:

> (...) a maioria era ré primária (70%), condenada a penas entre 5 e 9 anos (44,4%), sendo que 33,3% cumpriam penas de até 4 anos. 75,6% tinham algum parente preso, sendo que quase metade delas tinha o seu companheiro preso (46,3%), dos quais 52,6% pelo crime de tráfico.

Quase metade (46,3%) afirmou estar sendo processada pelo delito de tráfico de drogas, sendo que, dentre as grávidas, esse percentual chegou a 70,9%, verificando-se, ainda, que a maioria das mulheres ocupava posição subalterna no tráfico, apenas uma exercia a função de "gerente da boca" e que seis delas (14,6%) foram presas levando drogas para o presídio.

Verificou-se, ainda, que a maioria delas possui dois filhos (31,7%) e três filhos (26,8%), e que a grande maioria apontou a dificuldade financeira como

a motivação para o crime. A defensoria do Rio estima, hoje, que existam 326 mulheres que possuem filhos com menos de 12 anos presas[31].

5. Análise crítica do caso da Adriana Ancelmo, ex-primeira-dama do Estado do Rio de Janeiro

Gerou repercussão na imprensa e nas redes sociais a decisão, de ofício, do juízo da 7ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, realizada em 17.03.2017, nos autos do processo criminal n. 0510203-33.2016.4.02.5101. O ato concedeu a prisão domiciliar, em substituição à prisão preventiva anteriormente decretada pela própria autoridade judicial, à Adriana Ancelmo, esposa do ex-governador Sérgio Cabral, acusada pelos crimes de corrupção, lavagem de capitais e organização criminosa, para poder cuidar dos filhos de 11 e 14 anos de idade.

O juízo *ad quo* havia decretado a prisão provisória em desfavor da Ré em 17.11.2016 e vedado a sua conversão em domiciliar nesta oportunidade, decisão esta que teria sido confirmada pelo TRF e devolvida ao STJ pelo HC 383.606. Meses depois, em 17.03.2017, no mesmo dia da oitiva de testemunhas da acusação, o juiz procedeu à substituição sem que houvesse pedido defensivo expresso nesse sentido, o que a tornou ainda mais famigerada.

O alarde não se deveu ao mérito por si só da decisão, a qual amparava-se no dispositivo legal insculpido no art. 318, inciso V, do Código Processual Penal, mas no fato de que diversas mulheres, em iguais condições, até mesmo gestantes, tiveram tal direito negado, refletindo citada decisão a seletividade do sistema penal brasileiro. Às mulheres brancas e ricas, a aplicação da lei e a liberdade; às mulheres negras e pobres, o esquecimento e a prisão. Aos filhos das primeiras, a preservação no seio familiar; aos filhos das segundas, o acolhimento institucional. Questionava-se, também, quais os interesses ocultos na iniciativa magistral, já que inexistiam, a princípio, fatos supervenientes para ensejar a sua modificação de forma tamanho repentina.

Em seguimento, o Ministério Público Federal impetrou um mandado de segurança com pedido de liminar, visando à suspensão da decisão proferida. A alegação pautou-se na ausência de fato novo ou direito superveniente que

31. Dados revelados pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPGERJ). *Prisões do Rio têm 326 mães de crianças com até 12 anos de idade*. Disponível em: [www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/4026-Prisoes-do-Rio-tem-326-maes-de-criancas-com-ate-12-anos-de-idade]. Acesso em 04.05.2017.

tivesse alterado o estado das coisas quando da decisão anterior, a qual reconheceu a presença dos pressupostos da prisão preventiva consistentes na garantia da ordem pública e na necessidade de se assegurar a aplicação da lei penal, manifestando-se especificamente quanto à inaplicabilidade do art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal. Além disso, alegou-se que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região já havia se manifestado confirmando a prisão preventiva ao negar a ordem no HC 0012776-78.2016.4.02.0000 impetrado pela defesa e que a prisão fora submetida à apreciação do Superior Tribunal de Justiça.

Dentre os fundamentos para a concessão da liminar no mandado de segurança[32], sustentou-se, acalorando ainda mais as manifestações populares, que, se a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar fosse executada, seriam criadas "expectativas vãs ou desnecessárias", como

> (...) expectativas para as demais mulheres presas até hoje não contempladas por tal substituição, pois a práxis vem demonstrando não confirmáveis, para centenas de outras mulheres presas na mesma situação da acusada no sistema penitenciário, haja vista que o histórico público e notório de nossa predominante jurisprudência, e estampado ora em matérias jornalísticas, ora em estudos acadêmicos, é o de que em regra não se concede prisão domiciliar automaticamente às diversas mulheres presas e acusadas pelos mais diferentes crimes, apenas porque tenham filhos menores de até 12 anos de idade.

Justifica-se a preocupação em não se gerar uma expectativa de liberdade com a práxis, invertendo-se a regra, que deveria ser a liberdade, com a exceção, que

32. A decisão parece tratar de questão meramente processual ao deslocar o foco para a inexistência de fatos novos que ensejassem a decisão de ofício. Declara, porém, logo em seguida, alguma desconfiança em relação ao ato oficioso, tendo em vista que "minutos antes de o Magistrado decretar de ofício a substituição da preventiva por domiciliar, as testemunhas de acusação ouvidas (conforme mídias trazidas no aditamento pelo MPF), na verdade acrescentaram elementos do concurso bastante ativo da acusada nos fatos narrados na denúncia, como, por exemplo, a testemunha Sônia Ferreira Baptista e a colaboradora Maria Luiza Trotta". Logo em seguida, porém, traz o fundamento da expectativa para a própria acusada e seus familiares; da "sociedade"; e do Judiciário que deveriam guardar a segurança nas relações jurídicas, sem se "surpreender" com a radical mudança na decretação da prisão, sobretudo quando inexistentes novos fatos; e a já aclamada situação de outras mulheres, que não deveriam ter qualquer expectativa de serem surpreendidas com a sua liberdade. A decisão é referenciada em: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* n. 392.806 – RJ (2017/0061147-0). Impetrante: Lucas Guimarães Rocha e outros. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 2. Região. Paciente: Adriana de Lourdes Ancelmo. Brasília (DF), 24.03.2017. DJe: 28.03.2017.

deveria ser a prisão. Com isso, quer-se reforçar a marca já assentada em todas aquelas mulheres alvos do sistema penal de que a sua expectativa deve ser, independentemente da sua situação, inclusive quando implicar na satisfação dos requisitos que autorizam a concessão de um benefício, a do aprisionamento.

A decisão foi mais uma vez impugnada, por meio do HC 392.806-RJ (que culminou na perda do objeto do HC 383.606/RJ), que deferiu liminar para suspender os efeitos da decisão unipessoal que concedeu a medida preambula. O julgamento foi monocraticamente realizado pela ministra Maria Thereza de Assis Moura, em 24.03.2017 – apenas um dia depois do seu pedido –, e ateve-se aparentemente a questões processuais. Logo no início da fundamentação, a relatora destacou que "não obstante as inflamadas teses sobre o cabimento ou não da prisão domiciliar na hipótese em liça, ao que cuido, *quaestio* outra emerge do caderno processual", expressando que não iria adentrar ao mérito do cabimento do encarceramento.

Foi ponderado, nesse caso, "não ser cabível a impetração de mandado de segurança pelo Parquet para conferir efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito interposto contra decisão que deferira liberdade ao réu". O efeito imediato da decisão, neste caso, foi o de dar prevalência à decisão de ofício do juiz de 1ª instância, revertendo o estado das coisas para a realização da prisão domiciliar de Adriana, que se encontra proibida também, dentre outras restrições[33], de qualquer acesso à internet ou telefone.

33. As demais medidas impostas pelo juiz em primeira instância foram expressamente mantidas, sendo elas: "1) afastar-se ou continuar afastada da direção/administração das empresas envolvidas; 2) recolhimento domiciliar integral, ressalvada situação de emergência médica, que deverá ser imediatamente comunicada ao juízo; 3) atender a todas as comunicações judiciais; 4) entregar na secretaria do juízo o (s) passaporte (s) que tiver, caso ainda não tenha feito; 5) proibição de alteração de domicílio sem autorização judicial; 6) não pode haver, no imóvel cm que a medida será cumprida, linha telefônica instalada. Se houver, deverá ser desinstalada; 7) não pode haver, no imóvel em que a medida será cumprida, qualquer dispositivo de acesso à internet, móvel ou fixo. Qualquer pessoa que ingresse nesse imóvel, seja empregados, filhos ou visitas, deverão deixar esses dispositivos em qualquer outro lugar; 8) a defesa deverá manter o registro de todas as pessoas que ingressarem no imóvel em que a medida será cumprida, sendo certo que está proibida a visitação de pessoas que não sejam parentes até o terceiro grau ou seus advogados regularmente constituídos, com procuração nos autos; 9) a Polícia Federal está autorizada a realizar inspeções no imóvel em que a medida será cumprida, no período de 6:00 a 18:00 horas, sem prévia comunicação ou autorização do juízo, atendendo, por exemplo, a uma solicitação do MPF, a fim de checar se todas as condições estão sendo cumpridas; 10) as pessoas que frequentarem o imóvel em que a medida será cumprida devem obedecer a essas regras. É vedado que

A repercussão foi tamanha que o presidente da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no dia 30.03.2017, manifestou-se em desagravo diante das ofensas sofridas pela ministra, dando conta inclusive que muitas decisões foram proferidas no mesmo sentido dias após, ressaltando não se tratar de caso isolado. A entrada ou não na questão do mérito, porém, como se verá, foi também uma opção política.

6. Intenções declaradas e não declaradas da lei

Como anteriormente ressaltado, a prisão provisória de Adriana Ancelmo situou-se integralmente no atual contexto de articulado entre o direito e a influência dos meios de comunicação na sua modulação. A grande novela que a Operação Calicute criou, narrada por essa agência, é responsável por introjetar a sensação de que, finalmente, o poder punitivo alcançaria as classes dominantes, a elite que historicamente ocupa os mais altos cargos de governo. É certo, porém, que a sua situação como mulher e mãe, de forma objetiva, deveria ser observada pelos juízes que tomaram contato direto com o caso, momento a partir do qual a sua situação passou a ser referenciada com a das tantas outras mulheres que superlotam os presídios brasileiros. A princípio, foi por essa condição que, oficiosamente, a sua prisão foi convertida em domiciliar.

A autorização legal para tanto foi inserida no Código de Processo Penal pela Lei 13.257/16. Vale notar, todavia, que esta norma não foi criada com o intuito principal desencarcerador, mas sim como mais uma política pública voltada à primeira infância, ou seja, a intenção é de proteger imediatamente aos filhos e apenas de forma reflexa às mulheres, quando assumem a primordial e sacralizada função da maternidade.

A justificativa do projeto desta Lei é extremamente elucidatória neste sentido, esclarecendo que,

> (...) a atenção à criança pequena é um direito dela, mas também um direito de seus pais ou responsáveis. Daí ser necessário que a atenção planejada pelo Estado seja abrangente dessa problemática e envolva a criança e a família,

---

a acusada tenha acesso, por qualquer meio ou através de qualquer pessoa, à internet e a telefone. Ficou consignado que caberá à defesa da acusada informar ao juízo que o imóvel em que a medida será cumprida atende às condições acima e que o descumprimento de qualquer dessas medidas acarretará *ipso facto* a revogação dessa decisão. Prestada a informação pela defesa, o juízo determinará que a Polícia Federal faça a verificação do imóvel em que a medida será cumprida antes de determinar a transferência da ré para a prisão domiciliar.". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Idem*.

> com medidas executadas em diferentes espaços e por diferentes setores, individualmente ou em conjunto.

Nessa oportunidade, o seu autor, deputado Osmar Terra (PMDB-RS), trouxe diversos dados relacionados ao papel da mulher como mãe e provedora do lar e da sua dificuldade em ser assistida nessa função[34]. Fica claro, portanto, que a todo instante a proteção da mulher está subsumida no seu papel, o que revela a intenção primordial da lei em atender ao bem-estar dos filhos efetivamente.

Assim, uma primeira pontuação deve ser feita para precisar que, facultar a nova possibilidade de a gestante e a mãe poderem ser beneficiadas pela conversão, nem originalmente representou uma girada no fluxo de movimentos penalizadores e encarceradores que vive o Brasil, no auge do empreendimento neoliberal[35]. Embora seja possível dizer que este é um de seus efeitos imedia-

34. "No início da Revolução Industrial, com a absorção de mulheres na força de trabalho, as crianças ficaram desamparadas e precisavam de um lugar de proteção, cuidados e educação durante as longas horas de ausência de sua mãe. Ainda hoje esse argumento é válido, e agora já transcende a relação biunívoca com a mãe; ele se estende à família (cfr. o art.7°, XXV da Constituição Federal), dizendo respeito ao trabalho masculino e feminino, embora o ônus maior pese sobre a mulher. A família nuclear e, muitas vezes monoparental, concomitante com a cada vez maior inserção da mulher nos vários campos da atividade econômica, social, cultural e política, carece do apoio do Estado para auxiliá-la no cuidado e educação de seus filhos pequenos. Segundo o IBGE, em 2011 (Síntese dos Indicadores Sociais), 37,4% dos lares eram chefiados por mulheres, em diferentes arranjos familiares – com e sem cônjuge, com ou sem filhos, mas a maior parte das famílias chefiadas por mulheres é de mães com filhos". Projeto de Lei 6.998/2013. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=604836]. Acesso em: 01.04.2017.

35. Nesse sentido nos filiamos à hipótese amplamente tratada no livro "Depois do grande encarceramento" que destaca as relações entre o sistema político e econômico empreendido no neoliberalismo e produtor de crescentes desigualdades com a ideologia do direito penal como elemento essencial da política criminal. Segundo Vera de Andrade: "Estamos perante um protagonismo do capital e das finanças, social e ecologicamente predatório, que produz desemprego estrutural, desordem social e exclusão e necessita neutralizá-la, à custa da culpabilização individual neoliberal, em prisões exterminadoras (periferia capitalista) ou de segurança máxima (centro capitalista), e, ainda, com extraordinária capacidade lucrativa; que amplia a produção de mercadorias e necessita maximizar o consumo, bem como a proteção destes consumidores ávidos por mais e mais patrimônio e dinheiro, o que, por todos os motivos da existência contemporânea, gera insegurança ontológica (Bauman, 1999), então convertida e reduzida insegurança e medo do crime, com decisiva mediação estatal midiática". ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Horizonte de projeção do controle

tos, a iniciativa só foi tomada porque acompanhada de outra função, esta sim, que recebe adesão do Congresso Nacional: a infância.

É bem provável que, caso a justificativa fosse formulada na forma da apresentação de medida alternativa à superlotação do sistema penitenciário, não teria sido aprovada ou mesmo apresentada. Assim, vale destacar que a nova possibilidade de aplicação de medidas alternativas à prisão provisória a mães e gestantes está diretamente afetada à projeção de políticas públicas em atenção à infância, o que atinge as mulheres brasileiras na exata medida em que se admite que um modelo de sociedade patriarcal ainda as projeta como suas responsáveis por excelência e, em grande parte das vezes, com exclusividade.

Afeta a estas reflexões está o reforço, por meio desta estrutura, da maternidade como uma situação que instrumentaliza a brasileira. Com isso, corrobora-se um estado de coisas que programa mulheres à condição maternal, quando ratifica que apenas nesta situação é que serão resguardadas por uma proteção diferenciada. É interessante perceber que o domínio a que as mulheres estiveram historicamente sujeitas, ou seja, o privado, em suas próprias casas por seus maridos, já tinha como um dos possíveis argumentos legitimadores a criação das novas gerações[36]. Agora, a maternidade é investida de novas semânticas em âmbito do domínio público, através do exercício do poder punitivo, que convoca mais uma vez mulheres ao aprisionamento em suas casas para exercer a maternidade.

É como se os diversos ângulos de projeção do domínio estivessem articulados e também fossem articuladores, para normalizar, agora, criminosas para serem mães. Investidas neste papel, passam a ter o benefício de permanecerem reclusas em seus lares para exercerem durante 24h de todos os seus dias, salvo

---

penal no capitalismo globalizado neoliberal. In: ABRAMOVAY, P. V; MALAGUTI, V. (org.). *Seminário Depois do Grande Encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 1. reimpressão, p. 259, 2015.

36. Nesse sentido, Verena Stolke: "A sexualidade feminina se tornou tão valiosa porque as circunstâncias sócio-ideológicas permitiram às mulheres o papel crucial de transmissora dos atributos de família de geração a geração. Os homens, como guardiães das mulheres da família, assumiam a função de cuidar da transferência socialmente satisfatória desses atributos, através do controle estrito da sexualidade das mulheres. O confinamento doméstico das mulheres e sua subordinação geral em outras esferas sociais eram conseqüências de sua centralidade reprodutiva. E isso era assim porque, como bem observou um jurista espanhol do século XIX, só as mulheres poderiam introduzir bastardos no casamento" STOLKE, Verena. *O enigma das interseções:* classe, "raça", sexo, sexualidade. A formação dos impérios transatlânticos do século XVI ao XIX. Estudos Feministas, Florianópolis, 14(1): 15-42, p. 39, jan.-abr.2006.

em caso de urgência de saúde, o sagrado ofício de serem mães e donas de casa, sem nenhum tipo de comunicação com o mundo exterior, porque vedado o uso de aparelhos telefônicos e de internet.

O caráter machista da lei fica algo mais claro se observarmos que ela também ressalvou a liberdade para pais, mas acompanhada da seguinte condição: "homem, caso seja *o* único *responsável* pelos cuidados do filho de até 12 anos de idade incompletos" (grifo nosso). A diferença na formulação legislativa reflete a sociedade patriarcal que reforça em diversos campos os papéis sociais do ideário feminino, daquela mulher "esposa, mãe, organizadora do lar" e que é capaz de ocupar o lugar a ela projetado com dedicação exclusiva. A dominação se coloca, nesse caso, em um conjunto de estratégias que inferiorizam as mulheres através da construção de ideários naturalizados e essencializados que refletem exercício de poder[37]e que, historicamente, se projetam (também) no papel sacralizado de certa maternidade. A figura masculina, por sua vez, trazida pela lei é a do pai que só poderia fazer jus à prisão domiciliar comprovada a inexistência da figura materna, figurando, pois, como dispensável ou secundário na composição familiar.

Veja que esta questão se evidencia diretamente no caso de Adriana Ancelmo, já que toda efervescência criada pela sua saída do cárcere não acompanhou qualquer debate sobre a possibilidade do pai daquelas crianças, o ex-governador Sergio Cabral, também gozar do instituto.

Outro ponto nodal relacionado à sua aplicação está centralizado na sua ainda imposição dentro da lógica retributiva, orquestrando ao Estado novos arranjos de fiscalização e monitoramento vinculados não aos conflitos individualizados, mas aos tipos penais por que respondem. Também por isso ainda são concebidas, inclusive discursivamente, como "prisões". Referenciadas não nos casos individuais, mas na camada simbólica e abstrata do tipo, essas decisões reforçam a autoridade da lei e da rotulação das criminosas conforme o que representam em relação àqueles delitos, projetando um novo campo do que "são". Reclusas em seus próprios domicílios, as "beneficiadas" ainda estão sob ampla vigília estatal, porque sua nova identidade é carregada com todo o aparato que o estigma da "criminosa" carrega.

Por fim, a discussão central em torno do caso concreto proposto está relacionada ao fato de que Adriana, uma Ré branca e rica, seria icônica em atestar

37. Na mesma linha, afirma Soraia Mendes que "gênero tem sido uma forma habitual de facilitar a significação do poder" MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia Feminista:* novos paradigmas. São Paulo: Editora Saraiva, p. 87, 2014.

a seletividade do sistema penal. Em face de diversos casos semelhantes, muitos dos quais ainda mais drásticos, como o caso das mulheres grávidas e que dão à luz e permanecem nos presídios com bebês, encarcerados também, paira um grande descaso. No estado do Rio de Janeiro, 73,2% das grávidas e mães no cárcere encontravam-se segregadas em face de prisões cautelares, sendo a maior parte dos crimes praticados não violentos. A Defensoria Pública deste estado comunicou recentemente que são exatas 326 mulheres nas mesmas condições, mas que permanecem encarceradas. No caso da ex-primeira-dama, não só o próprio juiz agiu de ofício, como os Tribunais Superiores decidiram os diversos recursos referentes a sua privação de liberdade em questão de dias.

Fica claro, assim, quem são os agenciados pelo sistema e como a atual cruzada contra a corrupção pela qual o país passa não será capaz de romper as bases dos interesses dominantes envolvidos nesse empreendimento, que é o encarceramento como instrumento de manutenção da organização social rigidamente hierarquizada. É através do sistema punitivo, como alegoria de poder que as pobres e negras no Brasil "mais do que compreender no nível da razão, foram (e seguem sendo) levados a ser e sentir o seu lugar na estrutura social"[38].

É importante ressaltar que todas essas pontuações não tiram o crédito da prisão domiciliar ser medida alternativa ao abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça do país. Muito embora situado no contexto de restrições da nossa própria sociedade racista, classista e sexista, trata-se objetivamente de forma de conter o uso da prisão provisória e a sujeição aos réus das condições desumanas apresentadas pelo cárcere. Sobretudo quando a questão envolve outros sujeitos, como é o caso de bebês e crianças que ainda dependem, muitas vezes exclusivamente, dos cuidados maternos, trata-se de uma medida que ressignifica o princípio basilar da intranscendência da pena[39].

38. NEDER, Gizlene. Em nome de Tânatos: aspectos da história do sistema penitenciário no Brasil. In: *Cadernos do CEUEP, v. 1*. Rio de Janeiro, p. 9, 1993.

39. Na pesquisa "Dar a luz à sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão", realizada pelo IPEA, em 2015, apurou-se que presas, especialistas e funcionárias são unânimes de que o cárcere não é o lugar ideal para crianças, sendo necessário outro espaço para garantir o contato entre mães e filhos, como o modelo de creche externa à unidade prisional. Gerou divergência a escolha entre a institucionalização da criança ou a separação da mãe, evocando a necessidade de uma resposta individualizada em relação ao destino da mãe e da criança, que respeite a autonomia decisória da mãe encarcerada em relação ao destino de seus filhos e/ou filhas, com a consideração de fatores como o tempo

Para além disso, é de extrema importância pensar no cabimento fático do seu acautelamento, como uso meramente simbólico para que tantos outros possíveis acusados vislumbrem a que estão sujeitos quando lhes for oportunizada a possibilidade de acordos; e para que a própria população possa entreter-se com uma situação aparente de funcionalidade do sistema penal. Esse processo há muito foi enunciado por Nilo Batista:

Bem próximo ao dogma da pena encontramos o dogma da criminalização provedora. Agora, na forma de uma deusa alada onipresente, vemos uma criminalização que resolve problemas, que influencia a alma dos seres humanos para que eles pratiquem certas ações e se abstenham de outras – e sempre com o devido cuidado, que supera crises cambiais, insucessos esportivos e é mesmo capaz de semear lavouras, não nos desmintam as penitenciárias agrícolas. A criminalização, assim entendida, é mais do que um ato de governo do príncipe no Estado mínimo: é muitas vezes o único ato de governo do qual dispõe ele para administrar, da maneira mais drástica, os próprios conflitos que criou.[40]

O controle midiático, referente a uma das maiores indústrias do país, vem sendo responsável por projetar a ideia do caos na política nacional através de figuras como a de Adriana, encarregando-se de difundir campanhas de lei e ordem que criam no imaginário comum o estereótipo de uma possível nova criminosa: as mulheres que acompanham aqueles que ocupam os principais cargos de governo da nação. E que, como fora discutido, reforçam os papéis aceitáveis que as mulheres, para saírem das prisões públicas, devem assumir: a maternidade dominada por um novo arranjo público-privado.

7. Conclusão

O superencarceramento feminino dá azo a diversas discussões a respeito dos investimentos envolvidos no controle de mulheres no Brasil. Não bastasse o domínio em âmbito privado, eis que vivemos em uma sociedade extremamente

da prisão, a existência de familiares confiáveis para assumir a guarda, se é o primeiro filho, o apoio externo, as condições e distância do estabelecimento etc. Nesse ponto, uma das soluções para a questão seria a prisão domiciliar, a qual se contrapõe à cultura do encarceramento e à priorização do "combate ao crime" imanente aos discursos e práticas do sistema de justiça. Disponível em: [www.pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_51_Ana-Gabriela_web-1.pdf]. Acesso em: 07.05.2017.

40. BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. In: *Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade, no 12*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan, p. 04, 2002.

patriarcal e misógina, em que a maioria das mulheres ainda está inteiramente dedicada aos afazeres domésticos[41], a regra clara que se quer reforçar é a de que ele se estende cada vez mais ao público, sendo o poder punitivo mais uma extensão das formas do exercício do poder sobre a mulher. Trata-se da materialização na forma discursiva do que a realidade prática já nos apontava.

O sequestro dessas mulheres apresenta uma virada na discussão da transcendência da pena, porque invoca o seu papel na criação de seus filhos, sobretudo daqueles que ainda se encontram na primeira infância. Em atenção às crianças, portanto, foram inseridas novas modalidades de prisão domiciliar pela legislação interna, que já se encontravam sedimentadas nos diversos documentos internacionais assinados pelo país.

Muito embora represente mais uma possibilidade de reduzir os danos provocados pelo encarceramento nas instituições prisionais já denunciadas como lugares de produção de vidas insalubres e desumanas, uma série de debates podem ser convocados por esta modalidade, sobretudo quando inscritos na nova dinâmica de combate à corrupção: a seleção, entre as próprias criminosas, daquelas que ainda realizam a programação historicamente imprimida às mulheres relacionada tanto aos afazeres domésticos, quanto à maternidade; as raízes machistas desta previsão, quando a mesma lei restringe o benefício aos pais apenas quando "exclusivamente" responsáveis pelas crianças; a sua efetividade para a grande massa de mulheres negras e pobres que amontoam-se nos presídios femininos; o icônico caso de Adriana Ancelmo em confronto com essa realidade, encarnando a própria seletividade do sistema penal; a devolução às mulheres aos lugares históricos de realização à priori do seu domínio, ou seja, seus lares; a manutenção de uma programação de controle pelo Estado por meio desta medida; e, por fim, como mesmo dentro deste contexto de restrições e dos parcos recursos alternativos ao encarceramento no Brasil, ainda materializa rota alternativa à dura realidade das prisões no país.

Deve-se refletir, portanto, acerca das bases do sistema penal vigente, sobretudo sobre seus aspectos político-criminais, visando a uma mudança de perspectiva da justiça criminal que ainda impera. Para tanto, deve-se sobressaltar, repise-se, a influência da mídia como um mecanismo difusor de massas, na conscientização pública, nas palavras de Vera Malaguti: "principal protagonista da construção do novo alvo do perigosismo social"[42]. O caso em questão,

41. Dados obtidos com base na PNAD-IBGE 2014.

42. BATISTA, Vera Malaguti. Depois do grande encarceramento. In ABRAMOVAY, P. V; MALAGUTI,V. (org.). *Seminário Depois do Grande Encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 1. reimpressão, p. 30, 2015.

da ex-primeira-dama, torna evidente o quanto a agência midiática potencializa a criação desse novo inimigo social, que é o político corrupto, agora generificado[43], emplacando todos os limites do razoável em termos de direitos e garantias fundamentais.

Diante deste cenário de complexas relações e significados, torna-se indispensável uma nova base de construção e realização das alternativas à prisão que tenham como objetivo conter o expansionismo penal e o crescente encarceramento. Fala-se cada vez mais, não apenas, na previsão legal de novos recursos alternativos à prisão, mas na desconstrução de uma cultura processual que materializa o confisco do conflito, sedimentando posições quase teatralizadas dos sujeitos processuais que figuram como observadores em toda a ritualística articulada, quando deveriam protagonizá-la. Ainda, nas possibilidades de desnaturalizar a condição de alguns desses sujeitos, sobretudo quando raças, classes e gêneros aparecem de forma extremamente tensionadas a partir do exercício do poder punitivo (ainda colonial) que tanto falamos.

Para tanto, os caminhos que passam por rotas alternativas aos modelos de espetacularização procedimental de matriz retributiva já permitem pensar em pequenas transgressões da lógica vigente em favor de soluções restaurativas, menos burocratizadas e que devolvam as situações de conflito para os envolvidos, tirando-as da mão exclusiva e vertical do Estado. Há a oportunidade para se pensar nos sujeitos e discutir seus lugares, significações e situações no sistema de punições e no território mais amplo de dominações, sem os quais não se desnaturaliza a presença cada vez mais expressiva e simbólica das mulheres nas prisões de todo país. A rota em direção às soluções mais horizontais e que buscam reincorporar os conflitos e seus envolvidos é uma possibilidade, enfim, para amadurecer opções à projeção insustentável que alcançou a cultura do encarceramento brasileiro.

8. Referências bibliográficas

ABRAMOVAY, P. V; MALAGUTI, V. (org.). Seminário *Depois do Grande Encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 1. reimpressão, 2015.

ANDRADE, Camila Damasceno de. O controle penal moderno: colonialidade do poder e aprisionamento feminino. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 129, p. 69-105., mar. 2017.

43. Muito embora, veja, a mulher ainda nesse crime seja retratada como subalterna ao seu marido – no caso, o ex-governador Sérgio Cabral -, este sim, articulador dos principais esquemas de lavagem de dinheiro e outros delitos que teriam praticado.

ANGARITA, Torres. *Drogas y Criminalidad Femenina en Ecuador: El Amor Como un Factor Explicativo en la Experiencia de Las Mulas*. Facultad Latinoamericana De Ciencias Sociales. Programa de Maestria en Ciencias Sociales. Mención Estudios De Género Y Desarrollo, 2007.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. In: *Discursus Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade, no 12*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2002.

BOITEUX, Luciana; FERNANDES, Maíra; PANCIERI, Aline; CHERNICHARO, Luciana. *Mulheres e crianças encarceradas: um estudo jurídico-social sobre a experiência da maternidade no sistema prisional do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Laboratório de Direitos Humanos da UFRJ, 2015.

BRASIL, Decreto-lei 3.689, de 03.10.1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm]. Acesso em: 02.03.2017.

BRASIL, Lei 13.257, de 08.03.2016. *Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei no 3.689, de 03.10.1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 10.05.1943, a Lei no 11.770, de 09.09.2008, e a Lei no 12.662, de 05.06.2012*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm]. Acesso em: 01.04.2017.

BRASIL, Projeto de Lei 6.998/2013. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=604836]. Acesso em: 01.04.2017.

BRASIL. *Regras de Tóquio*. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf]. Acesso em: 19.03.2017.

BRASIL. *Regras de Mandela*. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdbc4a1b02fa6e3944ba2.pdf]. Acesso em: 19.03.2017.

BRASIL. *Regras de Bangkok*. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf]. Acesso em: 19.03.2017.

BRASIL. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Sistema Nacional de Informação Penitenciária. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias* – Infopen – Brasília, Dezembro, 2014. Disponível em: [www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf/@@download/file]. Acesso em: 18.03.2017.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Sistema Nacional de Informação Penitenciária. *Relatório nacional sobre a população penitenciária feminina do País*. – Brasília – Novembro, 2015. Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil]. Acesso em: 20.02.2017.

BRASIL. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres*

em situação de prisão. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. Disponível em: [www.pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_51_Ana-Gabriela_web-1.pdf]. Acesso em: 07.05.2017.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Assuntos Estratégicos. Ipea, Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas. *A aplicação de penas e medidas alternativas. Relatório de Pesquisa.* Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=24862]. Acesso em: 02.04.2017.

BRASIL. Secretaria Geral. *Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil*. Secretaria Geral da Presidência da República e Secretaria Nacional da Juventude. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: [www.juventude.gov.br/articles/participatorio/0009/3230/mapa-encarceramento-jovens.pdf]. Acesso em: 01.04.2017.

CASARA, Rubens Roberto Rebello. *A ampliação das hipóteses de prisão preventiva: uma corrupção das conquistas civilizatórias*. Boletim IBCCRIM. n. 277, v. 23, p. 21-23, 2015. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5678-A-ampliacao-das-hipoteses-de-prisao-preventiva-uma-corrupcao-das-conquistas-civilizatorias].

FERNANDES, Luciana Costa; SILVA, Oton Assis Ferreira da. Delação Premiada: raízes inquisitoriais, espetáculo criminológico midiático e a operação "Lava-Jato". In: *Anais do 40º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais*. Caxambu: ANPOCS, ISSN 2177-3092, 2016.

INSTITUTO SOU DA PAZ; ASSOCIAÇÃO PELA REFORMA PRISIONAL. *Monitorando a aplicação da lei das cautelares e o uso da prisão provisória nas cidades do Rio de Janeiro e São Paulo*. Relatório de pesquisa, 2014. Disponível em [www.soudapaz.org/upload/pdf/pesquisa_lei_das_cautelares_comparativo_sp_e_rj.pdf]. Acesso em: 02.04.2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM); PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL; ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA; CENTRO DE ESTUDOS DE DESIGUALDADE E DISCRIMINAÇÃO (CEDD/UNB). *16 medidas contra o encarceramento em massa*. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/medidas-sistemapenal2017]. Acesso em: 07.05.2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume* único. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

MELLO, Daniela Canazaro de. *A maternidade no meio prisional: vivências de mães encarceradas na realidade brasileira e portuguesa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

NEDER, Gizlene. Em nome de Tânatos: aspectos da história do sistema penitenciário no Brasil. In: *Cadernos do CEUEP, v. 1*. Rio de Janeiro, 1993,

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAVARINI, Massimo, O instrutivo caso italiano, trad. V.M. Batista. In: *Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade, n. 2*, p. 75.

PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro. Breve análise crítica da lei n. 12.403, de 2011, que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro. In: *Boletim IBCCRIM. n. 223, v. 19*, 2011.

QUIJANO, Anial. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber:* eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

SILVA, Mariana Lins de Carli. "Essa não sou eu": a invisibilização de mulheres no sistema criminal. In: *Boletim IBCCRIM. n. 292, v. 25*, p. 09-10, 2017.

STOLKE, Verena. *O enigma das interseções: classe, "raça", sexo, sexualidade. A formação dos impérios transatlânticos do século XVI ao XIX*. Estudos Feministas, Florianópolis, 14(1): 15-42, jan.-abr./2006.

WORLD PRISON BREAF; INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICY RESEARCH. *Highest to Lowest – Prison Population Total*. Disponível em: [www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All&=Apply]. Acesso em: 30.03.2017.

WORLD PRISON BREAF; INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICY RESEARCH. *World Female Imprisonment List*. Disponível em: [www.icpr.org.uk/publications-team/international-prisons-research/world-female-imprisonment-list,-third-edition.aspx]. Acesso em: 30.03.2017.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. *Direito penal brasileiro – v. 1*. Rio de Janeiro: Revan, p. 50, 2003.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- Reforma penal e a condição feminina: as mães presidiárias, de Maria Garcia – *RDCI* 97/165-178 (DTR\2016\24153).

Sobre a criminalização da corrupção entre particulares e a tutela dos direitos humanos e fundamentais

The criminalization of corruption between particulars and the protection of human and fundamental rights

Rodrigo Oliveira de Camargo

Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS (2011). Professor de Direito Penal e Processo Penal da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA). Coordenador-adjunto do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais no Estado do Rio Grande do Sul. Membro da Comissão Especial de Prevenção à Corrupção da OAB/RS. Palestrante e professor convidado na ESA-OAB/RS. Autor de artigos e capítulo de livro sobre Direito Penal e Processo Penal. Advogado.
rodrigo@rodrigodecamargo.com.br

Vinicius de Melo Lima

Doutor em Direito Público pela UNISINOS/RS (2015). Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa/Portugal (2010). Professor de Direito Penal e de Processo Penal da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA). Ex-professor da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) e da Faculdade do Ministério Público (FMP). Autor de artigos e livros jurídicos. Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.
viniciuslima@mprs.mp.br

Recebido em: 02.04.2017
Aprovado em: 27.04.2017
Última versão dos autores: 10.05.2017

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: O artigo em tela discorre sobre o crime de corrupção privada e a sua danosidade social, a experiência do direito estrangeiro e a questão em torno do bem jurídico tutelado, se à concorrência ou ao patrimônio. O fio condutor é a concepção de que o fenômeno da corrupção é um problema de direitos humanos e fundamentais, em detrimento das expectativas legítimas dos cidadãos no Estado Democrático de Direito. O referencial adotado na investigação é a Teoria Estruturante do Direito, de Friedrich Müller.

Abstract: The article on screen discusses the crime of private corruption and its social damage, the experience of foreign law and the question about the legal good protected, whether the competition or the patrimony. The guiding principle is that the phenomenon of corruption is a human and fundamental rights problem, to the detriment of the legitimate expectations of citizens in the Democratic State of Law. The frame of reference for the research is Friedrich Müller's Structural Theory of Law.

Camargo, Rodrigo Oliveira de; Melo Lima, Vinicius de. Sobre a criminalização da corrupção entre particulares e a tutela dos direitos humanos e fundamentais.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 134. ano 25. p. 219-265. São Paulo: Ed. RT, ago. 2017.

Palavras-chave: Corrupção privada – Criminalização – Bem jurídico – Direitos humanos e fundamentais – Teoria estruturante do Direito.

Keywords: Private corruption – Criminalization – Legal good – Human and Fundamental rights – Structural theory of Law.

Sumário: 1. Introdução. 2. A polêmica questão do bem jurídico tutelado na corrupção entre particulares. 3. A corrupção como um problema de direitos humanos e fundamentais. 4. A corrupção entre particulares e o projeto de reforma do Código Penal brasileiro (PLS 236/2012). 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O Brasil segue pondo em prática os compromissos ratificados internacionalmente em busca da diminuição dos riscos da prática de atos de corrupção e da punição à ocorrência desse tipo de conduta. Principalmente após a adesão à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (ONU), surgiu a necessidade de que os países signatários finalmente incluíssem como políticas públicas e adotassem em seus diplomas jurídicos medidas sérias, amplas e eficazes com o escopo na promoção e desenvolvimento de tecnologias legais necessárias para a prevenção, a verificação, a erradicação e a punição de atos de corrupção[1].

Verificada a corrupção como um problema capaz de comprometer as estruturas basilares de um governo, países engrenaram esforços para combatê-la. Em virtude da crescente globalização da economia, esses esforços necessariamente transcenderam a esfera nacional de cada Estado, envolvendo todos aqueles que possuem relações mútuas, sejam econômicas ou diplomáticas[2].

Com esse objetivo, o país passou a reunir esforços na construção de uma espécie de *sistema nacional contra a corrupção* através da reunião de uma série de legislações que, de uma forma ou de outra, tinham por objetivo a

1. Disponível em: [www.transparency.org/regional_pages/americas/convenciones/convencoes_anticorrupcao_nas_americas/onu]. Acesso em: 14.04.2014.

2. "Fazer vistas grossas ao que se passa fora de suas fronteiras, atitude imbuída do mais puro espírito hobbesiano, não é mais possível. Exige-se uma postura proativa face à corrupção ocorrida no exterior e seus impactos sobre o território nacional. Afinal, a inação pode trazer efeitos deletérios àqueles Estados que forem passivos". (PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. *In*: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva. *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro. Elsevier, 2013, p. 22).

prevenção, o combate ou a erradicação dessas práticas. Como exemplos, temos a Lei 10.467/02, que tipificou a corrupção transnacional (corrupção ativa em transação comercial internacional e tráfico de influência em transação comercial internacional); a Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/98), recentemente alterada pela Lei 12.683/2012; a Lei Complementar de Responsabilização Fiscal (Lei Complementar 101/2000); a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010); a Lei da Transparência Pública (Lei 12.527/2011); a Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011); e a Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). Mais recentemente, e em especial, a promulgação da Lei 12.846/2013, a qual veio a ser denominada Lei Anticorrupção e principal baluarte legislativo ao combate de corrupção e suborno em território brasileiro.

Outras medidas ainda seguem tramitando no âmbito legislativo para o cumprimento de compromissos assumidos internacionalmente. O projeto de reforma do Código Penal (PLS 236/2012) pretende, em seu bojo, criminalizar a corrupção no setor privado, cuja redação busca atribuir pena de um a quatro anos a quem:

> (...) exigir, solicitar, aceitar ou receber vantagem indevida, como representante de empresa ou instituição privada, para favorecer a si ou a terceiros, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de vantagem indevida para favorecer a si ou a terceiro, a fim de realizar ou omitir ato inerente a suas atribuições[3].

Por conta de fatores dentre os quais se destacam os políticos, culturais e sociais, a corrupção entre entes privados já vem sendo tipificada em grande parte dos sistemas penais da comunidade internacional, e cada vez mais ganha repercussão no controle a esse tipo de fenômeno. Na Europa, há algum tempo houve a preocupação em estabelecer conceitos distintos e harmonizados das formas de corrupção e suas respectivas sanções, daí advindo a criminalização da conduta no setor privado, antes restrita à ocorrência exclusivamente no âmbito do Poder Público.

3. Corrupção entre particulares.
Art. 167. Exigir, solicitar, aceitar ou receber vantagem indevida, como representante de empresa ou instituição privada, para favorecer a si ou a terceiros, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de vantagem indevida, a fim de realizar ou omitir ato inerente às suas atribuições: Pena – prisão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem oferece, promete, entrega ou paga, direta ou indiretamente, ao representante da empresa ou instituição privada, vantagem indevida.

Desde 1998, o Conselho da União Europeia indicou que fossem adotadas ações comuns para o combate à corrupção no setor privado, inclusive determinando pena privativa de liberdade para os casos considerados de maior gravidade. É nesse momento que os governos dos Estados-membros da União Europeia despertam os seus interesses para o fenômeno da corrupção privada, que antes sequer entrava na pauta das discussões político-criminais travadas no Velho Continente.

A Ação Comum 98/742/JAI da União Europeia, baseada no art. K. 3, § 2º, *b*, do Tratado de Maastricht, é o primeiro texto supranacional que indica o direcionamento comunitário na tutela dos atos de corrupção ocorridos em âmbito privado, declaradamente apontando especial preocupação – já nesse primeiro momento – com a livre-concorrência e o regular funcionamento e liberdade de mercado[4]. A Convenção de Estrasburgo (Convenção Penal contra a Corrupção do Conselho da Europa), subscrita em janeiro de 1999, que preambularmente reconhecia os riscos gerados à democracia, aos direitos humanos, à eficiência governamental e à justiça social, ao normal desenvolvimento da economia e dos mercados, também objetivou a promoção da repressão aos comportamentos corruptos ocorridos em todos os âmbitos, e expressamente se ocupou do tema referente à corrupção privada.

Ao justificar o entendimento pelo qual julgava necessária a tipificação da conduta, o texto invocava três especiais razões para sua criminalização. A uma, porque a conduta de corrupção realizada na esfera privada atenta para valores caros à sociedade, tais como a verdade, a confiança e a lealdade, os quais são essenciais à manutenção e ao desenvolvimento das relações sociais e econômicas. A duas, porque a criminalização da corrupção privada seria meio necessário para se impor respeito em uma justa competição. E, a três, porque os processos desenvolvidos em âmbito privado geram reflexos flagrantes nos serviços públicos essenciais[5].

4. GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa Gontijo. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo. LiberArs. 2016, p. 54-55.

5. Conforme Foffani, "la ratio de la instancia de criminalización hecha propia por el legislador europeo consiste en la convinción que en ambos sectores (tanto en el público como en el privado) la corrupción 'constituye una amenaza para el Estado de Derecho, al tiempo que distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido'. Esta aproximación político-criminal encuentra una significativa eco también en las reflexiones de la doctrina mas atenta a la evolución del fenomeno de la corrupción: observa por ejemplo en un reciente escrito Gabrio Forti que 'la colocación del fenomeno en el

A criminalização da conduta objetivaria a tutela de interesses individuais e coletivos, além de expor pela primeira vez a necessidade de tutela penal daqueles atos com desvio de poder praticados por pessoas físicas ou jurídicas que não atuassem com finalidade de obtenção de lucro comercial[6], identificando nos domínios das atividades empresariais privadas um terreno fértil para a ocorrência dessa espécie de fraude[7].

Entretanto, pelo fato de a União Europeia não possuir competência para legislar sobre matéria penal e em razão do caráter vinculante das Ações Comuns do Conselho, caberia a cada um dos Estados-membros apresentar propostas legislativas para a modificação de suas legislações internas (Código Penal) e consequente aplicação do que havia sido decidido em âmbito comum europeu[8].

Como poucos Estados atenderam ao comando criminalizador da conduta sugerida pela Convenção de Estrasburgo, é somente a partir da Decisão Marco 2003/568/JAI do Conselho da União Europeia – que impôs mandados

---

nivel mas alto de la relación entre Economia y Política confiere a las dimensiones y a la natura del daño producido por estos hechos una portata muy superior a la que afecta al buen andamiento y a la imparcialidad de la administración pública, extendida ya a la integridad de la economia nacional, a las reglas de la competencia y al mismo funcionamiento de las instituciones democráticas. Esta dañosidad deriva de la caracteristica difusiva y 'replicante' de la corrupción, que determina una estimulación reciproca de la domanda y de la oferta de sobornos, con el resultado final de una salida dal sistema de los honestos'" (FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT, v. 17, n. 81, nov.-dez. 2009, p. 51).

6. GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 60-61.
7. Foi Sutherland quem primeiramente identificou que a prática de crimes poderia ocorrer em todas as camadas sociais, independentemente de classe ou condição social, e que existiam, sim, práticas ilícitas ocorrendo no ambiente empresarial, os chamados crimes de colarinho branco. Atribuiu o cometimento de delitos a todas as classes da sociedade, pois esclareceu que a conduta desviada não pode ser imputada apenas às disfunções ou à inadaptação dos sujeitos de classe baixa, senão a um processo de aprendizagem efetiva dos valores criminais, o que pode se suceder com qualquer cultura e em qualquer classe (cf. SUTHERLAND, Edwin H. *Crimes de colarinho branco*. Rio de Janeiro: Editora Revan. Instituto Carioca de Criminologia, 2015).
8. FARALDO CABANA, Patrícia. Hacia un delito de corrupción en el sector privado. *Estudios Penales y Criminológicos*. XXII, 2002. Cursos e Congressos da Universidade de Santiago de Compostela, p. 66-67.

de criminalização[9] aos Estados-membros e declarou ser a corrupção privada um crime em todos os seus países-membros –, que passaram gradualmente os Códigos Penais dessas nações a sofrer modificações para criminalizar a conduta reprimida pelo órgão comunitário.

De forma declarada, o texto também se posiciona em favor da criação de tipos penais voltados à salvaguarda de direitos supraindividuais passíveis de ser atingidos pela prática de atos de desvio de poder praticados em âmbito privado. O art. 2º, § 3º, da Decisão Marco 2003/568/JAI esclarece que o objetivo da criação desses tipos penais é justamente a salvaguarda de todas aquelas situações relacionadas a aquisições de bens ou serviços que possam criar impactos e distorções na concorrência, ainda que afetem outros bens jurídicos carentes de tutela penal, como o patrimônio. A criminalização de atos de corrupção entre particulares é consequência da remodelação da política criminal mundial em torno das políticas de erradicação, combate e punição de atos de corrupção *latu sensu*, a qual está presente em inúmeros instrumentos quem vêm sendo pactuados pelas comunidades internacionais[10].

9. Acerca da compreensão completa do que determinam os mandados de criminalização, essencial a leitura em Feldens, o qual considera "que em uma sociedade que se pretende organizar à base de decisões políticas contidas na Constituição, o sentido do sistema penal não pode derivar-se tão-somente da função que realmente cumpre, senão da função que 'deve cumprir' conforme as decisões políticas fundamentais. A relevância penal da constituição deriva que esta comporta uma nova ideia de Homem e Sociedade e um conjunto de princípios normativos de caráter geral que dotam de sentidos as ações dos poderes públicos e, em consequência, a ação de proibir condutas, definir delitos e estabelecer penas.
De tal sorte, se por um lado as bases legitimadoras da penalização hão de estabelecer-se a partir dessa vinculação entre o bem jurídico tutelado e sua referência (expressa ou implícita) à ordem constitucional de direitos e deveres fundamentais, por outro, situações existem que a proeminência do bem-jurídico constitucional exigirá, pelo menos quando diante de ataques mais repulsivos, a proteção por meio de normas penais. São as duas faces de uma mesma relação" (FELDENS, Luciano. *A Constituição penal*: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 70). Ainda sobre a dignificação penal de bens jurídicos transindividuais de feição constitucional, *vide* FELDENS, Luciano. Constituição e direito penal: o legislador entre a proibição, a legitimidade e a obrigação de penalizar. *In*: SCHMIDT. Andrei Zenker. *Novos rumos do direito penal contemporâneo*: livro em homenagem ao Prof. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 375-400.

10. PRADO, Luiz Regis; ROSSETTO, Patricia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT, v. 23, n. 114, maio-jun. 2015, p. 54.

Entretanto, adverte Gontijo que a tentativa de proteção dos comportamentos atentatórios à concorrência conforme a redação conferida ao art. 2º da Decisão Marco 2003/568/JAI é inócua, na medida em que identifica celeumas os quais "defluem de disparidades entre os anseios de proteção da concorrência, (…), e os elementos típicos que caracterizam a corrupção no setor privado, delineados no art. 2º".

Pela redação do delito tipificado no texto comunitário, é indispensável à ocorrência do ilícito que as vantagens indevidas sejam prometidas, dadas ou oferecidas, com a finalidade específica de que os seus destinatários, no exercício de suas atribuições no setor privado, atuem em desacordo e desconformidade com as obrigações que lhe são inerentes[11]. Atos de corrupção privada seriam as ações ou omissões praticadas por funcionários de uma corporação que, em manifesta afronta ao sistema normativo a que estão vinculados, obtêm, de forma concreta ou por promessa, benefícios indevidos para si ou para terceiros.

O conceito de corrupção enraizado na norma comunitária está vinculado ao de sistema normativo amplamente considerado, admitindo que tais práticas podem ocorrer tanto na esfera pública como na esfera privada[12], as quais igual-

11. GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 64-66.

12. "De modo geral, a noção de corrupção se relaciona a comportamentos ilícitos praticados no exercício da função pública, mas, sob um prisma mais amplo, pode abarcar também condutas realizadas no âmbito privado. Como bem se disserta, 'para el Derecho sería corrupta toda acción de un sujeto público o privado que incumpla las normas jurídicas y viole obligaciones del cargo, con abuso de posición y finalidad de obtener benefícios privados personales o para un grupo del que forma parte el corrupto. Esta corrupción, en consecuencia, puede ser pública o privada. Para esta distinción, segue o autor, la clave está en el sujeto que actúa y en calidad de qué actúa. En suma, en la corrupción pública se trata de acciones u omisiones vinculadas con el abuso de cargo público y con el incumplimiento de normas jurídicas por parte de las personas con responsabilidades públicas. En la corrupción privada se trataría de acciones u omisiones vinculadas a un abuso de posición en el entorno de organizaciones privadas, con incumplimiento de las normas jurídicas que regulan los deberes del agente frente al principal. Pero en ambos casos con la finalidad de beneficiarse directa o indirectamente gracias a ese abuso'.
(…)
O conceito de corrupção, portanto, está vinculado ao de sistema normativo, amplamente considerado. 'Não é possível falar de corrupção sem fazer referência simultaneamente ao marco normativo dentro do qual se produz o ato ou a atividade qualificada como corrupta'. Por sistema normativo de referência se entende 'todo conjunto de regras que – em cada caso concreto – regulam uma prática social. Nesse sentido, se pode referir, por exemplo, a sistemas normativos religiosos, jurídicos,

mente causam reflexos sociais e na livre-concorrência. A concepção ampla da ação corrupta, sob essa perspectiva do Direito retratada por Villoria Mendieta, aplica-se tanto ao abuso do cargo público como em relação ao abuso de posição dentro de uma organização privada, e parte da ideia geral do não cumprimento de normas jurídicas e da violação de obrigações inerentes ao exercício de um cargo ou função, valendo-se o sujeito do abuso de sua posição com o objetivo de auferir benefícios em proveito próprio ou a um grupo de pessoas do qual faça parte[13]. No mesmo sentido, Fazzio Jr. procura ampliar o limitado conceito atribuído à corrupção, estabelecendo-a como ato de desvio de poder, desvio de finalidade ou desvio de competência, expressões que aludem à conduta daquele que o utiliza em desconformidade ao ordenamento jurídico, para atender fins outros aos que o fundamentam[14].

---

políticos, econômicos, desportivos etc.'. O comportamento, ademais, deve implicar a transgressão desse sistema normativo por parte de quem se encontra a ele vinculado, seja mediante a violação de um dever ou o abuso de um poder e com indiferença de se esse agente atua ou não em conjunto com outras pessoas. Por fim, é necessário que o agente atue com a finalidade de obter benefícios indevidos, significa dizer, visando à percepção de vantagens que extrapolam aquelas que estão previstas no sistema normativo de referência como contraprestação lícita pelo exercício de um determinado complexo de atribuições, sejam públicas ou privadas.

Esse conceito amplo de corrupção tem a virtualidade de identificar que espécie de comportamentos pode ser qualificada como corrupta, com independência de, por um lado, se tais condutas são praticadas na esfera pública ou privada e, por outro, se o comportamento corresponde ou não a uma figura delitiva.

Dessa forma, para que seja legítima a intervenção penal deve o legislador limitar o âmbito do jurídico-penalmente relevante, ou seja, dentro do universo de condutas abarcadas por esse conceito é necessário selecionar aquelas que supõem ataques intoleráveis a interesses previamente considerados imprescindíveis à convivência social e aos quais os demais setores do sistema normativo não podem oferecer uma resposta mais eficaz e menos gravosa.

Atualmente, as condutas associadas ao fenômeno corrupção sobre as que incidem juízos desvalorativos de índole penal são classificadas considerando-se a qualidade do sujeito e o sistema normativo ao que se encontra vinculado. A partir desses critérios, a doutrina especializada e as organizações internacionais que se ocupam do tema, defendem que o vocábulo corrupção se trata de um gênero que abriga duas espécies: a corrupção pública e a corrupção privada" (PRADO, Luiz Regis; ROSSETTO, Patricia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT, v. 23, n. 114, maio-jun. 2015, p. 52).

13. VILLORIA MENDIETA, Manuel. *La corrupción política*. Madrid: Editorial Síntesis, 2006, p. 29.

14. "Resumindo, o desvio de poder é uma deformação concreta de um poder abstrato, consistente na busca de uma finalidade estranha àquela que o legitima. Revela uma

No âmbito empresarial, na concepção de Reale Júnior, representa o dever de lealdade e de confiança que devem pautar as relações de trabalho para fins de salvaguardar o senso de sociedade e justiça. A mitigação desses valores por parte do empregado frente à empresa em que trabalha se traduz na "abertura de uma porta para a prevalência do aproveitamento, da banalização da correção em face da obtenção do sucesso financeiro a qualquer custo", o que justifica a criminalização da corrupção entre particulares como meio de tutela da confiança e lealdade, essenciais ao normal andamento das atividades corporativas[15].

Por outro lado, Corcoy Bidasolo considera que a tutela do mercado por intermédio do Direito Penal é relativamente recente. A partir de uma concepção liberal de mercado e da economia, sustenta ser através da plena liberdade e autonomia de vontade das partes que os entes privados estabelecem pactos que, creem, melhor se acomodam as suas necessidades. Nesse sentido, adota um discurso de fragmentariedade do Direito Penal para a tutela penal de interesses da classe empresarial, na medida em que o cumprimento dos contratos

---

desconformidade entre a natureza do ato praticado e a natureza da finalidade perseguida. O poder/dever, originariamente vocacionado à determinado escopo legal, descaracteriza-se pela busca concreta de outro, de interesse social ou não, com dolo ou sem dolo" (FAZZIO JR., Waldo. *Por um conceito de corrupção pública em sentido amplo*. Disponível em: [www.ibccrim.org.br]. Acesso em: 07.05.2017).

15. "A corrupção, que infelizmente passou a ser tema constante dos noticiários e conversas de um povo perplexo, não ocorre, todavia, apenas no setor público mas também no âmbito privado. No mundo globalizado de hoje, em que o sucesso é simplesmente traduzido pelo poder financeiro, no qual se esgarçam as relações sociais em um individualismo acendrado, que compromete a consideração ao outro, a honradez e a honestidade deixam de ser valores básicos indiscutíveis. Todavia, a lealdade e a confiança, nas relações de trabalho e econômicas, apresentam-se como fundamentais para a salvaguarda da sociedade e da Justiça.
A vida das pessoas desenvolve-se, primordialmente, no exercício profissional. É na empresa que as pessoas se formam, se realizam, se relacionam. É a empresa na qual se trabalha, como empregado ou dirigente, o meio em que os valores positivos devem ser cotidianamente respeitados, fazendo-se da honestidade e da lealdade um vetor definidor de agir concreto e não um distante e abstrato ideal de comportamento.
Minimizando o valor da lealdade frente a empresa que se trabalha, aberta está a porta para a prevalência do aproveitamento, da banalização da correção em face de obtenção do sucesso financeiro a qualquer custo. É essencial nos dias atuais, da busca desenfreada de sucesso econômico, a reafirmação dos valores da honestidade de comportamento" (REALE JÚNIOR. Miguel. *Discurso sobre o Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 122-123).

livremente entabulados entre as partes poderia ser tranquilamente resolvido por intermédio do Direito Empresarial ou do Direito Administrativo.

Seguindo essa linha, para que se repute como legítima a intervenção penal na corrupção entre particulares, caberia ao legislador limitar o âmbito do jurídico-penalmente relevante, de modo a selecionar apenas aquelas condutas que ataquem bens reputados como imprescindíveis à convivência social e aos quais os demais setores do sistema normativo não possam oferecer uma resposta mais eficaz e menos gravosa[16].

A partir da concepção de Estado como provedor do bem-estar social, o Direito passa a se valer de políticas intervencionistas, já que "nos encontramos em un momento de avance inparable de ideologias de corte neoliberal y dominados por los 'mercados', discutiendo se la legitimidad de la intervención penal en la protección de estos intereses"[17]. Trata-se, portanto, de mais um fenômeno potencializado pela crescente globalização e pelo desmoronamento das fronteiras, que põe o capital, o mercado, o comércio e a corrupção em evidência[18], a ponto de passar a receber, cada vez com maior frequência, a interferência da tutela penal. Atos privados de corrupção, assim como os realizados na seara pública e já criminalizados há muito mais tempo, também teriam a capacidade de ameaçar significativamente o desenvolvimento econômico de uma nação, já que igualmente interferem no regular comércio e em suas relações.

Quanto ao paradigma adotado ou ao quadro referencial teórico, registra-se a importância de Müller e sua teoria estruturante do Direito, que parte da diferença entre o texto e a norma jurídica, evidenciando a existência de elementos "normativos" e "empíricos" no âmbito da aplicação e fundamentação do direito[19].

---

16. Sobre o princípio da ofensividade em Direito Penal, *vide* COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000; D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

17. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Algunas cuestiones politico-criminales sobre la corrupcion privada. Limites e eficacia de los *compliance*. *In*: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MARTÍN, Victor Gómez. *Responsabilidad de la empresa y compliance*: programas de prevención, detección y reacción penal. Montevideo/Buenos Aires: Editorial IBdF, 2014, p. 161-162.

18. Sobre as relações estabelecidas entre capital e corrupção, *vide* MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadaveres adiados*. São Paulo: Atlas, 2013.

19. "(...) o teor literal expressa o 'programa da norma', a 'ordem jurídica' tradicionalmente assim compreendida. Pertence adicionalmente à norma, em nível hierárquico igual,

Concretizar não significa um processo de subsunção lógica, mas, sim, "*produzir* diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito"[20]. A norma é composta do programa da norma ou a "ordem jurídica" e o âmbito normativo, isto é, o recorte da realidade social que consolida a normatividade, devendo ser tratado como "parte integrante da norma devido à validade normativa"[21]. Em suma, concretização da norma é "construção da norma"[22]. Como afirma Grau, o texto normativo é alográfico, razão pela qual ele não se completa no sentido impresso pelo legislador, de modo que a produção do sentido normativo é conferida pelo intérprete, abrangendo textos, realidades e fatos, em uma "mediação entre o *caráter geral do texto normativo e a sua aplicação particular*. Opera sua *inserção na vida*"[23].

A atividade do hermeneuta é fundamental no processo de construção da norma de decisão jurídico-penal, para além do raciocínio de subsunção,

---

o âmbito da norma (ou domínio da norma), i. é, o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma 'escolheu' para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação (com amplamente no caso de prescrições referentes à forma e questões similares). (...) No direito constitucional evidencia-se com especial nitidez que uma norma jurídica não é um 'juízo hipotético' isolável diante do seu âmbito de regulamentação, nenhuma forma colocada com autoridade por cima da realidade, mas uma inferência classificadora e ordenadora a partir da estrutura material do próprio âmbito social regulamentado. Correspondentemente, elementos 'normativos' e 'empíricos' do nexo de aplicação e fundamentação do direito, que decide o caso no processo da aplicação prática do direito, provam ser multiplamente interdependentes e com isso produtores de um efeito normativo de nível hierárquico igual. No âmbito do processo efetivo da concretização prática do direito, 'direito' e 'realidade' não são grandezas que subsistem autonomamente por si. A ordem e o que por ela foi ordenado são momentos da concretização da norma, em princípio eficazes no mesmo grau hierárquico, podendo ser distinguidos apenas em termos relativos" (MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 58-59).

20. MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. Trad. Dimitri Dimoulis *et al*. São Paulo: Revista dos Tribnais, 2008, p. 150.
21. MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 228.
22. MÜLLER, Friedrich. *Op. cit.*, p. 231.
23. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 37.

sobretudo porque a corrupção é um problema de direitos fundamentais, de maneira que, da sua dignidade penal, decorre um autêntico imperativo de tutela, tanto na esfera pública quanto no âmbito das relações entre particulares.

2. A polêmica questão do bem jurídico tutelado na corrupção entre particulares

Até o surgimento das orientações internacionais, a criminalização da corrupção vinha historicamente sendo analisada como uma conduta que lesava primordialmente a Administração Pública, sua probidade, moralidade, além da respeitabilidade de seus funcionários[24]. Somente a partir do início deste século o tema da corrupção ocorrida em seio privado veio à tona na Europa, causando divergências que orbitam principalmente em torno de qual o bem jurídico que a norma penal busca de fato tutelar e questionando a legitimidade, efetividade e necessidade da intervenção penal[25].

É sintomática a mutação da corrupção como patologia do sistema público governamental para a prática de condutas que deformam os mecanismos privados de funcionamento da economia e a transparência do processo decisório, havendo, pois, uma face privada da corrupção, o que abre a possibilidade de criminalização do aludido fenômeno nas relações entre particulares[26].

Nieto Martin observa que a definição singular proposta ao delito de corrupção privada pela Ação Comum promovia consequências que apontavam para a relevância de tutela penal, mas que, em contrapartida, também indicavam a possibilidade de intervenção de outras esferas do direito para sua efetiva tutela, como do direito concorrencial ou do direito trabalhista, sem a necessidade de lançar mão da sua criminalização. Segundo o relatório do Max Planck Institüt

24. Nesse sentido, *vide* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, 5*: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 75-78 e 206-207.

25. "La creación de este nuevo delito ha sido aplaudida por un sector de la doctrina favorable a sancionar penalmente las conductas de corrupción entre particulares. Pero también ha recebido las criticas de otro sector que, básicamente desde una perspectiva político-criminal, valora negativamente la inriminación de la corrupción privada en el Código Penal por diversas razones." BOLEA BARDON, Carolina. El delito de corrupción privada: bien jurídico, estructura típica e intervenientes. *Revista para Análisis de Derecho*. Barcelona, 2013. Disponível em: [www.indiret.com/pdf/966_c.pdf]. Acesso em: 01.04.2017.

26. LOPES, José Mouraz. *O espectro da corrupção*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 50.

sobre a corrupção, até quatro diferentes perspectivas poderiam orientar a análise do fenômeno: sob a ótica das relações promovidas na esfera trabalhista; sob a perspectiva da tutela da livre-concorrência; sob as implicações penais do processo de privatização dos processo de administração; e, finalmente, sob a análise da lesão ao patrimônio da empresa gerado pelo ato de corrupção privada[27]. Como adverte Foffani, no momento da concretização desse conceito político-criminal que permitiria a intervenção penal no campo privado das atividades econômicas, os modelos adotados pelos países europeus foram os mais diversos[28].

Na primeira abordagem, que corresponde aos modelos adotados na França e na Holanda, a corrupção privada é enxergada por uma perspectiva laboral, como uma medida atentatória aos princípios da lealdade e boa-fé que regem as relações trabalhistas. Aqui, o objeto de proteção da norma penal deriva do dever de fidelidade que se estabelece na relação entre empregador e empregado, buscando coibir por intermédio da sanção penal a atitude do empregado que, abusando da confiança que lhe é dispensada pelo empregador, viola as regras de trabalho inerentes a essa relação[29]. O bem jurídico reveste-se em uma

27. MARTIN, Adán Nieto. A corrupção no setor privado. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 8, n. 176, 29.12.2003. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/4608/a-corrupcao-no-setor-privado]. Acesso em: 29.04.2017.

28. "Pero, a la hora de concretar este concepto político-criminal de intervención en la actividad económica privada, los modelos seguidos en cada país son extremadamente varios y heterogéneos: van desde un modelo radical y omnicomprensivo de corrupción como delito común, que hace desaparecer cualquier diferencia de regulación entre sujetos públicos y privados (Suecia), a un modelo de cuño ius-laboral en el que el desvalor de la corrupción privada reside en la violación de las reglas de la relación de trabajo sobordinado (Francia); a un modelo orientado a la protección de la competencia, que ve en la corrupción un factor de alteración en la lealtad de la competencia económica (Alemania); a un modelo finalmente de tipo patrimonialista, que castiga la corrupción privada como lesión de la relación de lealtad patrimonial entre mandatario y mandante (Austria)" (FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT, v. 17, n. 81, nov.-dez. 2009, p. 50).

29. Ressaltam Prado e Rossetto que "a adoção desse modelo acarreta algumas consequências na delimitação do conteúdo do injusto e na conformação do tipo penal. A primeira e mais importante delas diz respeito ao fato de que o legislador não logra conferir um conteúdo material à órbita de proteção da norma penal e acaba por identificar o delito de corrupção privada a uma mera infração de deveres de lealdade e fidelidade, em flagrante ofensa ao princípio de lesividade e exclusiva proteção de bens jurídicos, diretivas estas tão caras à tradição jurídico-penal ocidental. A segunda se refere à

natureza estritamente privada e, portanto, disponível – o que significa dizer que eventual tolerância do empregador à prática corruptiva exclui a relevância penal da ação.[30]

Igual entendimento, ainda segundo Nieto Martin, também seria compartilhado no Reino Unido, que, a partir do seu primeiro diploma anticorrupção – o *Prevention of Corruption Act*, de 1903 – equipara o suborno ocorrido na esfera privada àqueles ocorridos na seara pública, traduzindo-se em um desrespeito do funcionário ao seu superior, independentemente do âmbito de ocorrência[31].

Já na Alemanha e na Espanha, a aproximação proposta é a de que, em consonância com o texto europeu, o bem jurídico protegido na corrupção privada é a tutela da livre-concorrência, situando-se o dever funcional do empregado como uma obrigação imposta pelos princípios que atentam para o regular desenvolvimento do mercado e a atuação de seus agentes econômicos. Nessa perspectiva, que se conforma integralmente à Ação Comum e à proposta de

---

legitimidade ativa para a realização do delito, uma vez que apenas os empregados podem ser considerados sujeitos ativos, jamais o empregador. A terceira consiste no fato de que o consentimento do empregador em relação à conduta praticada pelo empregado possui relevância jurídico-penal, configurando causa de exclusão da tipicidade quando a falta de consentimento constituir elemento normativo do tipo ou causa de exclusão da ilicitude nos demais casos, pois se o empregador admite ou tolera que seus empregados recebam gratificações e subornos no exercício de suas atribuições não há que se falar em má-fé, deslealdade e abuso de confiança" (PRADO, Luiz Regis; ROSSETTO, Patricia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT, v. 23, n. 114, maio-jun. 2015, p. 53).

30. FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT, v. 17, n. 81, nov.-dez. 2009, p. 53.

31. "Esse primeiro modelo acarreta fundamentalmente três consequências na conformação dos tipos penais. De um lado, sujeitos ativos somente são os 'empregados', mas não logicamente os empregadores; sob outro aspecto, o consentimento do empresário supõe a atipicidade do comportamento, pois onde se admite ou tolera as gratificações, subornos não se pode falar de deslealdade. E finalmente, ao se situar a infração do dever funcional que está intrínseca em todo ato de corrupção na relação genérica de lealdade entre empresários e trabalhador, o ato a cumprir é definido em termos extraordinariamente amplos: '*pour accomplir ou sábstenir dáccomplir un acte de sa fonction ou facilite par sa fonction*'" (MARTIN, Adán Nieto. A corrupção no setor privado. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 8, n. 176, 29.12.2003. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/4608/a-corrupcao-no-setor-privado]. Acesso em: 29.04.2017).

Eurodelitos formulada por Tiedemann[32], a tipicidade objetiva exige que a conduta praticada pelo agente afete o fornecimento de mercadorias ou prestações de serviços que se originam por um defeito na concorrência[33].

No caso português, a criminalização da corrupção no setor privado foi efetuada, em uma primeira fase, mediante a inserção dos tipos criminais na esfera do regime jurídico das infrações econômicas, posteriormente revogados e substituídos por tipos penais, estabelecendo a responsabilidade penal por crimes de corrupção internacional e na atividade privada[34].

---

32. "En la misma dirección se pone hoy el proyecto de harmonización del Derecho penal económico en la Union Europea (el llamado proyecto 'Eurodelitos') elaborado por un grupo de investigadores europeos coordinado por el prof. Tiedemann; proyecto al cual he tenido personalmente el honor de partecipar activamente. El art. 36 de este proyecto prevee la tipificación de un delito de 'coecho activo y pasivo en el tráfico económico', con el cual se castigaria 'quien por sí sólo o mediante persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a los empleados o encargados de una empresa comercial, en el tráfico económico, una ventaja indebida para sí mismo o para un tercero como contraprestación para que le favorezca a él o un tercero, frente a otros en la adquisición de mercancias o servicios profesionales que se prestan en un régimen de competencia'; y ugualmente el proyecto prevee que 'con la misma pena será sancionada el empleado o encargado de una empresa comercial que, en el tráfico económico, por sí solo o mediante persona interpuesta, reciba, solicite o acepte la promesa de obtener una ventaja indebida para sí mismo o para un tercero con el fin de favorecerle frente a otros en la adquisición de mercancias o servicios profesionales'" (FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 17, n. 81, p. 50., nov./dez. 2009).

33. MARTIN, Adán Nieto. A corrupção no setor privado. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 8, n. 176, 29.12.2003. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/4608/a-corrupcao-no-setor-privado]. Acesso em: 29.04.2017).

34. LOPES, José Mouraz. *O espectro da corrupção*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 54. Sobre a dimensão internacional do diploma em questão, anota o autor que, em uma época de "economias globalizadas e fortemente concorrenciais, deve entender-se como constituindo um sinal inequívoco da tutela dessa transnacionalidade econômica, a tipificação normativa do crime decorrente da referida lei". *Ibidem*, p. 55.
A Lei 30/2015 alterou em parte a Lei 20/2008, como se vê dos seguintes dispositivos legais:
"Artigo 8º (...) 1 – O trabalhador do sector privado que, por si ou, mediante o seu consentimento ou ratificação, por interposta pessoa, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para um qualquer ato ou omissão que constitua uma violação dos seus deveres funcionais é punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias. 2 – Se o ato ou omissão previsto no número anterior for idóneo a causar uma distorção da concorrência ou um prejuízo patrimonial para terceiros, o agente

Entre nós, o âmbito da concorrência desleal contempla tipos penais similares à definição da corrupção privada no contexto europeu, classificados como infrações penais de menor potencial ofensivo, com pena máxima não superior a dois anos, situação que não é compatível com a proporcionalidade e a proibição da proteção insuficiente dos direitos fundamentais[35].

Para os organismos internacionais, a prática de suborno para a obtenção de vantagens comerciais – seja em qualquer âmbito – é atitude desleal e causa desequilíbrios atingindo a livre-concorrência de mercado[36], sendo, por esse motivo, conduta a ser reprimida em todas as partes do mundo[37]. A criminalização passa pela convicção de que a corrupção privada ou comercial compromete os princípios da abertura e da liberdade de mercados, assim como causa injustificado desequilíbrio na concorrência e no enfraquecimento das atividades

---

é punido com pena de prisão de um a oito anos. Artigo 9º (...) 1 – Quem por si ou, mediante o seu consentimento ou ratificação, por interposta pessoa der ou prometer a pessoa prevista no artigo anterior, ou a terceiro com conhecimento daquela, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que lhe não seja devida, para prosseguir o fim aí indicado é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa. 2 – Se a conduta prevista no número anterior visar obter ou for idónea a causar uma distorção da concorrência ou um prejuízo patrimonial para terceiros, o agente é punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias. 3 – A tentativa é punível."

35. Lei 9.279/96 – Artigo 195 Comete crime de concorrência desleal quem: (...) IX – dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem; X – recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador (...). Pena: detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

36. "O princípio da livre concorrência está previsto no artigo 170, inciso IV da Constituição Federal e baseia-se no pressuposto de que a concorrência não pode ser restringida por agentes econômicos com poder de mercado.
Em um mercado em que há concorrência entre os produtores de um bem ou serviço, os preços praticados tendem a manter-se nos menores níveis possíveis e as empresas precisam buscar constantemente formas de se tornarem mais eficientes para que possam aumentar os seus lucros.
À medida que tais ganhos de eficiência são conquistados e difundidos entre os produtores, ocorre uma readequação dos preços, que beneficia o consumidor. Assim, a livre concorrência garante, de um lado, os menores preços para os consumidores e, de outro, o estímulo à criatividade e à inovação das empresas."
Disponível em: [www.cade.gov.br/Default.aspx?9d9061a878ad42c154e172c599bf]. Acesso em: 28.02.2016.

37. BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Navarra: Aranzadi, 2011, p. 154-155.

comerciais[38], traduzindo-se em quaisquer ações que possam ao menos supor uma distorção concorrencial no âmbito do mercado comum e que venham a causar prejuízos a terceiros devido à execução do contrato[39]. O objeto de proteção da norma incriminadora é o interesse comum na livre-concorrência.

Foffani, inclusive, ressalta que a orientação da norma destina-se a intervir sobre o *pactum sceleris* entre os sujeitos praticantes da conduta, e que as ações devem ser dirigidas a causar distorções na concorrência, o que, necessariamente, integra um tráfico econômico na ação. O interesse do legislador (no caso, o alemão) voltou-se, inclusive, para a tutela das condutas realizadas em detrimento da concorrência no mercado externo[40].

Para Bacigalupo, "la legitimidad de la protección de la competencia es deducida de las funciones económicas y político-sociales de la misma, concebida como medio para garantizar la liberta, el bienestar y la justicia en una economía de mercado". Exalta que, na Espanha, os interesses patrimoniais estão suficientemente tutelados pela tipificação da administração desleal em separado dos demais crimes, o que deixou estampada a pouca clareza do legislador sob o objeto jurídico de sua proteção, na medida em que o tipo penal poderia ter sido geograficamente incluído na seção anterior, quando das disposições relativas aos crimes contra o mercado de consumidores[41].

---

38. FERREIRA, Renata Rodrigues de Abreu. *Corrupção no setor privado*: uma questão de bem jurídico. Disponível em: [www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=193#_ftn98]. Acesso em: 01.04.2017.

39. FARALDO CABANA, Patrícia. *Hacia um delito de corrupción en el sector privado*. Estudios Penales y Criminológicos. XXII, 2002. Cursos e Congressos da Universidade de Santiago de Compostela, p. 69-70.

40. "El perfil económico del delito y su orientación especifica a la proteccion de la competencia ha sido accentuado por el legislador de 1997, que ha precisado que el pactum sceleris entre los dos sujetos tiene que integrarse necesariamente 'en el trafico económico' (im geschäftlichen Verkehr) y la conducta del corructor tiene que ser ademas realizada 'a fines de competencia' (zu Zwecken des Wettbewerbs). En consideración de la actual tendencia a la globalización de los mercados, en fin, el legislador aleman ha querido expresamente extender el marco de la intervención penal a las conductas que se realizen 'en la competencia exterior' (im ausländischen Wettbewerb)" (FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT, v. 17, n. 81, nov.-dez. 2009, p. 52).

41. "El interés del titular del patrimonio administrado está suficientemente protegido por el delito de administración desleal, en tanto la disposición de dinero o bienes del administrado para sobornar o la venta o contratación de servicio a menor precio para

Esse também é o posicionamento de Faraldo Cabana, para quem a criminalização visa a tutelar um "bien jurídico individual de contenido económico, pero con la particularidad de que su tutela se orienta a la protección de un bien jurídico mediato supraindividual, la competencia leal, que es lesionado ya al ponerse en peligro abstracto el bien jurídico individual". Sustenta que a corrupção comercial causa uma interferência intolerável na atividade competitiva de mercado, pois é necessário que a concorrência se desenvolva de forma livre e com base em princípios orientados pelo esforço e pela eficiência de cada corporação. Para a autora, a criminalização desse tipo de conduta busca a tutela de interesses econômicos legítimos dos empresários competidores, mas reconhece também a existência de um bem jurídico mediato, que é a autoproteção do sistema, o regular funcionamento do mercado concorrencial ou da ordem econômica, em última análise[42].

Ao propor o exame da regulação da corrupção privada no Código Penal alemão, que conta com uma longa experiência da criminalização da conduta, Bardon identifica que a proteção da concorrência por muito tempo foi regulamentada por intermédio da Lei da Concorrência Desleal até que, ao que tudo indica por razões de prevenção geral – reforço da consciência de que, além de causar danos à economia, a corrupção comercial manifesta um comportamento socialmente reprovável –, houve sua introdução ao Código Penal. A Lei para a Luta contra a Corrupção, de 1997, introduziu a seção 26, classificando a conduta criminalizada sob o título de "hechos punibles contra la competencia"[43].

Bacigalupo compreende que, nesse momento, o legislador alemão pôs de manifesto a importância do Estado na proteção da livre-concorrência de mercado e na utilização do direito penal para tanto[44]. Seguindo esse entendimento,

---

favorecer al corruptor no estará cubierto por los poderes de representación ni por los estatutos en el caso de una sociedad y tendrá como consecuencia un daño patrimonial" (BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal.* Navarra: Aranzadi, 2011, p. 156).

42. FARALDO CABANA, Patrícia. *Hacia un delito de corrupción en el sector privado.* Estudios Penales y Criminológicos. XXII, 2002. Cursos e Congressos da Universidade de Santiago de Compostela, p. 74.

43. BOLEA BARDON, Carolina. El delito de corrupción privada: bien jurídico, estructura típica e intervenientes. *Revista para Análisis de Derecho.* Barcelona, 2013, p. 7. Disponível em: [www.indiret.com/pdf/966_c.pdf]. Acesso em: 01.04.2017.

44. "(…). En la teoria y en la práctica alemanas se sositiene que, mediante la introducción del nuevo apartado 26 sobre hechos punibles contra la competencia, el legislador pone de manifesto que 'la protección de la competencia es una importante tarea

a doutrina alemã também ofereceria um amplo consenso de que o § 299 StGB protege de forma prioritária um bem jurídico supraindividual[45].

Uma terceira perspectiva baseia-se no modelo sueco, em que o fenômeno é lido a partir de conceitos de privatização e distanciamento do Direito Administrativo. A criminalização da conduta parte de uma perspectiva unitária de corrupção, aplicável de forma isonômica às esferas pública e privada[46]. Esse entendimento é fruto de uma política criminal que se sustenta a partir da análise econômica do conceito de corrupção, o qual se traduz em uma permanente insuficiência econômica que causa custos excessivos aos produtos e serviços, sempre onerando os cidadãos, seja na condição de administrados, seja na de consumidores[47].

---

del Estado, ara cuya realización también se impone una protección reforzada por el derecho penal'". BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Navarra: Aranzadi, 2011, p. 157.

45. BOLEA BARDON, Carolina. El delito de corrupción privada: bien jurídico, estructura típica e intervenientes. *Revista para Análisis de Derecho*. Barcelona, 2013, p. 11. Disponível em: [www.indiret.com/pdf/966_c.pdf]. Acesso em: 01.04.2017.

46. Para Foffani, "es una opción politico-criminal que se puede entender en la medida en la cual, con el creciente proceso de privatización de actividades empresariales en manos publicas y de servicio publicos, ya no existe (y siempre que hubiera existido en el pasado) una diferencia ontológica entre actividades públicas y privadas; y la misma perspectiva de las iniciativas europeas, que – como hemos visto – enfocan la corrupción desde un punto di vista económico, considerandola como un factor que 'falsea la competencia leal y compromete los principios de apertura y libertad de los mercados, y, en concreto, el correcto funcionamento del mercado interior, y es contrario a la transparencia y apertura del comercio internacional'. (Acción comun 22.12.1998, 3º considerando), contribuye sin duda a una consideración unitaria del fenomeno de la corrupción, sacando valor a la distinción entre público y privado; significativamente, esta es tambien el enfoque al tema de la corrupción seguido por los criminólogos, en cuias definiciones del fenomeno de la corrupción tampoco asume demasiada importancia la dicotomia público/privado" (FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT, v. 17, n. 81, p. 50, nov.-dez. 2009)

47. No caso sueco, adverte o autor que essa opção "não pode ser compreendida completamente sem considerer-se o respeito que a esfera pública tem nesse país, o que faz com que as formas de gestão pública tenham sido adotadas pela empresa privada, além de ser o setor publico particularmente amplo". MARTIN, Adán Nieto. A corrupção no setor privado. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 8, n. 176, 29.12.2003. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/4608/a-corrupcao-no-setor-privado]. Acesso em: 29.04.2017. Nesse sentido, *vide* também PRADO, Luiz Regis; ROSSETTO, Patricia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT, v. 23, n. 114, maio-jun. 2015, p. 54.

Conforme Prado e Rossetto, parte-se de uma política criminal de redução dos limites da Administração Pública, reconhecendo que a privatização de sociedades empresárias estatais, a concessão de gestão de serviços públicos aos entes privados e a sujeição de determinados entes estatais a regimes jurídicos de natureza híbrida criam uma zona obscura entre os setores público e privado. A definição de "agente público", nesse contexto, acaba se tornando demasiadamente restrita e dá lugar ao surgimento de lacunas, em que práticas corruptivas poderiam ser praticadas por agentes privados (atendendo a interesses públicos), mas que estariam isentas de punibilidade em razão de não estarem inseridas exatamente no contexto do regime jurídico dos crimes funcionais[48].

Finalmente, em quarto lugar, existe a perspectiva patrimonial, a qual considera que os valores que saem de uma empresa para a prática de suborno pertencem, em última análise, ao patrimônio dessa corporação, estando aí identificado, no prejuízo econômico suportado, o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora. Também se protegem os interesses patrimoniais em relação ao administrador subornado que se beneficia da conduta e que age em manifesta administração desleal à empresa que representa[49].

Os modelos penais que representam essa perspectiva são o austríaco e o italiano, que criminalizam a "aceitação de vantagens indevidas por parte de representantes", tipo penal antecedente à figura de infidelidade. Nesse crime, a conduta reprimida prevê sanção penal àquele que, no exercício do poder de disposição de um patrimônio ou de obrigar outros, que derive da lei, de encargo de autoridade ou de um negócio jurídico, aceite uma vantagem patrimonial. Trata-se de um crime de perigo abstrato, na medida em que a tutela recai sobre o respeito aos interesses patrimoniais do representado[50].

---

48. PRADO, Luiz Regis; ROSSETTO, Patricia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT, v. 23, n. 114, maio-jun. 2015, p. 54.

49. Nesse sentido, *vide* PRADO, Luiz Regis; ROSSETTO, Patricia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT, v. 23, n. 114, maio-jun. 2015, p. 54; MARTIN, Adán Nieto. A corrupção no setor privado. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 8, n. 176, 29.12.2003. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/4608/a-corrupcao-no-setor-privado]. Acesso em: 29.04.2017.

50. FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT, v. 17, n. 81, nov. dez. 2009, p. 53.

Aqui, é sancionada a conduta praticada pelos responsáveis pela empresa (administradores, diretores, gerentes etc.) que, em virtude de paga ou promessa de pagamento, de forma direta ou indireta, realize ou omita atos funcionais inerentes aos deveres de fidelidade e ofício junto da sociedade empresarial, causando-lhe prejuízos. Para Prado e Rossetto, esse modelo propõe uma técnica-legislativa mais coerente ao tipo de injusto da corrupção entre particulares, já que ele possibilita limitar com maior precisão as condutas não toleradas à realidade social, além de permitir identificar a relevância dos efeitos lesivos e a justificação da intervenção penal à conduta[51].

Bolea Bardon ainda classifica dois objetos de proteção da norma penal relacionados ao bem jurídico concorrência: um externo e outro interno. Externamente, a concorrência seria protegida de forma que os interesses dos terceiros competidores não fiquem submetidos ao desequilíbrio causado por concorrências acompanhadas de incentivos, benefícios ou vantagens escusas. Internamente, protege-se a própria empresa contra ações de seus empregados que não adquiram bens ou serviços que representem a melhor oferta existente no mercado[52].

---

51. Conforme conclusão dos autores: "Em outras palavras, nesse modelo de incriminação é possível distinguir, de um lado, o desvalor da ação, que está fundamentado pelo dolo, e demais elementos subjetivos do injusto, e, ainda, pela infração do dever de fidelidade ou dos deveres próprios da função desempenhada pelo sujeito ativo, e, de outro, o desvalor do resultado, que, por sua vez, se identifica com a lesão ou exposição a perigo concreto de lesão do bem jurídico patrimônio social.
Outro dado de suma importância passível de nota diz respeito à preferência do legislador italiano pela estrutura de delitos de lesão na construção do tipo penal, uma vez que a consumação do delito depende da causação de dano à sociedade empresarial ('cagionando nocumento alla societa'). Com isso, não há crime quando a solicitação, a aceitação ou o recebimento do benefício indevido, com vistas à realização ou omissão de determinados atos em violação aos deveres de fidelidade ou aqueles próprios de seu ofício, não determinem qualquer tipo de lesão ao patrimônio social. Tampouco configura crime os casos de oferecimento e pagamento de vantagem, com vistas a que o empregado realize ou omita tais atos, quando a expectativa patrimonial gerada por esta atuação configure uma contraprestação econômica que compense o oferecimento ou seu efetivo pagamento". PRADO, Luiz Regis; ROSSETTO, Patricia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT, v. 23, n. 114, maio-jun. 2015, p. 54.
52. BOLEA BARDON, Carolina. El delito de corrupción privada: bien jurídico, estructura típica e intervenientes. *Revista para Análisis de Derecho*. Barcelona, 2013, p. 13. Disponível em: [www.indiret.com/pdf/966_c.pdf]. Acesso em: 01.04.2017.

Em diâmetro oposto, há quem apresente questionamentos sobre os motivos que teriam levado os Estados signatários em caracterizar a conduta como "corrupção" quando se referem a atividades que têm seu nascedouro no âmbito privado, já que o conceito de corrupção se aplica aos delitos em que haja uma infração de natureza pública – a utilização da função pública para a obtenção de vantagens é essencial ter em evidência que na conduta de corrupção privada não existem atos de mercância que envolvam a função pública, mas, sim, atividades inerentes única e exclusivamente ao setor privado[53]. Nesse contexto, a própria criminalização da conduta e a necessidade da intervenção penal para fatos ocorridos dentro do seio privado acabam sendo alvo de questionamentos.

Na perspectiva do direito penal econômico, a criminalização da corrupção entre particulares significaria uma das formas para aplicação do direito penal aos problemas relacionados à condução dos negócios e da corporação, principalmente por conta da prevenção dos riscos das atividades empresariais. Essa visão propõe uma intervenção preventiva na empresa, com um claro objetivo de diminuir significativamente os riscos da ocorrência de infrações decorrentes da atividade corporativa[54].

Conforme Bock, essa nova ideia está relacionada ao dever de supervisão atribuído às empresas, o qual deve ser adotado para evitar infrações

53. "(…) en los aspectos dogmáticos del problema sería conveniente perguntarse por el motivo que ha llevado a los Estados signatários a hablar de corrupción quando se refieren a conductas que tienen lugar en el sector privado. El concepto de corrupción ha sido normalmente aplicado a los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración pública, y en este contexto alude a una privatización de la política y de la función pública, es decir, a la utilización del acceso a la autoridad política o administrativa como recurso privado. Coincide con el fenómeno que nos ocupa en varios aspectos: a) la motivacíon del intercambio es fundamentalmente económica para las dos partes, incluyendo más raramente otras prestaciones; b) el vínculo entre las partes es el proprio de una relación de iguales que estabelecen un contrato, por tanto es de tipo horizontal, y; c) el contenido de la relación es ilegal o ilícito, por lo que se oculta. Ahora bien, ne la corrupción en el sector privado no se trata de compraventa de la función pública, sino de la compraventa del cargo privado que se ostenta. Pero si en el sector privado no hay una obligación de imparcialidad como la que afecta el funcionario público, que se pretende sancionar?" FARALDO CABANA, Patrícia. *Hacia un delito de corrupción en el sector privado*. Estudios Penales y Criminológicos. XXII, 2002. Cursos e Congressos da Universidade de Santiago de Compostela, p. 69-70.

54. BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Navarra: Aranzadi. 2011, p. 21-22.

jurídico-penalmente relevantes por parte de seus representantes e empregados. No cenário econômico moderno, quanto maior o espaço de atuação da empresa, maior o tráfico de recursos pessoais e meios de produção envolvidos nesse processo, sendo a criação de perigos de infringência às normas proporcional à quantidade de atividades desenvolvidas pelas corporações. Com a modernização da economia, emerge uma consciência de que a criação desses novos riscos não pode ser desvalorada pelo Direito, e que cabe às empresas, portanto, o dever de conter a ocorrência desses perigos, pois a sua existência não pode pôr em risco a validade do ordenamento jurídico vigente[55].

O direito no Estado moderno vem se caracterizando pela multiplicação de normas que regulam todos os âmbitos de atuação social, e as relações privadas passam a destinatárias de um relevante número dessas normas que, além de muitas vezes complexas, impõem graves consequências penais ou administrativas. Nos tempos de hoje, um elevado número de atividades sociais estão reguladas por subsistemas normativos[56], acumulando situações jurídicas complexas em diversos âmbitos (fiscais, trabalhistas, financeiros, meio ambiente, contábeis), o que torna "la idea de que el derecho escrito y publicado será conocido por todos y de que todos pueden programar su existência de acuerdo con las normas, (…) casi obsoleta (…)"[57].

55. BOCK, Dennis. *Compliance* y deberes de vigilancia en la empresa. *In*: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. Compliance *y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 108-111.

56. A ideia de subsistemas normativos é desenvolvida por intermédio de Luhmann, que, ao desenvolver a Teoria Sistêmica, propõe que o sistema jurídico integra uma espécie de sistema imunológico das sociedades, trabalhando na proteção dos conflitos gerados pelos seus próprios membros, surgidos em decorrência da relação com outros sistemas sociais (político, econômico, familiar etc). Em um mundo de extrema complexidade e dinâmica da realidade social, desenvolve-se uma "para-realidade", codificada a partir do esquematismo binário "direito/não-direito" (ou "lícito/ilícito"), em que se preveem os conflitos que são conflitos para o Direito e se oferecem as soluções que são conformes ao Direito, fundando a ideia de autopoiése. Nesse contexto, o Direito Penal surge para o autor como uma ferramenta essencial para a manutenção da estabilidade social, defendendo o seu fortalecimento. MOLINA, Antônio Garcia Pablos de; GOMES, Luis Flávio. *Criminologia*. 8. ed., 2012.. São Paulo: Ed. RT. Col. Ciências Criminais, v. 5.

57. BOCK, Dennis. *Compliance* y deberes de vigilancia en la empresa. *In*: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 108-111.

Essas políticas "envolvem a invenção de novas formas de pensar e agir, bem como o surgimento de novos hábitos por parte de organizações e atores privados", e são métodos que buscam a prevenção do delito através da redução de oportunidades de práticas delitivas, a partir do estabelecimento de uma infraestrutura de governança própria dos atores privados, angariados em um repertório de técnicas e conhecimentos de controle do crime até então impensado[58]. A reinvenção está na redistribuição e no redirecionamento das responsabilidades pelo controle do crime, não mais se atribuindo exclusivamente à esfera estatal essa atividade. Introduzem-se à cultura política do controle novas racionalidades, como a responsabilidade de outros atores sociais na prevenção do delito.

Agora, admite-se uma insuficiente presença do Estado, cujo desfecho paradoxal é o aumento do seu poder por intermédio de novos métodos de exercício do poder punitivo. O Estado não mais reclama para si o controle pleno da justiça criminal e até mesmo admite governar a distância,[59] em prol de maiores níveis de segurança e gerenciamento dos riscos criados pelas relações sociais e econômicas, que cada vez mais ocorrem em um fluxo maior[60].

Chaves pondera que o princípio da livre-concorrência indica a autorização para que se pratiquem condutas em busca da ampliação de um mercado consumidor e que essa outorga, mesmo que na guerra da concorrência econômica, não deve estar alheia às regras. Ainda assim, entende que as leis que tipificam a corrupção privada não apontam o caráter público dos bens jurídicos tutelados, o que indicaria a desnecessidade da intervenção do Direito Penal nessa relação, essencialmente de natureza privada.

Para a autora, os efeitos da ação sob a coletividade seriam ínfimos, o que afastaria do Direito Penal a repercussão social da conduta. A partir da análise para determinar quais os deveres cuja quebra integra a ação corrupta, verificou que no setor privado não existe o dever de imparcialidade, que é

58. GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 313.

59. GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 374.

60. Sobre o exercício do controle através da prevenção de riscos da atividade empresarial *vide* CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; WEBBER, Lair. Combate à corrupção, *compliance* e controle social. *In*: QUARTIERO, Alexandre da Silva; KÖLLING, Gabrielle; CORDIOLI, Leandro (orgs.). *Lições fundamentais de direito III*. Porto Alegre: Paixão Editores, 2016, p. 241-254.

eminentemente público, e que o fio condutor da análise sobre a tipificação da corrupção entre particulares parte da verificação do bem jurídico lesionado ou posto em perigo pelo ato consequência do pacto corrupto[61].

Nem mesmo o caráter simbólico da criminalização se faria expressar dada a insignificância das penas cominadas, incapazes de a criminalização da corrupção entre particulares atender a critérios de prevenção geral do delito. Nesse viés, por sustentar que a corrupção privada tutela apenas os interesses patrimoniais dos lesados e que são exclusivamente esses sujeitos bem definidos que sofrem as perdas, a criminalização da corrupção entre particulares demonstra-se inadequada. A repressão penal teria fundamento e chances de maior eficiência apenas se partisse da mesma premissa europeia, de que "a corrupção é relevantemente atentatória aos interesses do normal tráfego econômico-financeiro".[62]

Posto o debate, cumpre referir que o legalismo gera a criação na realidade mundana de duas categorias: a subintegração e a sobreintegração (Marcelo Neves). Ambas se destacam pela (des)igualdade no tratamento conferido às pessoas, sendo que a subintegração corresponde aos agentes que não desfrutam de condições livres e iguais para o exercício da cidadania; já os sobreintegrados são aqueles que estão acima do Direito, bloqueando a incidência da legitimidade da punição. Nesse sentido, a

> (...) ideia de responsividade exige que as instituições, para além da legalidade formal, estejam voltadas à dinâmica do Direito forjado no debate plural e policêntrico, o que significa, sobretudo, a concretização da igualdade (...)[63].

É preciso, pois, resgatar a necessidade de uma releitura do fenômeno da punição como um problema de direitos humanos, mormente diante da corrupção, seja ela pública ou privada. Se a liberdade é compreendida como a ausência de interferência do Estado em relação ao indivíduo, que "tudo pode fazer",

61. CHAVES; Anna Cecília Santos Chaves. A corrupção privada no Brasil. *Revista Jurídica ESMP-SP*. v. 4, 2013, p. 237-238.

62. CHAVES; Anna Cecília Santos Chaves. A corrupção privada no Brasil. *Revista Jurídica ESMP-SP*. v. 4, 2013, p. 256.

63. LIMA, Vinicius de Melo. *Teoria hermenêutica da responsabilidade decisória*: direitos sociais entre ativismo judicial e decisão jurídica democrática. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 127.

assiste razão a Dworkin, em sua crítica à Berlin, no sentido de que, partindo de tal premissa, "a liberdade do lobo seria a morte do cordeiro"[64].

3. A corrupção como um problema de direitos humanos e fundamentais

Em sua obra *Principia Iuris*, Ferrajoli, referindo-se ao caso italiano, faz um registro que é emblemático do atual momento político-jurídico brasileiro, em face da indulgência legislativa com a delinquência do poder. Após a breve etapa de *Mani Pulite* (Mãos Limpas) na Itália, desenvolveu-se um garantismo de classe que se fez patente na construção de todo um *corpus iuris ad personam* dirigido a paralisar os diversos processos contra ele, a sanção, presidente do governo, em simultaneidade com uma campanha para denegrir os juízes, acusados de politização precisamente quando, levando a sério o princípio da igualdade perante a lei, haviam deixado de estar condicionados pela política. Adverte o autor para a duplicação do direito penal: direito mínimo e dúctil para os ricos e poderosos; direito máximo e inflexível para os pobres e marginalizados[65].

Nesse mesmo sentido, a construção das bases democráticas da República Federativa do Brasil reclama a redução das desigualdades sociais, bem como a efetividade do sistema punitivo estatal, justamente para que suas baterias estejam voltadas, de igual modo, à criminalidade do poder, pois a que mais afeta os direitos fundamentais. A punição restabelece a igualdade violada pelo crime, sendo corolário do direito humano à resposta do Estado diante do mal causado, inclusive por intermédio do Direito Penal[66].

64. O Direito, para Dworkin, é um segmento da moral, pois são co-originários. Já para Radbruch, o Direito pode ser moral ou não, sendo que a moral é externa e possui uma pretensão corretiva. DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga.* Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 149 e ss.

65. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Madrid: Trotta, 2011. Tradução livre, v. 2, p. 364.

66. Há, em geral, uma concordância das teorias da punição em torno das seguintes premissas: a punição expressa a condenação moral, portanto, a repulsa moral da comunidade diante do crime praticado; destina-se a punição a servir como uma lição para todos os indivíduos, mostrando que tais atos são maus em si mesmos; pretende corrigir e recuperar o criminoso, fazendo com que cumpra uma pena e com isso possa emendar-se e conformar-se com as leis sociais. Sublinha que a punição visa, antes de tudo, restabelecer a igualdade violada pelo ato criminoso. BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas.* 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 162.

Não se pode olvidar que significativa parcela das ameaças aos direitos fundamentais provém dos entes privados, porquanto a violência exercida pelo "poder simbólico"[67], com as suas "máscaras"[68], oculta o processo de desconstrução do sentimento constitucional, isto é, a perda paulatina da eficácia social da Lei Maior ao talante das maiorias políticas[69].

O direito penal configura o elemento fundamental de um sistema jurídico livre, de modo que a intervenção jurídico-penal é irrenunciável de uma organização da sociedade comprometida com os direitos humanos. Enquanto escudo protetor dos direitos humanos e expressão de profunda solidariedade da sociedade com as vítimas das violações dos direitos humanos – a liberdade de que priva aos possíveis delinquentes devolve-a em forma de confiança às potenciais vítimas – pode pretender validez intercultural[70].

A confiança implica a convicção de que algumas pessoas ou instituições terão um caminho de expectativas. Uma pessoa de confiança decide agir a despeito da incerteza sobre o futuro e dúvida sobre a confiabilidade das promessas dos outros. A necessidade de confiança deriva da liberdade humana, sendo que a honestidade é um importante valor substantivo com uma conexão com a confiança, implicando em um comportamento responsável voltado ao cumprimento de regras. A corrupção é um comportamento desonesto que viola o lugar da confiança no serviço público e envolve o uso da posição pública para ganhos privados[71].

---

67. A autoridade jurídica é a forma por excelência da "violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício da força física". Salienta, ainda, que "no texto jurídico estão em jogo lutas, pois a leitura é uma maneira de apropriação da força simbólica que nele se encontra em estado potencial". BORDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 212-213.

68. BARRETO, Vicente de Paulo. *As máscaras do poder*. São Leopoldo: Unisinos, 2012, p. 15.

69. Como as "máscaras usadas pelos atores no teatro da Roma clássica, chamadas *personas*, o poder aparece encoberto por disfarces diversos. Essas máscaras escondem o fato de que o poder veste e procura legitimar a força, que, quando deixada em estado puro, converte as pessoas em coisas, em cadáveres, em pó, como lemos na Bíblia. Entendemos então por que, na longa história da humanidade, processou-se a luta constante entre a força, que se manifesta na sua forma extrema pela violência, e o poder, que procura controlar e regular as suas manifestações". *Ibidem*, p. 15.

70. HÖFFE, Otfried. *Derecho intercultural*. Trad. Rafael Sevilla. Barcelona: Editorial Gedisa, 2008.

71. ROSE-ACKERMAN, Susan. Trust, honesty and corruption. Reflection on the state-building process. Yale Law School Legal Scholarship Repository. Disponível em:

Com efeito, o problema da desigualdade no Direito é fruto de um ambiente de distorções em determinado contexto sociojurídico no qual coabita o sistema de justiça, afetando o princípio do Estado Democrático de Direito. Na seara criminal, cumpre guiar os "mecanismos da reação institucional para o confronto da criminalidade econômica, dos grandes desvios criminais dos órgãos e do corpo do Estado, da grande criminalidade organizada"[72].

Impõe-se uma compreensão da proteção dos bens jurídicos, mormente em relação aos interesses coletivos e difusos da sociedade, à luz do princípio constitucional da proporcionalidade. Deve afastar-se tanto do funcionalismo quanto da radicalização da perspectiva liberal e individualista, mediante o axioma onto-antropológico na esfera penal, haja vista que o ser humano tem de ser visto como ser-com e ser-para os outros[73].

Nesse sentido, há uma evidente quebra da confiança no serviço público diante das práticas corruptivas, as quais atentam contra um bem coletivo, qual

---

[http://digitalcommons.law.yale.edu/lepp_papers]. Acesso em: 01.04.2017. Sobre o tema da corrupção eleitoral, Ruivo afirma, com propriedade, que não se afigura, em regra, um ato isolado, "mas sim um tendente abuso da máquina estatal para o beneficiamento de algum partido político, capaz de ameaçar a própria legitimidade do governo do Estado. Isto é, em específico, o comprometimento da democracia partidária e da igualdade de oportunidades no sistema eleitoral". RUIVO, Marcelo de Almeida. Corrupção e gestão fraudulenta. O financiamento ilícito de campanha por bancos públicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Heloísa Estellita (coord.). Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: Ed. RT, ano 22, n. 111, nov.-dez. 2014, p. 158.

72. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan. Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 202. Sobre o problema da desigualdade na Administração da Justiça Penal e o crime de colarinho branco, remete-se à leitura de SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica* à *questão da desigualdade na administração da justiça penal)*. Coimbra: Coimbra, Stvdia Ivridica 56, 2001. A título de ilustração, vale referir a falta de coerência e de integridade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em torno da aplicação do princípio da insignificância em matéria penal, sobretudo se comparada com o tratamento conferido pela Corte na esfera dos crimes contra a ordem tributária, diante do reconhecimento da constitucionalidade da extinção da punibilidade do agente em razão do parcelamento do débito. A criminalização/descriminalização de condutas deve atentar à integridade do Direito e da decisão constitucional.

73. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 184-185.

seja, a probidade na Administração Pública (em sentido amplo)[74]. A corrupção mostra-se entrelaçada em determinadas esferas do setor público e o capital privado, frustrando as expectativas legítimas dos cidadãos em torno do direito fundamental à boa administração pública, eficiente e responsiva[75]. Algumas áreas têm ficado para trás, especialmente aquelas em que, como saúde, educação e infraestrutura, as provisões do Estado permanecem importantes. Esses são setores nos quais a corrupção, os "pagamentos informais" e o descontentamento parecem elevados. Mostra-se preciso localizar e analisar a lacuna na criação de um Estado visto como politicamente legítimo pelos cidadãos[76].

74. Segundo Livianu, "Os reflexos da corrupção são de duas ordens: a primeira, de âmbito interno, quando atinge a economia do país, desestabilizando o próprio governo; a segunda, no geral, são somas muito elevadas que atingem o sistema internacional, o que decorre da lavagem de dinheiro ou desvio de dinheiro para outros países, que favorecem esta captação de dinheiro (...). A corrupção se apresenta mais frequente nos países em que não há uma confiança irrestrita no Estado, como nos países da América do Sul, o que não ocorre com os países onde o Estado permite com grande desenvolvimento uma cultura participativa". LIVIANU, Roberto. *Corrupção e direito penal*: um diagnóstico da corrupção no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 83.

75. Sobre o princípio da condução responsável dos assuntos de Estado, Canotilho sustenta que a boa governança não se cinge aos temas relacionados ao governo e à administração, englobando a prática responsável de atos por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário, a interdependência internacional dos estados, a recuperação de algumas dimensões do *New Public Management* como mecanismo de articulação das parcerias público-privadas, além de questões fundamentais como a governabilidade, a responsabilidade e a legitimação. Afirma, ainda, a importância de processos decisórios claros em nível das autoridades públicas, de instituições transparentes e responsáveis, do primado do direito na gestão dos recursos e no reforço das capacidades, no que se refere às medidas de prevenção e de combate à corrupção. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *"Brancosos" e Interconstitucionalidade*. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 327-329.

76. Em pesquisa realizada por Rose-Ackerman sobre a honestidade, a confiança e a corrupção, respectivamente, estudando o processo de transição na Europa Central e Oriental, afirma a autora que a pesquisa mais frutífera se concentrará em determinados setores e tipos específicos de interações entre as pessoas e entre pessoas e instituições, tanto públicas como privadas. Confiança generalizada nos outros e nas instituições podem e, de fato, têm raízes culturais e históricas profundas, mas, mesmo assim, mudanças nas atitudes e nos comportamentos ainda são importantes. Essas mudanças podem depender de estimativas da confiabilidade de outras pessoas e sobre as estruturas institucionais em que operam. É preciso entender quando existem conflitos e enfrentar o fato de que fortes laços interpessoais baseados no parentesco e na amizade nem sempre são socialmente desejáveis. Nas sociedades modernas, as

Em sua obra *Capitalismo de laços*, Lazzarini aponta a danosidade social agregada à vinculação entre empresas, partidos políticos e agentes públicos, diante de práticas contrárias aos bens coletivos, a exemplo de corrupção, fraudes licitatórias, "caixa dois", entre outras. Os "laços" de que o autor discorre não são apenas os laços de família, mas, sim, os vínculos sociais forjados em razão de pretensões comuns, consistentes na acumulação de capital com o contributo do sistema. Dito de outro modo, nas palavras de Habermas, o poder e o dinheiro atuam como elementos centrais na sociedade contemporânea, levando a uma racionalidade estratégica ou instrumental, dissociada da racionalidade comunicativa.

Mas, o que vem a ser um bem coletivo?

Na seara da economia, os aspectos essenciais de um bem coletivo são, em primeiro lugar, o fato de prestar satisfações conjuntas (indivisibilidade das satisfações); em segundo, são, por natureza, não exclusivos, logo, inapropriáveis; e, finalmente, não emulativos, ou seja, os indivíduos não entram em concorrência para obter a satisfação por eles[77].

Sobreleva notar que a concepção de bem coletivo está diretamente ligada ao seu objeto de proteção (indivisível). A concretização dos direitos sociais opera precipuamente por intermédio da provisão de bens coletivos, motivo pelo qual é fundamental a observância das políticas públicas de direitos sociais[78]. Por

---

pessoas precisam ser capazes de separar seu papel como amigo e relação de seu papel como burocrata, político, juiz, funcionário ou administrador de empresas. ROSE-ACKERMAN, Susan. Trust, honesty and corruption. Reflection on the state-building process. John M. Olin Center for Studies in Law, Economics, and Public Policy Working Papers. Yale Law School Legal Scholarship Repository, 2001, p. 31. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/lepp_papers]. Acesso em: 01.04.2017.

77. FRANCO, António Luciano de Sousa. *Manual de finanças públicas e direito financeiro*. 4. ed. Lisboa, 1974, v. 1, p. 127-9.

78. Nesse sentido, Dias assevera que "a evolução do estatuto da política criminal perante a dogmática-penal e a criminologia em direção a um novo estádio foi cumprida quando as concepções próprias do Estado de Direito formal, de natureza liberal e individualista, e do Estado social, mais preocupado com o funcionamento do sistema social do que com o império da regra do direito, cederam o lugar à concepção que, de forma compreensiva, designarei aqui como a do Estado de Direito material contemporâneo. Sob essa designação quero compreender todo o Estado democrático e social que mantém intocada a sua ligação com o direito, e mesmo a um esquema rígido de legalidade, e se preocupa por isso antes de tudo com a consistência efetiva dos direitos, das liberdades e das garantias da pessoa; mas que por essa mesma razão, se deixa mover, dentro daquele esquema, por considerações de justiça na promoção e

outro lado, tal característica não impede a justiciabilidade dos direitos sociais, uma vez que a titularidade é simultaneamente individual e coletiva.

Em relação ao Direito Penal, SGUBBI trouxe a temática do interesse difuso como objeto de tutela, salientando que, com a evolução do Estado Liberal para o Estado Social (*Welfare State*), houve o incremento de novas demandas por parte da coletividade[79]. Acentuando relevo ao objeto de tutela do bem jurídico coletivo, HEFENDEHL aponta as seguintes características: (I) uso não exclusivo; (II) não distributivo; e (III) indivisível. Para a manutenção da posição social importante do Direito Penal, este deve preservar claras as estruturas que vem utilizando, sem recorrer a bens jurídicos aparentes ou ao adiantamento da barreira de proteção a estados anteriores à ação típica[80].

Em tal cenário, surge o *free rider*, figura proveniente da teoria econômica e da filosofia moral, aplicável aos bens coletivos, tratando-se do viajante sem o bilhete ("efeito carona"), que age sob o império de uma razão instrumental calculadora (*homo economicus*)[81]. O seu comportamento despreza as expectativas comunitárias em torno da preservação de bens coletivos.

A título de ilustração, o agente que, tendo ciência de que os demais colaboram para a preservação da qualidade do ambiente, aufere lucro de maneira injusta ao depositar resíduos sólidos em um curso d'água situado nas proximidades de seu empreendimento. Tome-se, ainda, o exemplo do agente que omite o pagamento de impostos, sabendo que os demais contribuirão com o Poder Público, violando o seu dever de responsabilidade como cidadão, tendo vantagem em decorrência de seu comportamento ilegal.

O *free rider* é concebido como uma figura parasitária, que aufere injustamente o cumprimento das normas pelos demais membros da coletividade, não colaborando com os custos necessários para a preservação do bem coletivo,

---

na realização de todas as condições – políticas, sociais, culturais, econômicas – do desenvolvimento mais livre possível da personalidade ética de cada um." (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1999. p. 33)

79. SGUBBI, Filippo. L'Interesse diffuso come oggeto della tutela penale (considerazioni svolte com particolare riguardo alla protezione del consumatore). *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1976, p. 547-94.

80. HEFENDEHL, Roland. *Deve ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*. Disponível em: [www.criminet.ugr/es/recpc]. Acesso em: 01.04.2017.

81. Ver BORGES, Anselmo. O crime econômico na perspectiva filosófico-teológica. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra, n. 10, 2000, p. 7.

inserindo-se na lógica das ações coletivas[82]. Feinberg salienta a necessidade de respeito ao próximo, de maneira que a vida no tecido social carece de solidariedade entre os indivíduos, a fim de evitar a ocorrência de danos[83].

Mas qual a ligação da figura do *free rider* com as práticas corruptivas?

Zachia Alan, debatendo o tema da corrupção e a tutela penal dos bens coletivos, perquire sobre o custo do bem jurídico tutelado e de que modo o fenômeno do *free rider* se manifesta. Propõe, então, uma leitura no sentido de indagar "que tipo de esforço a existência da tal probidade administrativa cobra dos integrantes do grupo de cidadãos 'administrados' no contexto dos Estados Democráticos de Direito?" ou, em outros termos, "qual o preço cobrado a que os valores ligados à probidade administrativa subsistam?". Em esforço de síntese,

> (...) a manutenção dos valores (interesses) que integram o bem jurídico chamado probidade administrativa gera custo de produção e este deve ser suportado por cidadãos particulares, seguindo-se a dinâmica das externalidades. Aqueles que se recusam a suportar tais custos são equiparados aos '*free riders*', uma vez que pretendem se beneficiar dos valores antes mencionados – imparcialidade, eficiência e assim em diante – sem ter de pagar o preço referente à manutenção do bem coletivo daí advindo.[84]

82. Ver THE FREE RIDER PROBLEM. *Stanford Encyclopedia of Philosofy*. Disponível em: [www.plato.stanford.edu/entries/free-rider/]. Acesso em: 01.04.2017; e BUCHANAN, James M. *The demand and supply of public goods*. Rand Mcnally Economics Series, 1968, p. 77-99.

83. FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing (the moral limits of the criminal law)*. v. IV, 1988, p. 13 e ss. e 202 e ss.

84. "Fala-se, por primeiro, do custo referente à regra da pluralidade dos Estados Democráticos de Direito e de seu compromisso de determinados valores éticos, tais como a impessoalidade, a moralidade, a eficiência e assim em diante. Veja-se, contudo, que a necessidade do oferecimento de atenção impessoal a todos os cidadãos, especialmente em um contexto social como o brasileiro, a combinar população socialmente necessitada e ao mesmo tempo de dimensões continentais, faz com que, em alguma medida, o valor da eficiência termine comprometido. [...] Indo-se ainda um tanto adiante, mas no mesmo sentido, pode-se falar também no custo da eficiência. Por certo que todos os cidadãos pretendem conviver com estrutura estatal que aja de modo eficiente, salvante quando se acham na posição de alvos de tal atuação, como, por exemplo, nas hipóteses em que praticado um crime ou mesmo infração de natureza administrativa. Nos casos em que a eficiência do Estado vai posta contra os interesses pessoais dos cidadãos, o valor passa a lhe ser penoso e, portanto, a diminuição do valor a lhe interessar pessoalmente. A bem de toda a verdade, a ideia que se sustenta nesta altura não é novidade e em nada destoa do conceito

A prática da corrupção pública atinge a probidade na Administração Pública[85] e, quando associada à lavagem de dinheiro, compromete ainda a ordem socioeconômica, cumprindo ressaltar que, nos crimes econômicos, à diferença da criminalidade comum, a "metaindividualidade" é o traço nuclear do bem jurídico tutelado[86].

No âmbito econômico, a corrupção significa a movimentação de capital à margem da legalidade, o que também pode vir a representar o fomento de atividades ilícitas ou manutenção de ativos em paraísos fiscais. No âmbito social, potencializa a desigualdade na distribuição dos recursos, além de causar instabilidade e desaceleração do desenvolvimento das nações afetadas, já que impõe muitas das vezes o corte de investimentos públicos em áreas

econômico de externalidade. Fala-se da percepção história de Pigou acerca do que se pode chamar aligeiradamente de efeitos externos à transação econômica, sejam positivos ou negativos. [...] No caso particular da externalidade relacionada à corrupção, a relação principal se dá entre o grupo e a pessoa jurídica de direito público chamada deste ponto em diante simplesmente de administração. O terceiro a sofrer o efeito externo não é o grupo, portanto, mas cidadão individualizado, colocado na mesma massa de tratamento destinada a todos os demais, pautado por critérios de imparcialidade e mesmo de eficiência possível. (ZACHIA ALAN, José Alexandre. *A corrupção e a tutela penal dos bens coletivos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015, p. 146-150).

85. Sobre o tema do quando e do como proibir, Ferrajoli destaca que são estreitas as concepções de bem jurídico que os identificam na condição de "direitos" ou "interesses individuais", tornando-as inidôneas para "justificar a proibição de condutas como a corrupção, a malversação ou a fraude fiscal, lesivas de bens públicos ou coletivos", sublinhando que a justificação das proibições deve incluir bens que não são direitos, "como o interesse coletivo, e certamente fundamental, a uma administração pública não corrupta". FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 2. ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 432-433.

86. LIMA, Vinicius de Melo. *Lavagem de dinheiro & ações neutras: critérios de imputação penal legítima*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 52. Em relação ao crime de lavagem de dinheiro, destacam-se as seguintes correntes de entendimento quanto ao bem jurídico tutelado: 1. A ordem socioeconômica; 2. A objetividade jurídica seria a mesma do crime precedente; 3. A Administração da Justiça, tese que tem prevalecido no ordenamento jurídico português; 4. O reforço da eficácia preventiva da pena em relação ao autor do crime precedente, ao evitar a consolidação dos benefícios econômicos auferidos ilicitamente. A posição adotada na obra é no sentido de que, em que pese a existência de uma pluralidade ofensiva na conduta de lavagem de capitais, o "foco central na incriminação do branqueamento volve-se na proteção da ordem econômica". *Ibidem*, p. 77-78.

essenciais e o aumento de impostos aos contribuintes[87]. Há, ainda, os problemas decorrentes da "constituição de redes de corrupção", com a participação de pessoas físicas.

Os efeitos deletérios da corrupção no meio social estão entre as maiores preocupações dos organismos internacionais. A conduta beneficia uma minoria, mas causa reflexos negativos em meio a todo corpo social, pois, como sustenta o Conselho Europeu, "(...) *la corrupción destruye la base de la vida económica y constituye una distorsión de la competitividad*."[88]

Atos de desvio de poder na esfera privada e a sua interferência na livre concorrência ganharam a atenção da comunidade acadêmica por intermédio de um projeto denominado *Eurodelitos*, criado com vistas a "promover maior efetividade na repressão a modalidades delitivas que de forma mais agressiva atingissem o interesse comunitário na criação de um espaço de '*liberdade, segurança e justiça*'"[89]. É neste viés que Foffani faz uma aproximação do problema das práticas corruptivas, se desgarrando do sentido tradicional que propõe a demarcação entre público e privado e evocando a ideia de uma corrupção 360 graus. Ao transpor o plano genérico-programático da *ratio* da criminalização para o plano específico-operativo do bem jurídico tutelado, conclui que o legislador europeu preocupou-se claramente em proteger a liberdade e a lealdade na concorrência[90].

87. ROSE-ACKERMAN, Susan. A economia política da corrupção. *In*: ELLIOTT, Kimberly Ann (Org.). *A corrupção e a economia global*. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2002. p. 77-80.

88. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Al33308]. Acesso em: 27.02.2016.

89. GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa Gontijo. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo. LiberArs. 2016. p. 68-71.

90. Este tipo de aproximación al problema de la corrupción parece evocar una idea de la corrupción a 360 grados, donde ya no tiene sentido la tradicional demarcación entre público y privado, y que podria preludir a la afirmación de un modelo de incriminación de tipo sueco, osea la corrupción como delito comun, que prescinda de cualquier cualifica subjetiva del autor. En realidad no es así, y al momento de pasar dal plan genérico-programatico de la ratio de la incriminación al plan especifico-operativo del bien jurídico, la estrategia político-criminal del legislador europeo se apunta en favor de la concretización de un tipo penal de corrupción en el sector privado, distinto y autónomo de la tradicional corrupción pública; y el bien jurídico a protección del cual tiene que ser edificado este tipo vien identificado claramente con la libertad y lealtad de la competencia. (FOFFANI, Luigi. La corrupción en el

A esse respeito, Santos adverte para a danosidade social da corrupção, em face da vinculação ao crime organizado e ao crime de colarinho branco, atingindo a autoridade estadual e a administração da justiça, "porque questiona o seu exercício relativamente àqueles cujo comportamento deveria ser o mais impoluto, mina as estruturas das instituições e das democracias"[91].

Neste mesmo sentido, Reale Júnior e Rizzo destacam a importância da afirmação, pela via legislação penal, de valores como a honestidade e a lealdade, de forma a coibir firmemente as condutas de administradores e empregados que atuam com menosprezo aos interesses sociais e da entidade que representa ao mercantilizar decisões relevantes para uma companhia com o intuito de auferir uma vantagem indevida, em manifesta violação aos deveres de confiança e correção que devem pautar as suas relações com o seu empregador. A reafirmação e reconhecimento desses valores – de honestidade e lealdade – como essenciais passam pela criminalização da corrupção privada nas formas ativa e passiva, práticas tão enraizadas em nossa cultura[92].

A corrupção privada atinge a confiança e a concorrência nas relações entre particulares, com graves prejuízos ao sistema econômico. A livre concorrência deve estar em sintonia com os princípios da boa-fé e da lealdade, "sob pena de desestabilização das leis naturais do mercado, orientadoras do próprio princípio da concorrência"[93]. A repressão penal demonstra-se coerente e efetiva quando partindo "da premissa de que a corrupção é relevantemente atentatória aos interesses do normal tráfego econômico-financeiro"[94].

Para além da criminalização da corrupção privada, é fundamental lidar com o fenômeno a partir de um enfoque multidisciplinar, com a adoção de medidas de caráter preventivo. Assim, a previsão de códigos de conduta, controles internos e externos efetivos, auditorias aleatórias, *ombudsmen* independentes e comissões

---

sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 17, n. 81, p. 54., nov./dez. 2009)

91. SANTOS, Cláudia. A corrupção. [Da luta contra o crime na interseção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador]. *Direito Penal Económico e Europeu: Textos* Doutrinários. v. 3. Instituto de Direito Penal Económico e Europeu. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 350.
92. REALE JÚNIOR, Miguel; RIZZO, Beatriz Dias. Corrupção no setor privado. 29 de agosto de 2012. São Paulo: *IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Volume único. 1666C. (Seminário Internacional de Ciências Criminais), 2012.
93. CHAVES, Anna Cecília Santos. A corrupção privada no Brasil. *Revista Jurídica da ESMP-SP*, v. 4, 2013, p. 256.
94. *Ibidem*., p. 256.

anticorrupção independentes possibilitam uma adequada abordagem da temática, diante da insuficiência das iniciativas que se limitam à esfera penal[95].

4. A corrupção entre particulares e o projeto de reforma do Código Penal brasileiro (PLS 236/2012)

Compreendida a corrupção entre particulares como um problema que gera efetivamente graves reflexos no tecido social, decorrência de sua interferência na livre concorrência de mercado e consequente reflexo nos bens coletivos, resta analisar a opção político-criminal do legislador brasileiro a fim de identificar qual o bem jurídico eleito pela norma que tipifica a ação no art. 167 do projeto de reforma do Código Penal (PLS 236/2012), bem como a adequação da criminalização dessa conduta – na forma em que proposta em confronto com as ponderações levantadas nas linhas acima – para sua introdução ao ordenamento jurídico brasileiro. De antemão, cumpre referir que o projeto reformista tem sido alvo de duras críticas por conta da comunidade científica[96], que ressalta o desleixo com que foi elaborado, resultado de uma revisão

95. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A corrupção em uma perspectiva internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 64, 2007, p. 51-53. Diante da importância dos programas de *compliance* no âmbito empresarial, mas em respeito aos estreitos limites da temática neste artigo, veja-se, entre outros, CAMARGO, Rodrigo Oliveira de. *Compliance* Empresarial e Investigação Preliminar. *In:* AZEVEDO, Bernardo de; SOTO, Rafael Eduardo de Andrade. *Ciências Criminais em Debate: Perspectivas Interdisciplinares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora. 2015. p. 387-403; e GUARAGNI, Fábio André. Princípio da confiança no Direito Penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e *compliance*: relações e possibilidades. *Compliance e Direito Penal*. Coord. Fábio André Guaragni e Paulo César Busato; Org. Décio Franco David. São Paulo: Atlas, 2015, p. 70-94.

96. A crítica é bem sintetizada por Alves e Bulhões, para quem "em vista de interesses políticos que nortearam um processo legislativo, tem-se como resultado a elaboração do Código Penal em um lapso de tempo totalmente inviável para o tamanho da tarefa que é elaborar um Código condizente com o ordenamento jurídico, diante das propostas da Carta Cidadã de 1988. Assim, torna-se, no mínimo, explicável o fruto do labor da Comissão elaboradora do Anteprojeto do Código Penal recentemente apresentado ao Senado Federal, votado a toque de caixa, em regime de urgência.
A elaboração de um Código Penal demanda tempo suficiente para reflexão teórica e prática de suas reais necessidades ligadas à realidade da atual conjuntura do sistema criminal. Isso deve ser um processo que envolva todas as instâncias da sociedade civil, comunidade acadêmica e, principalmente, vozes das pessoas em situação de

técnica deficitária, da presença de equívocos graves em sua Parte Geral, de uma transposição acrítica das leis extravagantes para o interior do Código e de má técnica legislativa[97]. O diagnóstico[98] não é nada animador, pois, de quase todos os lados, o que mais se ressalta é a deficiência técnica estampada no PLS 236/2012.

Especificamente em relação à corrupção entre particulares, é digno de nota que a posição em que a tipificação se encontra no projeto reformador do Código Penal. Inserida no Título II da Parte Especial, a conduta ocupa o mesmo *locus* de todos os demais crimes contra o patrimônio, pondo de manifesto a opção político-criminal do legislador brasileiro pelos modelos austríaco e italiano de tutela do bem jurídico.

---

prisão enquanto atores e atrizes para dizer sobre o fenômeno criminal (em vez de totalmente ignorados (as)) como o foram pelos membros da Comissão).
Ora, é acertado afirmar que se torna inviável redigir um novo Código, com toda a extensão que lhe é peculiar, em apenas alguns meses. Toda cautela é bem-vinda: primeiramente, para que o legislador não caia em armadilhas econômicas, que poderão gerar riscos excepcionais para atender a situações postas como "emergências"; posteriormente, para analisar as consequências fáticas no plano de aplicação normativa dessas mudanças legislativas. Assim feito, essa é mais uma tomada de retrocesso legislativo, dessa vez de grande vulto, que costuma ser a práxis no Congresso Nacional." (ALVES, Paula Pereira Gonçalves; BULHÕES, Gabriel. A reforma do Código Penal e Criminologia: nossos Tibúrcios e seu tecnicismo como prioridade. *Boletim IBCCrim*. São Paulo: ano 23. n. 278. jan./2016).

97. LEITE, Alaor. Ciência em tempos de reforma penal: a hora e a vez da ciência jurídico-penal brasileira. *Boletim IBCCrim*. São Paulo: Ano 21. n. 264, nov./2014.

98. "O relatório da CCJ é diagnóstico definitivo sobre o *despreparo geral* do reformador, que ostenta o seu desleixo como se portasse medalha. Sequer a pergunta elementar, sobre quais seriam os defeitos técnicos do CP atual, foi formulada, com o que qualquer alteração se transforma em diletante exercício estilístico, capaz de exultar apenas alguns ávidos manualistas, venais mais do que sérios. Do ponto de vista técnico, o CP atual é infinitamente superior ao projeto ora apresentado. Atestar o desleixo do reformador não significa apenas discordar pontualmente das opções escolhidas, mas diagnosticar a incapacidade para sequer apresentar um documento que mereça o nome de projeto de CP. Poder-se-ia generosamente relembrar nosso escriba soberano: 'Quem tem outros merecimentos, pode claudicar uma vez ou duas' — mas simplesmente não há merecimentos dignos de nota. Eventuais e pontuais acertos existentes, como a supressão do autoritário crime de desacato, permanecem infinitesimais diante do mar de equívocos." (LEITE, Alaor; QUANDT, Gustavo. *Defeitos do projeto do Código Penal comprometem sua viabilidade*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-jan-28/defeitos-projeto-codigo-penal-comprometem-viabilidade]. Acesso em: 04.05.2017).

A norma penal busca, portanto, resguardar a ofensa ao patrimônio social das empresas representadas pelos sujeitos ativo e passivo do delito, pois, como bem referem Prado e Rossetto, "essa escolha não é casual, uma vez que a melhor técnica legislativo-penal impõe que o legislador esclareça no próprio diploma legal quais são os valores que pretende tutelar por meio da previsão de comportamentos delitivos"[99]. Para o legislador brasileiro, o objeto jurídico digno da tutela penal é de natureza individual da sociedade empresária, composto por todos os bens e direitos de sua titularidade, corpóreos ou incorpóreos, que se destinam à exploração de seu objeto social[100].

Contudo, ressaltam os autores que ainda que a dignidade penal desse bem jurídico patrimonial seja indiscutível, pois os bens que compõem o patrimônio social de uma empresa são fundamentais para o exercício de suas atividades essenciais, ao fim e ao cabo atos privados de corrupção atingem outros objetivos fundamentais preconizados pela Constituição Federal no que diz respeito ao exercício das atividades empresariais:

> (...) tarefas assistenciais promotoras de desenvolvimento social em condições de justiça, igualdade e solidariedade; normal funcionamento de uma economia social de mercado que promova o pleno desenvolvimento das potencialidades humanas no seio social e que esteja comprometida com o

99. PRADO, Luiz Regis; ROSSETTO, Patricia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 23, n. 114, p. 57, mai./jun. 2015.

100. "Para fins penais, o acervo patrimonial é composto pelos bens corpóreos e bens incorpóreos que compõem o ativo patrimonial da pessoa jurídica. Os bens corpóreos são os dotados de existência física e compreendem os bens imóveis; as mercadorias do estoque; os mobiliários; utensílios; veículos; maquinaria e todos os demais bens imateriais que o empresário ou a instituição privada utilizam na exploração de sua atividade. Por outro lado, os bens incorpóreos são os bens meramente conceituais, desprovidos de materialidade física. Abrangem os direitos patrimoniais (direitos do autor sobre a obra de arte, literária ou científica; direitos de crédito; direitos reais quanto à coisa); os bens industriais (patente de invenção, de modelo de utilidade, registro de desenho industrial, marca registrada, nome empresarial e título de estabelecimento); o 'ponto comercial' (local em que se explora a atividade econômica) e todos os demais bens imateriais cuja titularidade recai sobre o empresário ou a instituição privada." (PRADO, Luiz Regis; ROSSETTO, Patricia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 23, n. 114, p. 57., mai./jun. 2015; *cfe.* REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. I, p. 181-186; COELHO, Fabio Ulhôa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. I, p. 120-124).

> bem-estar de todos os cidadãos; com o desenvolvimento econômico nacional; com a erradicação da pobreza e da marginalização e com a redução de desigualdades sociais.[101]

É dizer que, muito além do que ocasionar danos patrimoniais ao empresário, comportamentos de atos de corrupção privada, na esteira do que sustentado acima, corroem a leal e justa concorrência, atingindo em cheio as condições de livre competição do mercado e causando graves consequências sociais, econômicas e políticas, justamente as preocupações que deram origem aos tratados internacionais que indicaram a criminalização da conduta e que advém do constitucionalismo penal.

Mesmo ao contrário do que preconizado pelo Plano de Trabalho da Comissão, declaradamente orientado à aplicação de

> (...) um direito penal mais voltado para a sua funcionalidade social, em sentido forte, conjuntamente com o respeito à dignidade da pessoa humana – ou seja, um sistema em perfeita sintonia com a Constituição de 1988, e que traduz uma leitura rigorosa do constitucionalismo penal

e que cujo trabalho estava norteado pela, dentre outros critérios, "necessidade de adequação às normas da Constituição de 1988 e aos tratados e convenções internacionais"[102], o legislador brasileiro optou por encarar a corrupção entre particulares como um crime patrimonial, ignorando por completo sua gênese político-criminal[103] e a adequada compreensão do

---

101. PRADO, Luiz Regis; ROSSETTO, Patricia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 23, n. 114, p. 57, mai./jun. 2015.

102. COMISSÃO DE JURISTAS PARA ELABORAÇÃO DO ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL. Projeto de Lei 236/2012. 18 de junho de 2012. Anteprojeto de Código Penal. *Relatório Final*. Brasília, DF, p. 306.

103. JAPIASSÚ esclarece que a Associação Internacional de Direito Penal – órgão consultivo da Organização das Nações Unidas, do Conselho da Europa e da Organização dos Estados Americanos, "notabilizada pela sua atuação em áreas como a política criminal e a codificação do direito penal, o direito penal comparado, o direito penal internacional e os direitos humanos na administração da justiça" – apresentou um relatório em seu Congresso realizado no ano de 2009, na China, onde indicava uma série de medidas a serem adotadas com o enfoque multilateral para o efetivo combate à corrupção. Dentre elas a recomendação de criminalização no setor privado, considerando a lesividade à competição leal ocasionada por atos de executivos e agentes que violem os interesses da empresa que representam, com atividades que lhe foram

instituto[104], amparando seu objeto de tutela penal na velha política criminal patrimonialista, característica do Código Penal vigente.

Inclusive, cumpre ressaltar que pela observação da Exposição de Motivos apresentada no Relatório Final da Comissão de Juristas retumba a omissão de justificação técnico-científica acerca da conduta a ser criminalizada. Ao passo que a quase totalidade dos tipos penais do modelo de Código ali apresentado recebiam ainda que breves considerações da Comissão, quando da necessidade de análise do tipo de corrupção entre particulares penal a ser inserido no art. 167 do Código Penal absolutamente nenhum apontamento foi feito[105]. Este silêncio causa desconforto, ainda mais considerando se tratar de uma *novatio legis incriminadora* cuja inserção ao ordenamento jurídico pátrio decorre da proposta de adequação da legislação aos pactos internacionalmente assumidos pelo Brasil, voltados para o combate à corrupção e a funcionalidade social do Direito Penal.

Este aparente desconhecimento político-criminal que orienta a criminalização da corrupção entre particulares parece justificar, neste ponto, as duras críticas proferidas pela comunidade científica no que diz respeito à transposição acrítica das leis extravagantes para o interior do Código e de má técnica legislativa. Como sustentou Chaves, a repressão penal demonstra-se coerente e efetiva quando partindo "da premissa de que a corrupção é relevantemente atentatória aos interesses do normal tráfego econômico-financeiro"[106], já que objetiva tutelar a equilibrada formação dos preços, a qualidade no oferecimento de produtos e serviços, além da justa e equânime condição de competitividade

---

confiadas pela posição que ocupa. (JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A corrupção em uma perspectiva internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 51., jan./fev. 2007)

104. Chaves já advertia que "a equivocada compreensão do teor da corrupção privada, desconsiderando-se sua real gravidade e seus impactos, leva a crer que, mesmo uma reforma da legislação vigente ou a criação de um diploma penal específico para conter manifestações de corrupção no setor privado, inclinar-se-ia a ter como fundamento a proteção do patrimônio e não propriamente a luta contra a corrupção" (CHAVES, Anna Cecília Santos. A corrupção privada no Brasil. *Revista Jurídica da ESMP-SP*, v. 4, 2013, p. 256).

105. COMISSÃO DE JURISTAS PARA ELABORAÇÃO DO ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL. Projeto de Lei 236/2012. 18 de junho de 2012. Anteprojeto de Código Penal. *Relatório Final*. Brasília, DF, p. 309/310.

106. CHAVES, Anna Cecília Santos. A corrupção privada no Brasil. *Revista Jurídica da ESMP-SP*, v. 4, 2013, p. 256.

de mercado entre os seus participantes, tudo de forma a promover o adequado funcionamento e desenvolvimento das atividades econômicas do país.

5. Considerações finais

O fenômeno da corrupção no Brasil deve ser adequadamente compreendido dentro do marco normativo internacional, de modo que o processo de produção de sentido normativo possibilite um manejo apropriado do sistema penal em conformidade com a autonomia do Direito.

Com efeito, há uma tradição que brota da Constituição no sentido de se conferir um tratamento gravoso aos crimes que atentam contra os princípios estruturantes da República, dentre eles, a dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento. A seu turno, a observância do princípio da livre concorrência, na tutela da ordem econômica, é fundamental para a preservação da confiança em torno das expectativas legítimas no Estado Democrático de Direito.

O Direito deve ser interpretado com coerência e integridade, de modo a evitar que argumentos de política ou de moral possam fragilizá-lo, máxime na atual quadra, caracterizada pelo fato de que a sociedade parou de se questionar (Castoriadis). Entre o texto e a norma medeia um processo de interpretação, sendo que o âmbito da norma (Müller) é o recorte da realidade social que deve acompanhar o hermeneuta em sua atividade.

A corrupção no setor privado viola o bem jurídico concorrência e o tipo penal se destina à tutela do regular funcionamento das regras do mercado, de natureza coletiva, e não meramente o patrimônio dos empresários, de maneira que uma equivocada leitura da sua danosidade social tende a comprometer o contributo teórico voltado à sua definição típica no ordenamento pátrio. Daí a necessidade da intensificação de estudos estatísticos para dimensionar e confrontar os impactos da corrupção privada no âmbito da economia de mercado.

A figura do *free rider* está associada ao "viajante sem o bilhete" (efeito "carona"), que explora injustamente o cumprimento das normas por terceiros para auferir vantagem indevida. O fundamento da punição das práticas corruptivas, inclusive nas relações entre particulares, decorre do dever de solidariedade inerente à regra de reconhecimento recíproco entre os cidadãos. A corrupção privada reclama tipificação autônoma no Brasil, mas não nos moldes do debate em torno do PLS 236/2012, em uma perspectiva de maior eficiência do controle penal das patologias corruptivas no âmbito da livre concorrência, evitando-se o eventual arbítrio dos poderes privados (mercado). Trata-se de instrumento de repressão penal como consequência à ineficácia que porventura ocorra das medidas de prevenção estabelecidas no âmbito empresarial com

base nos deveres de vigilância previstos pelo advento da Lei 12.846/2013[107], a exemplo da fiscalização da circulação de capitais e de controles internos e externos efetivos, se demonstrando como instrumento legítimo para a tutela jurídica da concorrência e da confiança nas relações entre particulares e o consequente resguardo de direitos humanos e fundamentais.

Por conseguinte, é possível conciliar as "premissas fundamentais de um Direito Penal garantista com a necessidade de intervenção estatal na defesa da coletividade, nomeadamente em face do fenômeno do tipo organizado"[108]. Mesmo porque, caso nenhum equacionamento for adotado "para o controle da criminalidade dos poderosos corre-se o sério risco, a curto prazo, de partir-se para um Direito Penal despótico, desligado dos princípios e das garantias próprias do Direito Penal de um Estado constitucionalmente democrático"[109].

6. Referências bibliográficas

ALAN, José Alexandre Zachia. *A corrupção e a tutela penal dos bens coletivos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

ALVES, Paula Pereira Gonçalves; BULHÕES, Gabriel. A reforma do Código Penal e Criminologia: nossos Tibúrcios e seu tecnicismo como prioridade. *Boletim IBCCrim*. São Paulo: ano 23. n. 278. jan./2016.

BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Navarra: Aranzadi. 2011.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BARRETO, Vicente de Paulo. *As máscaras do poder*. São Leopoldo: Unisinos, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, 5: dos crimes contra a Administração Pública e dos crimes praticados por Prefeitos*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

107. Até porque, é relevante aqui lembrar, as medidas administrativas de repressão à ocorrência de atos de corrupção ocorridos no seio empresarial se destinam às pessoas jurídicas, conforme expressa o art. 1º da Lei 12.846/2013, e que eventual responsabilização à pessoa física nos termos da Lei Anticorrupção, que é subjetiva, se limitaria aos gerentes e administradores, ainda nos termos do art. 1º, agora em seu § 2º.

108. LIMA, Vinicius de Melo. *Lavagem de Dinheiro & Ações Neutras: Critérios de Imputação Penal Legítima*. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 63.

109. FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. *Temas de Direito Penal Econômico*. (Org.). Roberto Podval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 258.

BOCK, Dennis. Compliance y Deberes de vigilancia en la empresa. *In:* KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo e GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. *Compliance y Teoría del Derecho Penal*. Marcial Pons. Madrid. 2013.

BOLEA BARDON, Carolina. El delito de corrupción privada: bien jurídico, estructura típica e intervenientes. *Revista para Análisis de Derecho*. Barcelona, 2013. Disponível em: [www.indiret.com/pdf/966_c.pdf]. Acesso em: 01.04.2017.

BORDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BORGES, Anselmo. O crime econômico na perspectiva filosófico-teológica. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra, n. 10, 2000.

BUCHANAN, James M. *The demand and supply of public goods*. Rand Mcnally Economics Series, 1968.

CAMARGO, Rodrigo Oliveira de. *Compliance* Empresarial e Investigação Preliminar. *In:* AZEVEDO. Bernardo de; SOTO. Rafael Eduardo de Andrade. *Ciências Criminais em Debate: Perspectivas Interdisciplinares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2015.

CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; WEBBER, Lair. Combate à corrupção, *compliance* e controle social. *Lições Fundamentais de Direito III*. QUARTIERO, Alexandre da Silva; KÖLLING, Gabrielle; CORDIOLI, Leandro (orgs.). Porto Alegre: Paixão Editores, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *"Brancosos" e Interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

CHAVES; Anna Cecília Santos Chaves. A Corrupção Privada no Brasil. *Revista Jurídica* ESMP-SP, 2013, v. 4.

COELHO, Fabio Ulhôa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. I.

COMISSÃO DE JURISTAS PARA ELABORAÇÃO DO ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL. Projeto de Lei 236/2012. 18 de junho de 2012. Anteprojeto de Código Penal. *Relatório Final*. Brasília, DF, 479 p.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Algunas cuestiones politico-criminales sobre la corrupcion privada. Limites e eficacia de los compliance. *In:* MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MARTÍN, Victor Gómez. *Responsabilidad de la Empresa y Compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*. Editorial IBdF: Montevideo/Buenos Aires. 2014.

COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

DAVID. Décio Franco. *Compliance* e Corrupção Privada. *In:* BUSATO, Paulo Cesar; GUARAGNI. Fabio André; DAVID. Décio Franco. Compliance *e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2015.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra, 2001.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARALDO CABANA, Patricia. Hacia un delito de corrupción en el sector privado. *Estudios Penales y Criminológicos*, XXIII, 2002. Cursos e Congressos da Universidade de Santiago de Compostela.

FAZZIO JR., Waldo. *Por um conceito de corrupção pública em sentido amplo*. Disponível em: [www.ibccrim.org.br].

FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing (the moral limits of the criminal law)*. Oxford University Press: Universidade de Oxford, 1988, v. IV.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FELDENS, Luciano. Constituição e Direito Penal: o legislador entre a proibição, a legitimidade e a obrigação de penalizar. *In:* SCHMIDT. Andrei Zenker. *Novos rumos do Direito Penal contemporâneo: livro em homenagem ao Prof. Cezar Roberto Bitencourt*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 2. ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*. Madrid: Trotta, 2011, v. 2.

FERREIRA, Renata Rodrigues de Abreu. *Corrupção no setor privado: uma questão de bem jurídico*. Disponível em: [www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=193#_ftn98]. Acesso em: 01.04.2017.

FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 17, n. 81, p. 48-60, nov./dez. 2009.

FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. *Temas de Direito Penal Econômico*. (Org.) Roberto Podval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FRANCO, António Luciano de Sousa. *Manual de finanças públicas e direito financeiro*. 4. ed. Lisboa, 1974.

FURTADO, Regina Helena Fonseca Fortes. O combate à corrupção no setor privado – o crime de corrupção entre particulares do art. 286 bis do Código Penal espanhol. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. Ano 18. n. 221, abril/2011.

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

GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo. LiberArs, 2016.

GONZÁLES BLESA, Francisco Javier. *Delito de Corrupción entre particulares: Comentarios y críticas al artículo 286 bis CP*. Disponível em: [http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4761-delito-de-corrupcion-entre-particulares:-comentarios-y-criticas-al-articulo-286-bis-cp-/]. Acesso em: 01.04.2017.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

GUARAGNI, Fábio André. Princípio da confiança no Direito Penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e *compliance*: relações e possibilidades. *Compliance e Direito Penal*. (Coord.). Fábio André Guaragni e Paulo César Busato; (Org.). Décio Franco David. São Paulo: Atlas, 2015.

HEFENDEHL, Roland. *Deve ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*. Disponível em: [www.criminet.ugr/es/recpc]. Acesso em: 01.04.2017.

HÖFFE, Otfried. *Derecho intercultural*. Tradução de Rafael Sevilla. Barcelona: Editorial Gedisa, 2008.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A corrupção em uma perspectiva internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 51., jan./fev. 2007.

LEITE, Alaor. Ciência em tempos de reforma penal: a hora e a vez da ciência jurídico-penal brasileira. *Boletim IBCCrim*. São Paulo: Ano 18. n. 264, nov./2014.

LEITE, Alaor; QUANDT, Gustavo. *Defeitos do projeto do Código Penal comprometem sua viabilidade*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-jan-28/defeitos-projeto-codigo-penal-comprometem-viabilidade].

LIMA, Vinicius de Melo. *Lavagem de dinheiro & ações neutras: critérios de imputação penal legítima*. Curitiba: Juruá, 2014.

LIMA, Vinicius de Melo. *Teoria Hermenêutica da Responsabilidade Decisória: Direitos Sociais entre Ativismo Judicial e Decisão Jurídica Democrática*. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

LIVIANU, Roberto. *Corrupção e Direito Penal: um diagnóstico da corrupção no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LOPES, José Mouraz. *O Espectro da Corrupção*. Coimbra: Almedina, 2011.

MARTIN, Adán Nieto. A corrupção no setor privado: reflexões a partir do ordenamento espanhol à luz do direito comparado. *Revista do Ministério Público*, n. 51, p. 105-111.

MARTINS, Rui Cunha. *A Hora dos Cadáveres Adiados*. São Paulo: Atlas, 2013.

MOLINA. Antônio Garcia Pablos de; GOMES, Luis Flávio. *Criminologia*. 8. ed. Col. Ciências Criminais. Editora Revista dos Tribunais, 2012. v. 5.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 4. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MÜLLER, Friedrich. O Novo Paradigma do Direito. *Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. Trad. Dimitri Dimoulis et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PAGOTTO, Leopoldo. Esforços Globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. *In:* DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro e AYRES, Carlos Henrique da Silva. Temas de Anticorrupção e *Compliance*. Rio de Janeiro. Elsevier, 2013.

PRADO, Luiz Regis; ROSSETTO, Patricia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 23, n. 114, p. 51-97, mai./jun. 2015.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Discurso sobre o Brasil*. São Paulo: Saraiva. 2012.

REALE JÚNIOR, Miguel; RIZZO, Beatriz Dias. Corrupção no setor privado. 29 de agosto de 2012. São Paulo: *IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Volume único. 1666C. (Seminário Internacional de Ciências Criminais), 2012.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. I.

ROSE-ACKERMAN, Susan. A economia política da corrupção. *In*: ELLIOTT, Kimberly Ann (Org). *A corrupção e a economia global*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Trust, honesty and corruption. Reflection on the state-building process. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/lepp_papers]. Acesso em: 01.04.2017.

RUIVO, Marcelo de Almeida. Corrupção e gestão fraudulenta. O financiamento ilícito de campanha por bancos públicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. (Coord.). Heloísa Estellita. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 22, n. 111, p. 157-177, nov./dez. 2014.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco* (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal). Coimbra: Coimbra, Stvdia Ivridica 56, 2001.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. A corrupção. [Da luta contra o crime na interseção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador]. *Direito Penal Económico e Europeu*: Textos Doutrinários. Instituto de Direito Penal Económico e Europeu. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, v. 3.

SGUBBI, Filippo. L'Interesse diffuso come oggeto della tutela penale (considerazioni svolte com particolare riguardo alla protezione del consumatore). *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1976.

THE FREE RIDER PROBLEM. Stanford Encyclopedia of Philosofy. Disponível em: [www.plato.stanford.edu/entries/free-rider/]. Acesso em: 01.04.2017.

VILLORIA MENDIETA, *Manuel. La corrupción política*. Madrid: Editorial Síntesis, 2006.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares, de Luiz Regis Prado e Patrícia Carraro Rossetto – *RBCCrim* 114/51-97 (DTR\2015\9159);
- Cooperação da pessoa jurídica para apuração do ato de corrupção: investigação privada? de Antenor Madruga e Luciano Feldens – *RT* 947/73-90 (DTR\2014\9965); e
- Uma revolução silenciosa: lei anticorrupção e a governança empresarial, de Napoleão Casado Filho – *RDB* 72/249-258 (DTR\2016\22441).

Whistleblowing no direito penal brasileiro: análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional

Whistleblowing under Brazilian criminal law: analysis of the bills in process before the National Congress

Andre Ricardo Godoy

Pós-graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra – Portugal e IBCCRIM. Graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie – Brasil. Advogado criminalista.
andre@cazadvogados.com

Recebido em: 22.03.2017
Aprovado em: 14.07.2017
Última versão do autor: 13.03.2017

Área do Direito: Penal

Resumo: O artigo tem por objetivo traçar as características do *whistleblower*, e analisar os projetos de lei em tramitação perante o Congresso Nacional, cujo objeto é a inserção de tal instituto no direito penal brasileiro.

Palavras-chave: *Whistleblower* – *Whistleblowing* – Corrupção.

Abstract: The article aims to trace the whistleblower characteristics, and make an analysis of the bills in process before the National Congress, whose object is the insertion of such institute in the Brazilian criminal law.

Keywords: Whistleblower – Whistleblowing – Corruption.

Sumário: 1. Introdução. 2. Criminalidade econômica e descobrimento de ilícitos na atividade empresarial. 3. *Whistleblower*. 3.1. Desenvolvimento histórico. 3.2. Conceito. 3.3. Voluntariedade como elemento essencial. 3.4. A promessa de recompensa pecuniária. 3.5. *Whistleblower* interno e externo. 4. Comunicação de fatos inverídicos e responsabilização do *whistleblower*. 5. Propostas legislativas de internalização do *whistleblower* no Brasil. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

O desenvolvimento da sociedade pós-industrial é recorrentemente apontado como causa da intensa proliferação de tipos penais que visam proteger bens jurídicos outrora sequer existentes.

Com efeito, a teoria da Sociedade do Risco, de Ulrich Beck, a qual a doutrina faz recorrente referência[1], é utilizada para demonstrar o alargamento das fronteiras do Direito Penal, e a rapidez com que novos interesses foram incorporados ao discurso penal[2].

Mundialmente, é cada vez maior o rigor no combate à corrupção[3]. Especificamente no cenário do direito brasileiro, as Leis 12.683/2012 e 12.846/2013 são exemplos claros deste movimento de hipertrofia do direito penal. A primeira contém dispositivos que impõem, notadamente aos atores participantes do mercado financeiro e bens e serviços de luxo, elencados em seu artigo 9º, uma série de obrigações previstas nos artigos 10 e 11 do texto legal, sob ameaça de aplicação de graves sanções, dentre as quais a imposição de multas elevadas, que podem acarretar a falência da pessoa jurídica.

Já a Lei 12.846/2013, denominada "Lei Anticorrupção", atende anseios internacionais e institui, por seu artigo 7º, inciso VIII, a ideia de atenuação das sanções aplicáveis a empresas que possuam programas de *compliance* efetivos, o que parece simbolizar uma recomendação para as empresas situadas no âmbito de aplicação da norma, para que criem e deem vida a códigos de ética e canais de comunicação de condutas ilícitas, no seio das respectivas companhias.

Para fomentar ainda mais o interesse pelo tema, o noticiário anuncia que estão em tramitação no Congresso Nacional, três Projetos de Lei com idêntico objetivo: regulamentar o pagamento de recompensa pecuniária àquele que denunciar – ou delatar, a depender da redação de cada Projeto de Lei – ilícitos praticados na atividade empresarial.

---

1. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal:* uma avaliação de novas tendências político-criminais, IBCCRIM, 2005 e SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal*: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais. Editora Revistas dos Tribunais, 2011.
2. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: tomo I:* questões fundamentais: a doutrina geral do crime. Revista dos Tribunais, 2007, p. 155-168. Veja-se ainda PRITTWITZ, Cornelius. A função do direito penal na sociedade globalizada do risco – defesa de um papel necessariamente modesto. *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Coord. Kai Ambos, María Laura Böhm. Gazeta Jurídica, 2013, p. 54-66.
3. Sobre o desenvolvimento do combate à corrupção no cenário mundial veja-se: PODVAL, Roberto e RIZZO, Beatriz Dias. Corrupção: uma crítica da razão punitiva. *Direito Penal Secundário*. Revista dos Tribunais, 2006, p. 373-413.

2. Criminalidade econômica e descobrimento de ilícitos na atividade empresarial

A criminalização de condutas potencialmente lesivas praticadas no contexto da atividade empresarial é preocupação do legislador brasileiro há tempos.

De fato, são muitos os diplomas que, sob o pretexto de proteger a ordem econômica, ou o sistema financeiro, estabelecem tipos de crime variados, cabendo a citação, a título exemplificativo, das Leis 7.492/86, 8.137/90 e 9.613/98.

De se ressaltar que, mesmo após a vigência de tais normas – marcadas pela antecipação da tutela penal – o combate a tais condutas selecionadas pelo legislador parece interminável, multiplicando-se os casos envolvendo a prática de ilícitos no seio empresarial.

Como bem destaca Arnaldo Malheiros Filho,

> (...) essa criminalidade de mera conduta vem do fato de ter o legislador, pensando em ampliar o espectro punitivo, [ter] adotado a política do leito de Procusto, amputando de tipo de lei anterior o resultado, que considerava difícil provar. Por isso a gestão fraudulenta ou temerária da Lei 1.521/51, que se tornava criminosa quando levava a instituição à falência, à insolvência ou ao inadimplemento de obrigação contratual, teve os pés cortados no novo diploma e assim o "mal menor" (a mera conduta) passou a ser o delito mais grave de quantos ele prevê.[4]

Por opção de política criminal, passou-se a incriminar condutas que até então não tinham qualquer relevância penal. Esse processo de expansão do direito penal é notado, mais recentemente, após as recentes crises financeiras de 2000 e 2008, que afetaram profundamente o sistema financeiro norte-americano[5]. Foi a partir de tais experiências que os Estados, de modo geral, passaram a incrementar a política de terceirização da fiscalização de ilícitos no seio empresarial.

Esse processo de sub-rogação da obrigação de vigiar operações suspeitas não é novo[6]. Desde a década de 1990, o Brasil tem visto uma intensificação

4. Direito penal econômico e crimes de mero capricho. *Direito penal econômico*: análise contemporânea. Coord. Celso Sanchez Vilardi, Flavia Rahal Bresser Pereira, Theodomiro Dias Neto, Série GVLaw, Saraiva, 2009, p. 73.
5. HAENSEL, Taimi. *A figura dos* gatekeepers: aplicação às instituições intermediárias do mercado organizado de valores mobiliários brasileiro. Almedina, 2014, p. 23-64.
6. De fato, desde a "Grande Depressão de 1929" observa-se uma constante evolução da intervenção estatal na atividade econômica como forma de combater crises financeiras.

da produção legislativa na seara do direito penal econômico[7], sendo digno de nota o fato de que a Lei 9.613/98 já determinava a obrigação de terceiros na fiscalização de operações suspeitas.[8]

Com efeito, a experiência empírica da expansão do direito penal, largueando suas fronteiras para criminalizar condutas no seio empresarial, demonstrou

7. Miguel Reale Jr. denomina o movimento político-criminal em questão como "Direito Penal fernandino", em alusão aos presidentes da República que sancionaram as leis em questão, conforme noticiam: WUNDERLICH, Alexandre; ESTELLITA, Heloísa. Sigilo, deveres de informação e advocacia na lei de lavagem de dinheiro. *Livro Homenagem a Miguel Reale Junior*. LMJ Mundo Jurídico, 2014.

8. Art. 9º da Lei 9.613/98, em sua redação original: Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as *pessoas jurídicas* que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não:
I – a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira;
II – a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial;
III – a custódia, emissão, distribuição, liqüidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários.
Parágrafo único. Sujeitam-se às mesmas obrigações:
I – as bolsas de valores e bolsas de mercadorias ou futuros;
II – as seguradoras, as corretoras de seguros e as entidades de previdência complementar ou de capitalização;
III – as administradoras de cartões de credenciamento ou cartões de crédito, bem como as administradoras de consórcios para aquisição de bens ou serviços;
IV – as administradoras ou empresas que se utilizem de cartão ou qualquer outro meio eletrônico, magnético ou equivalente, que permita a transferência de fundos;
V – as empresas de arrendamento mercantil (*leasing*) e as de fomento comercial (*factoring*);
VI – as sociedades que efetuem distribuição de dinheiro ou quaisquer bens móveis, imóveis, mercadorias, serviços, ou, ainda, concedam descontos na sua aquisição, mediante sorteio ou método assemelhado;
VII – as filiais ou representações de entes estrangeiros que exerçam no Brasil qualquer das atividades estadas neste artigo, ainda que de forma eventual;
VIII – as demais entidades cujo funcionamento dependa de autorização de órgão regulador dos mercados financeiro, de câmbio, de capitais e de seguros;
IX – as *pessoas físicas ou jurídicas*, nacionais ou estrangeiras, que operem no Brasil como agentes, dirigentes, procuradores, comissionárias ou por qualquer forma representem interesses de ente estrangeiro que exerça qualquer das atividades referidas neste artigo;
X – as pessoas jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis;
XI – as *pessoas físicas ou jurídicas* que comercializem jóias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antigüidades.

que o cidadão comum, que passa quarenta horas por semana dentro da empresa, consegue identificar mais facilmente eventuais desvios do que os órgãos incumbidos de investigar condutas ilícitas, ou potencialmente ilícitas.

Nessa linha, parece sedutora a ideia de que, ao invés de combater os efeitos de uma conduta com implicações drásticas para a Sociedade, o Estado lance mão de um mecanismo que antecipe tais efeitos e, por que não dizer, evite a prática delitiva, relegando-a a atos tentados?

Vale ressaltar que a Lei 12.683/2012, ampliou e intensificou ainda mais o rol de sujeitos obrigados a comunicar operações que possam constituir-se em sérios indícios de lavagem de capitais, incluindo doze novos parágrafos à Lei de Lavagem de Capitais.

Acerca do tema, Marco Antônio de Barros relembra que dois propósitos se cumprem com a alteração legislativa: (i) obstar que o sistema financeiro e os setores produtivos sejam instrumentos para a lavagem de capitais além de (ii) mostrar à sociedade brasileira que não é tarefa exclusiva dos órgãos estatais a fiscalização de operações ilegais. [9]

É inegável concluir que, a pretexto de combater a criminalidade, o Brasil tenha optado por direcionar sua política de vigilância mediante a participação compulsória de pessoas físicas e jurídicas que participem do dia a dia das operações.[10]

3. *Whistleblower*

3.1. Desenvolvimento histórico

Para compreender adequadamente a participação do *whistleblower* no contexto da criminalidade de empresa, são necessárias algumas reflexões acerca do seu desenvolvimento histórico, o que será feito a partir da análise da experiência norte-americana.

Obviamente, não se pretende com isso afirmar que o anseio de comunicar irregularidades, pelas mais variadas razões, é privilégio daquele país. Como

9. BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. 4. ed. Revista dos Tribunais, p. 275.

10. Ressalta-se que não será objeto de análise a opção moral do Estado em obrigar que particulares fiscalizem ações, e recompensar economicamente aqueles que o fizerem, como se extensão dos órgãos de regulação e policial fosse. O tema, sem dúvida alguma, merece reflexão aprofundada, e fugiria aos limites do presente trabalho.

bem destaca Ragués i Valles[11], a atitude de tornar pública a prática de supostos fatos ilícitos não decorre de uma determinada cultura, ou momento histórico.

Contudo, o desenvolvimento do tema nos Estados Unidos é evidente, valendo destacar que há naquele país, entidades criadas especificamente para receber, processar e encaminhar às autoridades, informações de supostas irregularidades, além de conferir proteção ao *whistleblower*[12].

A tradução da palavra *whistleblower* seria "aquele(a) que sopra o apito". No Brasil, o termo vem sendo traduzido para "reportante"[13], muito embora não se verifique tal uso unanimemente.

Porém, adotaremos o termo no seu vernáculo original, ao longo de todo o texto, o que acreditamos não interferirá no desenvolvimento do estudo.

A tradução – ou não – do termo constitui uma dificuldade a ser enfrentada em cada país, uma vez que, conforme alerta a doutrina, "a expressão não possui, tampouco, uma tradução fácil para outros idiomas, como o alemão e, por isso, nos trabalhos publicados nesse idioma normalmente se emprega a expressão em inglês."[14]

Aponta-se como antecedente remoto do *whistleblowing*, a lei editada pelo Rei Wihtred of Kent, no século XII, que previa recompensa pecuniária àqueles que comunicassem a violação da lei sagrada de guardar o sábado:

> Se um homem livre trabalhar durante o período proibido [i.e., o Shabat], deverá ser punido, e aquele que comunicou o fato deverá receber a metade

11. RÁGUES I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing:* una aproximación desde del derecho penal. Marcial Pons, 2013, p. 24.
12. As organizações norte-americanas mais conhecidas, que exercem esta atividade são a Government Accountability Project, especialmente por ter auxiliado *whistleblower* mundialmente (Edward Snolden) ([www.whistleblower.org/]) e a National Whistleblowers Center ([www.whistleblowers.org/index]).
13. A expressão vem sendo adotada pelo ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, notadamente durante os debates que analisaram o Projeto de Lei 4850/2016, popularmente conhecido como "10 medidas contra a corrupção", na Câmara dos Deputados. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-out-05/desembargador-propoe-whistleblower-pacote-anticorrupcao]. Acesso em: 09.03.2017.
14. LUTTERBACH, *Die strafrechtliche Würdigung*, p. 3 e ss., e Schemmel/Ruhmannseder/Witzigmann, Hinweisgebersysteme, p. 5, *apud* RÁGUES I VALLÈS, Ramon. W*histleblowing:* una aproximación desde del derecho penal. Marcial Pons, 2013, p. 20. (Tradução livre do autor).

da multa aplicada, além dos lucros advindos do trabalho praticado durante o período proibido.[15]

No âmbito do direito norte-americano, a *False Claims Act*, vigente desde 1863, contém disposições que preveem recompensa pecuniária que pode chegar a 30 por cento do valor arrecadado, àqueles que levam a conhecimento da autoridade omissões de declarações feitas ao Governo.[16]

A valorização da figura daquele que comunica atos ilícitos é percebida a partir da década de 1960, nos Estados Unidos, em razão dos movimentos de defesa dos direitos civis, e do dilema que viviam as empresas e o Estado diante dos novos riscos da pós-modernidade.[17]

Na década seguinte, o caso Watergate[18] coroou esta tendência de valorização do informante interno, de tal forma que, desde a década de 1970, existem diversos textos legais estadunidenses que contém dispositivos que visam fomentar o ato de comunicar atos potencialmente ilícitos.

As Nações Unidas também demonstram clara preocupação com o desenvolvimento e efetividade da figura do *whistleblower*. Veja-se que a Convenção contra a Corrupção – internalizada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 5.687/2006[19], estabelece em seu Artigo 33 a recomendação de que

15. DOYLE, Charles. *Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes, Congressional Research Service*, 6 ago.2009. Disponível em: [www.fas.org/sgp/crs/misc/R40785.pdf]. Acesso em: 09.03.2017. (Tradução livre do autor).
16. RÁGUES I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing:* una aproximación desde del derecho penal. Marcial Pons, 2013, p. 55.
17. GLAZER, Myron Peretz; GLAZER, Penina Migdal. *The Whistleblowers. Exposing Corruption in Government & Industry.* Basic Books, 1991, p. 9-38.
18. Vale ressaltar que não se tem notícia de que o informante do caso Watergate tenha recebido recompensa pecuniária, o que, em tese, o descaracterizaria como *whistleblower*. O episódio é apontado como grande escândalo de corrupção da política norte-americana, e envolvia a responsabilidade do presidente norte-americano à época, Richard Nixon, no assalto ao Comitê Nacional Democrata (partido opositor), situado no edifício Watergate. Os fatos foram ligados ao então presidente, através do informante "Deep Throat", cuja identidade foi conhecida em 2005, como William Mark Felt. Os fatos levaram à renúncia do presidente Nixon.
19. Modesto Carvalhosa noticia que antes mesmo do Decreto 5.687/2006, o Brasil já havia internalizado a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, internalizada pelo Decreto 3.678/2006. CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei anticorrupção das pessoas jurídicas*: Lei 12.846 de 2013, Revista dos Tribunais, 2015, p. 31.

os Estados-Parte incorporem medidas para proteger aqueles que "denunciem" fatos qualificados como típicos.

Seria negar a realidade deixar de admitir que a implementação do *whistleblowing* é uma tendência – senão uma exigência – mundial. Basta verificar que a OECD – *Organisation for Economic Co-operation and Development* – firmou plano anticorrupção[20], estipulando como uma das frentes de ação, a implementação de programas de proteção de *whistleblowers* nos países componentes da OECD que ainda não o fizeram.

Não fosse bastante, a internalização da prática aqui estudada no direito brasileiro, foi objeto do plano anual de ações da ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – em 2016, de modo que vem ganhando importância no estudo do direito penal no Brasil[21].

3.2. Conceito

O conceito de *whistleblower* apresenta algumas diferenças nos escritos dedicados ao assunto. O G20 *Anticorruption Action Plan*, estabelece, em documento dedicado às formas de proteção aos *whistleblowers*, o seguinte conceito: "a comunicação, por empregados e ex-empregados de práticas ilegais, ilícitas, perigosas ou antiéticas de seus empregadores."[22]

Muito semelhante é a definição traçada por Ramon Ragués i Vallès, segundo a qual se tratariam daqueles

> (...) membros ou antigos membros de uma determinada organização pública ou privada, que denunciam práticas ilícitas – ou pouco éticas – levadas a cabo pela própria organização ou por sujeitos que dela são parte, trazendo a luz tais fatos, conforme o caso, aos seus superiores, autoridades, ou terceiros. [23]

Já o Dodd-Frank Act (Section 23, "a", 7), dispõe da seguinte forma seu

20. Disponível em: [www.oecd.org/daf/anti-bribery/G20_Anti-Corruption_Action_Plan_(2013-2014).pdf]. Acesso em: 02.03.2017.
21. Ação n. 4, estabelecida na XIII Reunião Plenária da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro. Disponível em: [http://enccla.camara.leg.br/acoes/acoes-de-2016]. Acesso em: 04.03.2017.
22. Disponível em; [https://g20.org/wp-content/uploads/2014/12/G20_Whistleblower_Protection.pdf]. Acesso em: 04.03.2017. (Tradução livre do autor).
23. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Op. cit.*, p. 20. (Tradução livre do autor)

conceito de *whistleblower*: "O termo *whistleblower* significa qualquer indivíduo, ou dois ou mais indivíduos em comunhão, que fornecem informações sobre violações a esta lei à comissão, na forma por ela estabelecida."

A partir de tais definições, é possível traçar premissas para a caracterização da figura em estudo. A primeira delas é de que o *whistleblower* faça parte, ou tenha feito parte do quadro de funcionários próprios ou terceirizados. A segunda consiste na amplitude de hipóteses que podem ser noticiadas pelo funcionário, na medida em que estariam sujeitas à denúncia, condutas que, não necessariamente constituiriam tipos de ilícito penal, mas outras práticas antiéticas.[24]

Ademais, deve-se atentar para o ineditismo da informação, na medida em que o fato trazido pelo *whistleblower* deve ser desconhecido dos órgãos fiscalizadores, sejam eles do próprio mercado, ou órgãos de polícia.[25]

Além dos conceitos gerais expostos acima, outras características essenciais são expostas pela doutrina como partes integrantes do *whistleblower*, conforme será apontado a seguir.

3.3. Voluntariedade como elemento essencial

A espontaneidade daquele que opta por relatar condutas ilícitas – ou imorais como se apontou acima – é característica intrínseca da figura estudada. Não se trata de premissa exclusiva do *whistleblower*, já que a voluntariedade também é condição para a colaboração premiada, nos termos do art. 4º, da Lei 12.850/2013.

Ramon Ragués i Vallès traça um paralelo interessante entre a ausência do dever de denunciar e as disposições penais e processuais penais espanholas, para concluir que inexiste obrigação por parte de pessoas que não exercem cargos oficiais de investigação de comunicar eventuais condutas ilícitas. Não se tem notícia, quer nos países de gênese normativa no *Common Law*, quer naqueles filiados à *Civil Law*, de imposição de sanções a particulares que deixem de

24. Nesse ponto, vale relembrar as lições de Miguel Reale acerca da teoria do mínimo ético, no sentido de que direito e moral são círculos concêntricos, mas não se confundem. (*Lições preliminares de direito*, 27. ed., Saraiva, p. 41-58).

25. BERINI, Arturo González de León. *El criminal compliance em la reforma norteamericana de la Dodd-Frank Act*, *in* Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas, coord. Jesús-María Silva Sánchez e Raquel Montaner Fernández. Atelier, 2013, p. 137.

comunicar crimes dos quais têm conhecimento direto.[26]

Neste ponto, voltando os olhos para o sistema normativo brasileiro, verifica-se que o Código de Processo Penal acompanha este entendimento, estabelecendo nos artigos 5º, § 3 º, e 301, uma opção para o particular que toma conhecimento de suposto fato criminoso, sob os seguintes termos:

> Art. 5º. Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: [...] § 3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito. Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Desta forma, forçoso concluir que o ato de exteriorizar a outrem, fatos supostamente ilícitos de que tem conhecimento não pode ser enxergado como obrigação do particular, ficando reservado seu direito de não expor informações que detém, por variadas razões, quanto mais em razão de seu ofício.

3.4. A promessa de recompensa pecuniária

Trata-se, possivelmente, do mais controvertido ponto do fenômeno sob estudo, isto é, a expectativa de ser recompensado monetariamente com o sucesso da denúncia realizada. Muito embora as definições do conceito, lançadas parágrafos acima, não carreguem em si o pressuposto da contraprestação pecuniária, a promessa de recompensa tem sido apontada como parte essencial da evolução e proliferação da figura em questão.

Como aponta a doutrina[27], a experiência histórica demonstra que a promessa de recompensa com a atitude de denunciar caminha lado a lado com o fenômeno *whistleblower*.

O *Dodd-Frank Act* estabelece o pagamento de recompensas aos *whistleblowers* (Section 23, "b") entre 10 e 30 por cento do valor total das sanções pecuniárias impostas à(s) empresa(s). Há critérios para determinar a variação do percentual, aumentando ou diminuindo a recompensa, conforme a importância da informação revelada, grau de auxílio efetivo do whistleblower durante os processos judicial e/ou administrativo.

26. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Op. cit.*, p. 42-50.

27. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Op. cit.* , p. 54.

No Canadá, a *Ontario Securities Comission* estabeleceu que o *whistleblower* pode receber como recompensa até US$1,5 milhão (um milhão e quinhentos mil dólares americanos), independentemente dos valores ilícitos serem recuperados, ou até US$5 milhões (cinco milhões de dólares americanos), na hipótese de a quantia ilícita ser recuperada pelo órgão estatal[28].

A legislação irlandesa, em *seu Protected Disclosures Act*, aplica interessante fator de cálculo do montante da recompensa, estabelecendo que, a depender da real motivação do *whistleblower*, a recompensa paga deve sofrer um decréscimo de pelo menos 25 por cento.[29]

A discussão ética acerca da política de incentivar a denunciação de atos teoricamente criminosos mediante o pagamento de dinheiro foge aos estritos limites desse trabalho, e certamente gera intrigantes questionamentos. Por óbvio, as notícias sobre recompensas milionárias, pagas pelo governo norte-americano a *whistleblowers* como Bradley Birkenfield, que denunciou ilícitos no seio da instituição financeira UBS[30], naturalmente fazem refletir sobre os reais anseios que motivam o cidadão a reportar atos antiéticos e/ou ilegais às autoridades.

Contudo, é indene de dúvida, conforme ver-se-á mais à frente, que o legislador brasileiro parece ter optado pelo modelo de *whistleblowing* mediante recompensa, não se verificando nas propostas legislativas qualquer citação à possibilidade de implementação do instituto independentemente de remuneração pecuniária, fundamentando-se essa opção legislativa, como "incentivo" ao cidadão.

3.5. Whistleblower *interno e externo*

Outro ponto que merece relevo nesse breve estudo é a diferenciação entre aqueles que comunicam os fatos ilícitos para os canais disponíveis dentro da empresa, daqueles que o fazem diretamente aos órgãos públicos responsáveis, ou à mídia.

28. Disponível em: [www.osc.gov.on.ca/en/whistleblower.htm]. Acesso em: 04.03.2017.
29. Schedule 2, 1.(4): In determining the amount of compensation that is just and equitable in a case in which the investigation of the relevant wrongdoing concerned was not the sole or main motivation for making the disclosure, the amount that would be just and equitable may be up to 25 per cent less than it would otherwise be.
30. Disponível em: [www.cnbc.com/2015/04/30/why-did-the-us-pay-this-former-swiss-banker-104m.html]. Acesso em: 03.03.2017.

A pedra de toque que permite diferenciar as situações está ligada à relação do agente comunicado com a empresa supostamente envolvida nos fatos ilícitos. Para a definição entre *whistleblower* interno e externo, pouco importa a posição do agente *whistleblower* com relação à empresa, mas sim entre aquele que recebe a notícia de fato supostamente ilícito e a empresa supostamente envolvida.

Noutros termos, pouco importa que a denúncia parta de empregado de uma empresa terceirizada, por exemplo, mas sim que o suposto fato ilícito seja comunicado à empresa "acusada", por meio de seus canais internos.

Nesse ponto, fica evidente a importância dos programas de *Compliance* no cenário empresarial, uma vez que os funcionários podem comunicar situações suspeitas, e submetê-las à análise da área responsável. Não se perca de vista, ademais, que o fato da pessoa jurídica sobre a qual recai a suspeita possuir um programa verdadeiramente comprometido na descoberta e repressão de condutas criminosas é fator mitigador de eventual penalidade, expressamente previsto nos ordenamentos jurídicos estrangeiros[31], assim como na Lei 12.846/2013.[32]

Como destacam Helena Lobo e Marina Coelho[33], o FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*) estabelece algumas premissas para se determinar a efetividade de um programa de *compliance*[34], uma vez que tal requisito é essencial para determinar sua importância na atividade da empresa.[35]

Desta feita, a aplicabilidade do programa de *Compliance* possui ampla

31. MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *Compliance* Anticorrupção: importância e elementos essenciais. *Temas de Anticorrupção &* Compliance. Elsevier, 2013, p. 167-202.

32. Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:
[...]
VIII – a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

33. *Compliance* e o julgamento da APn 470. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 106, v. 22, 2014, p. 215-230.

34. São eles: criação de manual de conduta escrito e acessível a todos os colaboradores, canal eficiente de recebimento de denúncias, nomeação de *compliance officer*, treinamento habitual e adequado aos colaboradores e aplicação efetiva das punições, na forma que prescritas no manual de *compliance* da companhia.

35. Nas palavras das autoras: "Um programa de *compliance* que não é sequer conhecido pelos funcionários não servirá para demonstrar os rumos da atividade da empresa, nem mesmo a intenção de prevenção de ocorrência de condutas ilícitas no seio da atividade empresarial." (p. 223)

abrangência, abarcando diversas relações internas da empresa, bem como suas relações com seus clientes, fornecedores e Poder Público.

Mas também existe a possibilidade de que os fatos sejam comunicados a agentes externos e alheios à empresa, aí compreendidas as comunicações a pessoas estranhas à empresa sobre condutas supostamente ilícitas no seio da atividade empresarial, levadas a cabo por pessoa que faz ou fez parte de seus quadros.

Distinguem-se, ainda, as denúncias externas diretas e denúncias externas subsidiárias. As primeiras seriam realizadas pelo *whistleblower* aos órgãos fora da empresa, responsáveis ou não, pela apuração dos fatos ilícitos – aqui incluída a mídia –, ao passo que as denúncias subsidiárias seriam aquelas realizadas após uma prévia denúncia interna, que não tenha gerado efeitos concretos.

Como destaca Adán Nieto Martín,

> (...) ainda mais úteis são as investigações internas quando as empresas tomam a decisão de comunicar os fatos ao órgão fiscalizador, por exemplo, por meio de canal de denúncias, das quais não havia qualquer notícia. É bem verdade que, em teoria, as pessoas jurídicas podem comunicar ao órgão fiscalizador, independentemente de qualquer investigação, a denuncia do *whistleblower*. Porém, isto só ocorrerá em casos excepcionais. O normal é que a empresa procure verificar minimamente a denúncia, e conheça o ocorrido, a fim de avaliar quais consequências pode sofrer com a abertura de processo criminal decorrente da denúncia.[36]

A diferenciação terá relevância maior nos casos em que a situação trazida a público não tiver relevância penal, mas for comunicada aos grandes veículos de mídia, ou às autoridades. Nessas hipóteses, a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem firmado os seguintes requisitos para considerar a sobredita conduta como expressão de direitos fundamentais do agente: (i) interesse público da informação revelada, (ii) proporcionalidade, isto é, que a divulgação não cause danos excessivos à empresa, (iii) veracidade da informação e (iv) atuação de boa-fé do *whistleblower*, despida de intenções

36. *Problemas fundamentales del cumplimento normativo em el Derecho Penal in* Compliance y teoria del Derecho penal, Marcial Pons, 2013, p. 47 (tradução livre do autor).

maléficas para com a empresa interessada.[37]

4. Comunicação de fatos inverídicos e responsabilização do *whistleblower*

Como último ponto relevante, há de se ponderar que, nem sempre os fatos trazidos a público pelo *whistleblower* se mostrarão como verdades absolutas, quer por má-fé do denunciante, quer por desídia na coleta das informações que lhe permitiram concluir estar diante de conduta ilícita.

Sem dúvida, por estarmos no campo das relações humanas, é imaginável que ocorram situações nas quais uma troca de e-mails ou um telefonema abram margem para duvidar da integridade daquela conversa.

Em tais situações, afirma-se que somente pode ser responsabilizado nas esferas civil, administrativa e penal, se restar demonstrado que o *whistleblower* tinha conhecimento de que as informações eram falsas, ou que tenha atuado com "desrespeito imprudente pela verdade"[38].

Nessa linha de raciocínio, o debate acerca da internalização do instituto ora estudado no direito brasileiro deve estar acompanhado da discussão acerca dos limites da responsabilidade civil e penal do indivíduo que pretender tornar-se um *whistleblower*, para divulgar informações falsas, dado que, conforme se verá mais à frente, não faz parte da agenda dos projetos de lei apresentados no Congresso Nacional.

A partir do momento em que o Estado estimula esta conduta, deve-se conferir ao *whistleblower* seriedade suficiente para que a ferramenta não seja utilizada de maneira desvirtuada, com denunciantes "laranjas" imputando fatos a empresas concorrentes, por exemplo.

A edição de lei que crie e regule a atividade de *whistleblowing* é uma realidade viva, de maneira que seu estudo e implementação adequada no ordenamento jurídico brasileiro são imprescindíveis para que não se importe mais um conceito solucionador de problemas, que não sairá do papel ou, quiçá, traga mais problemas.

Não se diga, porém, que a discussão sobre os limites da atividade de

37. *Case of Heinisch vs. Germany, European Court of Human Rights*, 21.7.2011. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105777]. Acesso em: 09.03.2017.

38. RÁGUES I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing:* una aproximación desde del derecho penal, Marcial Pons, 2013, p. 229. (Tradução livre do autor)

denunciação do *whistleblower* seria uma proteção aos criminosos. Como já se apontou, e ver-se-á mais adiante nos Projetos de Lei em trâmite no Congresso Nacional, a realidade jurídica estrangeira, os acordos multilaterais firmados entre as nações, a própria modernização na investigação de ilícitos, enfim, uma série de fatores, convergem para a realidade indiscutível de que o Brasil deve ter, em futuro próximo, uma legislação sobre *whistleblowing*.

Contudo, é primordial que os limites da denunciação sejam discutidos, a fim de evitar-se a utilização do instrumento de retaliação, oferecendo à Sociedade, um instrumento confiável no combate à criminalidade empresarial.

5. Propostas legislativas de internalização do *whistleblower* no Brasil

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema, acreditamos que as bases lançadas nos capítulos anteriores são suficientes para enfrentarmos a tarefa de analisar as propostas legislativas de inclusão do referido instituto no direito brasileiro.

Conforme se apontou mais acima, há uma tendência mundial de proliferação do *whistleblowing* como prática a ser fomentada pelos Estados, o que parece legitimar a preocupação do Congresso Nacional em criar as premissas para a internalização do *whistleblower* como ferramenta para a descoberta de ilícitos penais no direito penal econômico.

Recente estudo, elaborado pelo Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consulta Legislativa do Senado Federal apontou para uma urgência na edição de legislação que contemple a figura do *whistleblower* no Brasil, baseando-se notadamente nas críticas ao caráter pouco ético que tem a delação premiada, já que pressupõe um participante do ato ilícito como informante e aspirante a benefício legal, o que não se verifica na hipótese de *whistleblowing,* conforme apontamos mais acima.[39]

Até o momento, há notícia de quatro Projetos de Lei em trâmite no Congresso Nacional que têm por objeto a inserção do *whistleblower* no combate à corrupção e criminalidade empresarial.

O primeiro Projeto de Lei apresentado na Câmara dos Deputados é o de n.

39. Disponível em: [www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td175]. Acesso em: 09.03.2017.

1.701/2011[40], subscrito pelo Deputado Manato. Por meio da referida proposta, pretende-se instituir o Programa Federal de Recompensa e Combate à Corrupção, cominando recompensas pecuniárias e proteção ao "informante".

A recompensa ao *whistleblower* estaria estabelecida da seguinte forma:

> Art. 4º O cidadão que oferecer informações imprescindíveis para a apuração do ilícito, punição dos acusados e recuperação dos bens e valores desviados fará jus a uma recompensa em moeda nacional correspondente a 10% (dez por cento) sobre o total apurado dos valores e bens apreendidos. Parágrafo único. A recompensa de que trata o *caput* deste artigo não poderá ser superior a 100 (cem) salários mínimos vigentes à época do pagamento da recompensa ao informante. Art. 5º A União criará um Fundo de Recepção e Administração de bens e valores recuperados em processos judiciais relativos aos crimes de que trata o artigo 1º desta lei, com sentença condenatória transitada em julgado. Tais bens e valores depositados em Juízo serão transferidos para o referido Fundo, o qual providenciará seu gerenciamento e devolução aos órgãos públicos do qual foram desviados, e deduzirá do montante apreendido a porcentagem de 10% devida ao informante, estabelecida no artigo 3º desta lei. Parágrafo único. O pagamento ao informante será feito pelo Fundo de que trata o artigo 4º desta lei.

Destaca-se no texto sob análise, a ausência de delimitação de valores mínimos, o que pode gerar problemas de ordem prática, como comunicações de atos supostamente lesivos ao erário que sejam insignificantes do ponto de vista penal.

Não se perca de vista que o Supremo Tribunal Federal[41] já declarou atípica a conduta do agente acusado de descaminho, em razão dos valores que deixaram de ser recolhidos a título de tributo não superarem o patamar estipulado pela Lei 10.522/02, atualizada pelas Portarias 75 e 130/2012, do Ministério da Fazenda.

Por outro lado, o Projeto de Lei parece preocupar-se com o nível máximo de recompensa, estabelecendo o teto de 100 (cem) vezes o salário-mínimo vigente à época do pagamento da recompensa, como limite.

40. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=893596&filename=PL+1701/2011]. Acesso em: 02.03.2017.

41. *Habeas Corpus* 120.617/PR, Rel. min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 04.02.2014, DJe 20.02.2014. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5305993]. Acesso em: 09.03.2017.

Há característica marcante, portanto, no sentido de evitar a criação de uma indústria de enriquecimento exorbitante às custas de denúncias de irregularidades, tratando todos os *whistleblowers* – no que se refere ao pagamento de recompensa – de forma igualitária com a estipulação de valor máximo de recompensa financeira.

Vale frisar que se encontra apensado ao Projeto de Lei em questão, o Projeto de Lei 6.132/2013, do Deputado Enio Bacci, outra proposta cujo objeto é conceder "prêmio a pessoa que comunicar às autoridades competentes a prática de crime contra a Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, de que resulte a efetiva recuperação de valores ao Erário. "[42] Referido Projeto de Lei encontra-se atualmente arquivado, nos termos do artigo 105, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Já o Projeto de Lei do Senado 664/2011[43], de autoria do Senador Walter Pinheiro, pretende acrescentar parágrafo ao artigo 5º, do Código de Processo Penal, para que dele conste que:

> Art. 5º [...] § 3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito, sendo assegurado ao comunicante, nos casos de crimes tributários ou contra a Administração Pública, 10% (dez por cento) do valor que vier a ser recuperado.

Verifica-se que a redação da proposta legislativa é abrangente, e engloba qualquer cidadão que tenha conhecimento dos supostos crimes que se pretende investigar, o que parece estar distante da ideia de *whistleblowing*, e de suas características próprias delineadas linhas acima.

O raio de pessoas que estariam enquadradas na hipótese do texto que se pretende incluir no Código de Processo Penal é enorme, de tal sorte que os efeitos práticos de autorizar que muitas pessoas sejam recompensadas por denunciarem supostos crimes pode acarretar em mercantilização da informação, desvirtuando a finalidade do *whistleblower* como ferramenta útil na descoberta de delitos.

42. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1118176&filename=PL+6132/2013]. Acesso em: 04.03.2017.

43. Disponível em: [http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/98711.pdf]. Acesso em: 04.03.2017.

O terceiro Projeto de Lei, de autoria do Deputado Federal João Campos[44], pretende incluir um oitavo inciso ao artigo 1º, da Lei de Crimes Hediondos, para que dela conste os tipos penais de peculato, concussão, corrupção passiva e corrupção ativa, além de estabelecer, a criação da figura do *whistleblower*, sob a seguinte redação:

> Art. 3º A pessoa ou o grupo de pessoas, que delatar a prática de crime contra a Administração Pública, receberá, como recompensa pela colaboração na elucidação deste delito, o valor correspondente a 1% (um por cento) do ressarcimento do prejuízo causado ao erário, previsto na Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, pago pelo autor do ilícito.

O Projeto de Lei 3.506/2012 apresenta em sua justificação uma série de reportagens veiculadas na mídia, para fundamentar a necessidade de incluir novos tipos penais na Lei de Crimes Hediondos.

Prossegue afirmando que "a falta de engajamento da população ocorre pela ausência de mecanismo incentivando as pessoas a participar da luta contra a corrupção", razão pela qual pretende estabelecer a recompensa ao "delator" nos termos acima descritos.

Como unanimidade, chama a atenção o fato de que as propostas legislativas vêm acompanhadas de enxutas justificativas, escoradas em reportagens publicadas na mídia, e na suposta intranquilidade social que tais crimes que se visa combater acarretam à Sociedade.

Tal constatação é preocupante, na medida em que a produção legislativa deveria ser fruto de estudo, meditação e debate acerca da inserção de tão importante figura no ordenamento jurídico, ao invés de estar escorada em justificativas extraídas da mídia.

Por tais razões, espera-se que os projetos de lei supracitados sejam objeto de intensa discussão no Congresso Nacional, uma vez que, da forma em que estão redigidos, causariam efeitos danosos ao sistema de investigação de condutas ilícitas, acabando por fulminar qualquer relevância benéfica do *whistleblower* no combate à criminalidade empresarial, seja pela abrangência ou pouca meditação a respeito da matéria sobre a qual se pretende legislar.

6. Conclusão

44. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=973671&filename=PL+3506/2012]. Acesso em: 04.03.2017.

As considerações traçadas nas páginas anteriores permitem que esbocemos algumas conclusões a respeito do tema. A primeira delas é que a possibilidade fática de denunciar feitos ilícitos sempre existiu, e a proposta do sistema de recebimento de tais informações é proteger, através da confidencialidade e da proibição de retaliação, aqueles que decidirem trilhar este caminho.

Trata-se de uma tendência mundial, fomentada pelos países que são grandes potências econômicas, e por organizações mundiais como a OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico –, além de estar intimamente ligada a tratados internacionais subscritos pelo Brasil.

Ainda que louvável o objetivo de fundo, a matéria precisa ser debatida não só nas casas legislativas, mas também no seio social, sob pena de, a pretexto de combater a criminalidade, importar-se um instrumento que pode gerar efeitos danosos à sociedade, com a proliferação de uma cultura de denunciação por motivos não tão nobres, tais como afetar negativamente um concorrente, mediante a divulgação de uma informação que ainda não foi minimamente comprovada.

Nessa linha de ideias, duas propostas parecem coerentes com o instituto estudado, a fim de evitar desvirtuamento. Inicialmente, a imposição de penalidade – não necessariamente criminal – em face do *whistleblower* que comunicar fatos inverídicos ou que não se sustentem. A repugnância que merece o agente que se vale de tão caro e sério instituto para prejudicar interesses das empresas, ou como meio de retaliação em face de pessoas específicas deve ser prontamente reprovada, sob pena de se iniciar uma guerra de interesses privados trazidos para o âmbito penal.

Em segundo lugar, e como medida subsidiária, parece salutar a imposição de sigilo não só da identidade do *whistleblower*, como já se verifica dos Projetos de Lei acima apontados, mas também da informação por ele divulgada à área de *compliance* da empresa, ou aos órgãos de fiscalização competentes.

Ademais, considerando que as informações divulgadas não precisam ser previamente comunicadas à área de *compliance* da empresa, como verificou-se em capítulo próprio, há de se debater a delimitação da alternativa, nos casos de *whistleblowing* externo, impondo-se, por exemplo, a previsão de que os fatos devam ser divulgados somente ao órgão regulador ao qual a empresa está submetida, por exemplo, a Comissão de Valores Mobiliários, que realizará a apuração em absoluto sigilo, tudo sob pena de não pagamento da recompensa almejada com a divulgação.

Como se disse, tal alternativa seria subsidiária, na medida em que o *whistleblowing* à imprensa pode ser realizado, e não se cogitaria de limitar a imprensa livre de noticiar tais fatos.

Contudo, a denúncia veiculada fora dos canais de comunicação internos da empresa, ou dos órgãos regulatórios *deve ser vista com ressalvas*, uma vez que a divulgação direta à imprensa poderá, não raras vezes, pretender mais do que o *whistleblowing* se constitui, transmutando-se, rapidamente, em feroz agente de destruição de reputações de pessoas, físicas e jurídicas.

Desta forma, evitar-se-ia o uso midiático das informações, impedindo-se que a inserção do *whistleblower* no ordenamento jurídico brasileiro sirva a outros propósitos, senão a apuração e responsabilização nos limites legais, daqueles que atuam de forma criminosa por meio de suas empresas.

7. Referências

ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho; COSTA, Helena Regina Lobo da. *Compliance* e o julgamento da APn 470. R*evista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 106, v. 22, p. 215-230, 2014.

BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*, 4. ed. rev., atual. e ampl., Revista dos Tribunais, 2013.

BERINI, Arturo González de León. El criminal *compliance* em la reforma norteamericana de la *Dodd-Frank Act*. *Criminalidad de empresa y* Compliance: Prevención y reacciones corporativas. Coord. Jesús-María Silva Sánchez e Raquel Montaner Fernández. Atelier, 2013.

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei n. 12.846 de 2013*. Revista dos Tribunais, 2015.

DOYLE, Charles. *Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes*, Congressional Research Service, 6 ago. 2009. Disponível em: [http://fas.org/sgp/crs/misc/R40785.pdf].

CONWAY-HATCHER, Amy; GRIGGS, Linda; KLEIN, Benjamin. How whistleblowing may pay under the U.S. Dodd-Frank Act: implications and best practices for multinational companies. *Temas de Anticorrupção &* Compliance. Elsevier, 2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo. D*ireito penal: parte geral: tomo I:* questões fundamentais: a doutrina geral do crime. Revista dos Tribunais, 2007.

FILHO, Arnaldo Malheiros. Direito penal econômico e crimes de mero capricho. *Direito penal econômico*: análise contemporânea. Coord. Celso Sanchez Vilardi, Flavia Rahal Bresser Pereira, Theodomiro Dias Neto. Série GVLaw, Saraiva, 2009.

GLAZER, Myron Peretz; GLAZER, Penina Migdal. *The Whistleblowers. Exposing Corruption in Government & Industry*. Basic Books, 1991.

HAENSEL, Taimi. *A figura dos* gatekeepers*:* aplicação às instituições intermediárias do mercado organizado de valores mobiliários brasileiro. Almedina, 2014.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal:* uma avaliação de novas tendências político-criminais, IBCCRIM, 2005.

MAEDA, Bruno Carneiro. *Compliance* e Anticorrupção: importância e elementos essenciais. *Temas de Anticorrupção &* Compliance. Elsevier, 2013.

MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimento normativo em el Derecho Penal. Compliance *y teoria del Derecho penal*. Marcial Pons, 2013.

OLIVEIRA, J. M. F. *A Urgência de uma Legislação* Whistleblowing *no Brasil*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Maio/2015. Texto para Discussão 175. Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos].

PODVAL, Roberto; RIZZO, Beatriz Dias. Corrupção: uma crítica da razão punitiva. *Direito Penal Secundário*. Revista dos Tribunais, 2006.

PRITTWITZ, Cornelius. A função do direito penal na sociedade globalizada do risco – defesa de um papel necessariamente modesto. *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Coord. Kai Ambos, María Laura Böhm. Gazeta Jurídica, 2013.

RÁGUES I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing:* una aproximación desde del derecho penal. Marcial Pons, 2013.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed., Saraiva, 2008.

WUNDERLICH, Alexandre, ESTELLITA, Heloísa. *Sigilo, deveres de informação e advocacia na lei de lavagem de dinheiro in* Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior, organização Janaina Conceição Paschoal, Renato de Mello Jorge Silveira, LMJ Mundo Jurídico, 2014.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A interpretação constitucional possível da responsabilidade objetiva na lei anticorrupção, de Igor Sant'anna Tamasauskas e Pierpaolo Cruz Bottini – *RT* 947/133-155 (DTR\2014\9947); e
- Histórico da criminalidade econômica, de Joyce Roysen – *RBCCrim* 42/192-213 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 1/541-565 (DTR\2012\450460).

As ações neutras na estrutura do delito

The neutral actions in crime structure

Vinicius de Melo Lima

Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo/RS. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa, Portugal. Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Brasil).Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Professor de Direito Penal e de Processo Penal da Universidade Luterana do Brasil, Campus Torres. Autor dos livros.
vmelolima@hotmail.com

Recebido em: 17.10.2016
Aprovado em: 26.11.2016
Última versão do autor: 05.12.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: As ações neutras ou ações socialmente adequadas lançam importantes questões sobre a caracterização do injusto penal, o âmbito de incidência e a tipicidade da conduta. Noutras palavras, questiona-se em que medida as ações do quotidiano, como um negócio jurídico ou uma transferência de valores, adquirem uma ressonância jurídico-penal, bem com os respectivos limites. Assim, a busca do equilíbrio entre as garantias fundamentais e a eficácia da persecução penal reclama o estudo das condutas neutras, na esfera da teoria geral do delito, de modo a conferir legitimidade ou validade ética aos critérios de imputação jurídico-penal. O referencial teórico que norteia a presente investigação é a teoria estruturante do Direito (Friedrich Müller).

Palavras-chave: Ações neutras – Teoria do delito – Direitos fundamentais – Eficácia.

Abstract: Neutral actions or socially adequate actions raise important questions about the characterization of the unjust criminal, the scope of incidence and the typical conduct. In other words, it is questioned to what extent daily actions, such as a legal transaction or a transfer of values, acquire a juridical-criminal resonance, as well as the respective limits. Thus, the search for a balance between fundamental guarantees and the effectiveness of criminal prosecution calls for the study of neutral conduct, in the sphere of the general theory of crime, in order to confer legitimacy or ethical validity on the criteria of criminal-legal imputation. The theoretical framework that guides this research is the Structuring Theory of Law (Friedrich Müller).

Keywords: Neutral actions – Crime theory – Fundamental rights – Efficacy.

Sumário: 1. Breve introito: incursões dogmáticas sobre as ações neutras. 2. As condutas neutras e sua inserção na teoria do delito. 3. Tipicidade objetiva. 3.1. Teoria da proibição do regresso (ou do retrocesso). 3.2. Teoria da adequação social. 3.3. Teoria da adequação

profissional. 3.4. Teoria dos papéis ou do rol social. 3.5. Princípio da confiança e a autor-responsabilidade. 3.6. Solidarização com o injusto alheio. 3.7. Cursos causais hipotéticos ou causalidade virtual. 3.8. A idoneidade da proibição. 4. Tipicidade subjetiva. 4.1. A referência de sentido delitivo. 4.2. Teoria da ponderação de interesses. 4.3. A problemática dos conhecimentos especiais do agente: punição dos pensamentos? 5. Solução da justificação. 6. A conduta típica de intervenção no delito. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. Breve introito: incursões dogmáticas sobre as ações neutras

Do processo de comunicação entre os indivíduos no tecido social, determinados atos praticados no mundo da vida podem tangenciar a esfera do injusto penal.

Com efeito, a prestação de serviços jurídicos, a realização de um negócio jurídico, o transporte de um passageiro em um táxi, a aquisição de uma mercadoria, apenas para traçar alguns exemplos, constituem condutas que se inserem em um padrão de normalidade, mostrando-se socialmente adequadas.

Isso porquanto a vida no tecido social é caracterizada por um plexo de direitos e obrigações, assumidas por sujeitos de direitos que se inter-relacionam em situações inúmeras, observando-se, não raras vezes, a existência de riscos decorrentes do exercício de atividades econômicas e profissionais.

Nesse sentido, a sociedade atual é tida como uma sociedade de riscos[1], decorrendo a possibilidade da produção de eventos imprevisíveis e incertos, cujos efeitos multiplicadores podem conduzir à afetação de bens vitais à sociedade organizada. Beck fala que os riscos são imprevisíveis e incontroláveis, não estando na margem de escolha do indivíduo, provenientes da denominada modernização reflexiva.

A modernização reflexiva implica em uma *autoconfrontação* com os efeitos negativos que a sociedade de risco produz na vida das pessoas. A teoria da reflexividade sustenta que "quanto mais avança a modernização das sociedades modernas, mais ficam dissolvidas, consumidas, modificadas e ameaçadas as bases da sociedade industrial. O contraste está no fato de que isso pode muito bem ocorrer sem reflexão, ultrapassando o conhecimento e a consciência"[2].

1. Nesse sentido, ver BECK, Ulrich. *Risk Society. Towards a New Modernity*. Trad. Mark Ritter. London: Thousand Oaks, New Dehli, Sage Publications, 1992, p. 11 e ss.
2. BECK, Ulrich; GUIDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva:* política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 16 e ss. e p. 210 e ss.

Na esfera dos crimes econômicos, são entabulados certos atos negociais da vida cotidiana, os quais estariam abrangidos em um espaço de liberdade, denominado *risco permitido*.

A imputação integra um processo comunicativo que canaliza a relação entre o Direito e a sociedade. Constitui, desse modo, o limite do "mundo" do Direito, que não ultrapassa o nível dessa expressão de desaprovação, tampouco se envolve numa cruzada moralizadora ou na ética individual[3]. Daí advém a problemática das ações ditas neutras, também conhecidas por inócuas, socialmente adequadas ou cotidianas, podendo ser definidas *a priori* como os comportamentos não manifestamente puníveis que contribuem mediata ou imediatamente para a realização do ilícito penal, no âmbito do concurso de pessoas.

Afinal, são puníveis as ações praticadas na esfera das liberdades econômicas ou profissionais que acabam contribuindo para a prática do ilícito-típico?

Consoante Greco[4], as ações neutras são "aquelas contribuições a fato ilícito alheio que, à primeira vista, pareçam completamente normais", ou seja, "todas as contribuições a fato ilícito alheio não manifestamente puníveis".

Por sua vez, Robles Planas[5] sustenta que a denominação "condutas neutrais" revela a presença de dois elementos comuns, um de caráter objetivo e outro subjetivo. Afirma que são condutas que se realizam de maneira adequada a um rol ou estereótipo, com o conhecimento por parte de quem as leva a cabo de sua idoneidade para, direta ou indiretamente, produzir um resultado delitivo.

Em realidade, as condutas neutras pressupõem uma espécie de conflito entre o lado externo e o lado interno do fato: há uma aparência externa de licitude da conduta praticada pelo agente associada a uma aparência interna de antijuridicidade, razão pela qual a ubiquidade é outra nota característica de tais contributos[6].

Nessa linha de raciocínio, cumpre destacar alguns exemplos colhidos na literatura[7]:

1) Um taxista transporta, conhecendo o que vai acontecer, uma pessoa de X a Y para cometer em Y um delito;

3. FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien Jurídico y Sistema Del Delito*. Montevideo Buenos Aires: Editoral B de f, 2004, p. 229.
4. GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras*. A imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 110.
5. ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito:* fundamento y límites. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2003, p. 33.
6. Cf. ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 34-5.
7. Citados por ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 35-7.

2) O notário, em um contrato de compra e venda de uma firma, conhecia a vontade das partes de fixar um preço real menor do que por sua vez dava fé no contrato escrito, com o qual para efeitos fiscais se computou por debaixo do preço real o imposto sobre a aquisição de bens imóveis;

3) A é empregado do Banco C. A realiza diversas operações (por exemplo, uma transferência a um banco estrangeiro) por encargo de A, sabendo que tem como finalidade a defraudação de impostos.

A doutrina discute a relevância penal das ações neutras, em regra, na esfera da participação delitiva, mais especificamente no tocante aos limites da cumplicidade punível.

Entre nós, a lei penal brasileira, em princípio, acolheu um conceito unitário de autor, porém, a adoção de critérios legais de distinção entre autoria e participação transforma o paradigma monista em diferenciador, admitindo a aplicação de teorias modernas, a exemplo da teoria do domínio do fato, a qual tem sido utilizada pela doutrina para definir as formas de comparticipação criminosa[8].

É preciso, pois, uma "unidade de sentido objetivo-subjetiva", de tal modo que o fato aparece como obra da vontade que conduz ao sucesso, associada à importância material da parte que cada interveniente assumiu no fato. Por isso, somente pode ser autor quem, em atenção à importância material de sua aportação objetiva, contribua a dominar o curso do fato[9].

A renormativização do tipo objetivo trouxe a lume o estudo de teorias como a da adequação social, adequação profissional, proibição do regresso, princípio da confiança, autorresponsabilidade, incremento do risco etc., que necessitam de uma ligação sistemática, em cotejo com o fundamento do injusto do interveniente.

Por que razão as ações que contribuíram para o fato ilícito devem (ou não) ser alvo de punição?

Tanto a autoria quanto a participação trazem em comum a intervenção no delito, diferenciando-se no tocante às formas de operar-se tal intervenção.

---

8. Cf. SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 242. Segundo o referido autor, "a idéia básica da teoria do *domínio do fato* pode ser assim enunciada: o autor *domina* a realização do fato típico; o partícipe *não domina* a realização do fato típico, não tem controle sobre a continuidade ou paralisação da ação típica". *Op. cit.*, p. 241.
9. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Trad. Mir Puig e Muñoz Conde. Vol. II, Barcelona: Bosch, 1981. p. 398.

As interações sociais, como ensina Robles Planas[10], podem ser verticais ou horizontais, destacando-se as primeiras em virtude da existência de delegação de competências, com um gradual afastamento da atribuição de responsabilidade do fato à execução material, a exemplo das figuras da autoria mediata e da comissão por omissão. As interações horizontais, por sua vez, operam-se no mesmo nível ou plano hierárquico, tendo por figuras representativas as formas de coautoria e de participação.

O problema das condutas neutras é relativo a ambas as interações (vertical e horizontal), de causação direta ou indireta do delito, cumprindo-se, então, valorar os comportamentos que se situam na fronteira entre o socialmente adequado e a comparticipação criminosa. A discussão centra-se, pois, no significado neutral da intervenção com respeito ao fato delituoso a que se refere[11].

Tal situação remete ao debate em torno dos contributos neutros no âmbito da teoria geral da infração penal, ao invés de uma interpretação formulada em tiras, em situações pontuais.

Quanto ao paradigma adotado, registra-se a importância de Friedrich Müller e sua teoria estruturante do Direito, que parte da diferença entre o texto e a norma jurídica, evidenciando a existência de elementos "normativos" e "empíricos" no âmbito da aplicação e fundamentação do direito:

> O teor literal expressa o "programa da norma", a ordem jurídica" tradicionalmente assim compreendida. Pertence adicionalmente à norma, em nível hierárquico igual, o âmbito da norma (ou domínio da norma), i. é o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma "escolheu" para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação (com amplamente no caso de prescrições referentes à forma e questões similares). (...) No direito constitucional evidencia-se com especial nitidez que uma norma jurídica não é um "juízo hipotético" isolável diante do seu âmbito de regulamentação, nenhuma forma colocada com autoridade por cima da realidade, mas uma inferência classificadora e ordenadora a partir da estrutura material do próprio âmbito social regulamentado. Correspondentemente, elementos "normativos" e "empíricos" do nexo de aplicação e fundamentação do direito, que decide o caso no processo da aplicação prática do direito, provam ser multiplamente interdependentes e, com isso, produtores de um efeito normativo de nível hierárquico igual. No âmbito do processo efetivo

10. ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 31.

11. ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, pp. 31-40. O referido autor delimita seu estudo ao exame das condutas neutras de participação a título de cumplicidade.

> da concretização prática do direito, "direito" e "realidade" não são grandezas que subsistem autonomamente por si. A ordem e o que por ela foi ordenado são momentos da concretização da norma, em princípio eficazes no mesmo grau hierárquico, podendo ser distinguidos apenas em termos relativos[12].

2. AS CONDUTAS NEUTRAS E SUA INSERÇÃO NA TEORIA DO DELITO

Consoante à doutrina majoritária, o crime constitui um comportamento típico, ilícito e culpável, havendo ainda quem sustente que a punibilidade seria um elemento constitutivo do injusto.

A tipicidade significa a plena subsunção da conduta praticada no mundo da vida nos estreitos limites do Direito Penal.

Já a ilicitude consiste na contrariedade da conduta do agente frente ao ordenamento jurídico, não estando sob o abrigo de eventuais causas justificantes, a exemplo da legítima defesa.

A seu turno, a culpabilidade configura um juízo de censura que recai sobre o agente imputável, dotado de potencial consciência da ilicitude, não sendo exigível, nas circunstâncias do caso concreto, um comportamento diverso do empregado pelo agente.

Consoante, ensina Fernanda Palma[13] que a culpa pressupõe uma ligação vivida com o dano, dependendo de uma experiência subjetiva efetiva do mal, ou seja, um poder de desejarmos o dano e de nos apropriarmos subjetivamente do mundo causal que o cria.

Além do estudo dos seus elementos dogmáticos, o princípio da culpa constitui também uma fonte de legitimação da intervenção do Direito Penal. Nesse contexto, a culpa jurídico-penal atua como princípio de imputação, limitando a intervenção punitiva do Estado a condutas dotadas de significado

12. MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 4. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 58-9.

13. PALMA, Maria Fernanda. *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 39-40. A autora procurar investigar critérios éticos para a aferição do juízo de culpa, a partir da lógica das emoções e sua influência no Direito Penal. A seu turno, Figueiredo Dias segue uma concepção existencialista de culpa, relacionando-a com a personalidade do agente concretizada no fato por ele praticado. Em sua definição, a culpa corresponde à "própria autoria ou participação do existir (e do ser-livre) em uma contradição com as exigências do dever-ser que lhe são dirigidas logo a partir do seu característico modo de ser (do ser-livre)". DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, Culpa, Direito Penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 152.

comunicativo ético-social, cujo desvalor implica numa ofensa a um bem jurídico tutelado pelo ordenamento penal.

Reportando-se ao tema objeto da investigação, as ações neutras são identificadas pela doutrina ora no plano da tipicidade, ora na esfera da ilicitude, afastando a caracterização do injusto, em consonância com a situação concreta.

Isso porque tão arbitrário é negar a punibilidade de toda ação cotidiana ou habitual, como afirmá-la sempre, se não se fundamenta na perigosidade da conduta[14].

A doutrina alemã reporta as seguintes fases: 1ª) de 1840 a 1920: quando se discutia a responsabilidade a título de cumplicidade do vendedor de uma arma de fogo, que não tinha intenção outra senão a de receber o dinheiro do comprador, ainda que tivesse fundadas razões para crer que o objeto vendido seria utilizado como instrumento de um crime; 2ª) renascimento o tema em razão de artigo de Jakobs sobre a teoria da proibição do regresso, na *ZStW* (1977), sustentando que as ações neutras só seriam passíveis de responsabilização se o interveniente não se limitasse a cumprir o seu papel social, mas conformasse o seu contributo ao plano criminoso do autor; 3ª) de 1994 até hoje, em razão das primeiras decisões do BGH no caso Dresdner Bank, em que foram condenados como cúmplices na fraude fiscal dos clientes os trabalhadores bancários que fizeram transferências anônimas de capitais para o estrangeiro[15].

O núcleo do problema é saber quais os limites mínimos da intervenção punível, estabelecendo os limites do Direito Penal frente aos espaços de normalidade cotidiana[16].

A seguir, procura-se identificar as principais linhas de entendimento sobre as ações neutras no plano da teoria geral do delito, sob o enfoque dos limites mínimos da contribuição/ intervenção para o injusto legitimamente punível.

3. Tipicidade objetiva

A corrente doutrinária que sustenta a atipicidade das condutas neutras toma por norte de avaliação as elementares objetivas e subjetivas exigidas pelo tipo penal.

A maior atribuição de peso a uma ou outra solução depende do fio condutor da análise dogmática.

14. ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit*, p. 45.
15. AGUILAR, Francisco Manoel Fonseca de. *Dos comportamentos ditos neutros na cumplicidade*. Lisboa: AAFDL, 2014, p. 41-45.
16. HASSEMER apud ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 75.

Com o advento da teoria da imputação objetiva, a conduta do agente deve ser idônea para causar um risco não permitido, afetando o bem jurídico tutelado pela norma penal.

A teoria da imputação objetiva tem origem nas obras de Larenz e Honig, sendo posteriormente desenvolvida por Roxin e Jakobs, como contraposição à concepção finalista de Welzel, em face de sua visão ontologicista dos elementos da conduta.

Para a referida teoria, o tipo objetivo passa a ser o centro da gravidade, havendo divergência entre Roxin e Jakobs sobre a relevância dos conhecimentos especiais do autor: Roxin sustenta que "ações humanas, e também ações típicas, consistem sempre em um entrelaçamento de momentos objetivos e subjetivos"[17], ao passo que Jakobs adota um entendimento de que resulta a normativização do tipo penal, extraindo dele todo e qualquer dado ontológico.

A imputação ao tipo objetivo pressupõe a realização de um perigo criado pelo autor e não coberto por um risco permitido dentro do alcance do tipo e a sua realização no resultado. O risco permitido vem a ser uma conduta que cria um risco relevante do ponto de vista jurídico, porém está permitida, de um modo geral, diferentemente das justificantes, excluindo a imputação ao tipo objetivo[18].

Nessa senda, o agente deve ter criado, mediante sua conduta causal para a produção do resultado, um perigo desaprovado no sentido do tipo penal respectivo, isto é, uma conexão entre a conduta dolosa ou imprudente e a criação de um risco desaprovado[19].

Na lição de Reyes Alvarado[20], a imputação objetiva é a teoria que permite estabelecer o que, para o Direito, é uma conduta lesiva dos interesses sociais.

---

17. ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 122. Em sua crítica à teoria da imputação objetiva, Queiroz sustenta que "o surrealismo dos exemplos utilizados pelos adeptos da teoria da imputação objetiva põe de manifesto que seu âmbito de aplicação é reduzidíssimo, de sorte que, em razão do seu excessivo grau de abstração, constitui, em boa parte, pura especulação teórica, e, como tal, desprovida de maior transcendência". QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal*. Introdução Crítica. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 138.
18. Cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estrutura de la teoria del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, pp. 367-71.
19. Cf. FRISCH, *Tipo penal e Imputación Objetiva*. Dir. Enrique Bacigalupo. Trad. Manuel Cancio Meliá *et all*. Madrid: Colex, 1995, p. 34.
20. REYES ALVARADO, Yesid. Fundamentos teóricos de la imputación objetiva. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 1992, p. 964.

Logo, será preciso identificar se o resultado pode ser atribuído objetivamente à obra do agente, sendo que a teoria da imputação objetiva é uma teoria de "não-imputação", voltada à restringir o alcance da proibição ou a determinação típica sobre determinado sujeito[21].

A corrente objetivista pauta-se por critérios ou teorias extraídas da imputação objetiva, destacando-se as seguintes: a) teoria da proibição do regresso; b) teoria da adequação social; c) teoria da adequação profissional; d) teoria dos papéis; e) princípio da confiança; f) solidarização com o injusto alheio; g) cursos causais hipotéticos, h) idoneidade da proibição.

3.1. Teoria da proibição do regresso (ou do retrocesso)

A *teoria da proibição do regresso* é um critério utilizado para limitar a imputação de um resultado a certos comportamentos que possam ter causado resultados, mas que estão fora do interesse do Direito Penal.

A ruptura do nexo de imputação, como assinala D'Ávila[22], "ocorrerá sempre que uma ação tornar-se causa de um resultado típico, em virtude do desvio provocado por um terceiro", citando como exemplo o devedor que paga suas dívidas, sabendo que o credor, com o dinheiro, comprou a arma utilizada no homicídio, afirmando que "não será considerado responsável pelo crime, mesmo que, ao pagar, tivesse conhecimento da intenção criminosa do credor".

Concebida tradicionalmente por Frank, no âmbito da causalidade, ao limitar a autoria, a teoria da proibição do regresso, em sua versão moderna, implica no alcance da imputação apenas ao garante da não ocorrência do resultado[23].

Feijóo Sanchez[24], em monografia dedicada ao tema, questiona se existe uma "proibição do regresso" como limite geral do tipo em Direito Penal. Refere que a questão nuclear no atual estado de evolução do problema reside nos limites da participação criminal, ou seja, se possui relevância penal a realização de uma atividade que, carecendo de um sentido delitivo unívoco ou podendo ser

21. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. rev. amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 279.

22. D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 79.

23. Cf. BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal*. Parte Geral. Trad. André Estefam; revisão, prólogo e notas de Edilson Mougenot Bonfim. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 251.

24. FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo J. *Límites de la participación criminal*. Existe uma "prohibición de regreso" como límite general del tipo en Derecho Penal? Granada: Comares, 1999, p. 56-7; 79.

definida como inofensiva ou habitual, acaba sendo aproveitada por um terceiro para realizar seu plano delitivo. Expõe casos-limite, em que há a ciência do agente de que sua conduta contribuirá para que terceiro pratique uma ofensa a um bem jurídico, aduzindo que as normas que regulam o âmbito social onde se desenvolve a atividade favorecedora podem representar um importante critério de ajuda, a exemplo das medidas obrigatórias de prevenção do branqueamento de capitais estabelecidas para os bancos.

3.2. Teoria da adequação social

Por obra de Hans Welzel, foi criada a *teoria da adequação*, segundo a qual ações que se situam dentro do quadro de normalidade em um determinado contexto histórico não são passíveis de punição, porquanto são socialmente adequadas.

Na lição de Faria[25], a adequação social é "sinónimo de normativização da acção, da concessão de um papel determinante ao desvalor da conduta, permitindo pensar o significado ético e social da actuação do agente face ao recorte de vida que o legislador quis abranger com o tipo legal de crime". Refere, ainda, que o conceito de adequação social significa um reconhecimento de um "objectivo-normativo" ao nível do ilícito, com preponderância sobre os elementos subjetivos, e que a teoria da imputação objetiva não difere substancialmente da ideia originária da adequação social.

A indigitada doutrina, atualmente, é compreendida como um princípio de interpretação das normas penais, sofrendo crítica no tocante à amplitude da expressão "*adequação social*"[26].

3.3. Teoria da adequação profissional

Modernamente, Hassemer aperfeiçoou a teoria da adequação social, por intermédio do conceito de *adequação profissional*, ou seja, se a conduta do agente está no exercício normal de uma profissão, a mesma é considerada

25. FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. *A adequação social da conduta no Direito Penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2005, p. 32; 38-42.

26. Em sentido contrário, Cancio Meliá sustenta que a teoria da adequação social é precursora da normativização do tipo objetivo, sendo um embrião de uma verdadeira teoria geral da imputação objetiva. CANCIO MELIÁ, Manuel. La teoría de la adecuación social en Welzel. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, V. XLVI, n. 2, 1993, p. 728-9.

atípica. Trata-se, na visão do referido autor, de estabelecer os limites do Direito Penal frente aos espaços de normalidade cotidiana[27].

Hassemer sustenta que as condutas neutras, profissionalmente adequadas, não podem ser penalmente proibidas, o que conduz à impunidade, de um modo geral, de tais ações, inclusive quando quem as executa seja consciente de que um terceiro desviará esta ação para a prática de um delito. O referido autor excepciona a regra da atipicidade em duas situações: a) quando se trata de modificações de condutas habituais em forma de prestações novas e alheias à atividade que somente podem ser vistas como condições para a consecução de fins criminais; b) quando se trata da criação ou adaptação de atividades reguladas a finalidades não "neutrais" ou a planos delitivos alheios[28].

Tal teoria, de igual modo, é criticada pela ambiguidade da definição de uma conduta "*profissionalmente adequada*", mormente nas situações que o agente tem ciência de que o contributo será desviado para a prática de um evento delituoso.

3.4. Teoria dos papéis ou do rol social

Jakobs defende a aplicação da *teoria dos papéis*, baseado no conceito de rol, sob o ponto de vista sociológico, consistente no fato de que as pessoas desempenham certas atividades na vida comunitária, diante das expectativas de respeito à vigência da norma jurídica. A quebra ou violação do papel ou rol do agente implica na necessidade da adoção do Direito Penal, como instrumento voltado não à defesa de bens jurídicos, mas, sim, a restabelecer as expectativas normativas dos cidadãos. Logo, se a conduta praticada pelo agente não excede os limites do rol social, não há que se falar em punição ao agente, pois "nem tudo é assunto de todos".

O fato de que o Direito Penal moderno desenvolveu no marco da teoria da imputação objetiva uma teoria da conduta típica (risco permitido, princípio da confiança, atuação a próprio risco e a proibição do regresso) se inspira em um princípio social-funcional. Contatos sociais tão fugazes como os que se estabelecem no tráfego viário somente podem-se organizar caso se proteja a confiança em que cada um somente responde por sua conduta defeituosa, e não pela do outro. Logo, as expectativas garantidas juridicamente somente são defraudadas por uma conduta objetivamente defeituosa, sem ter em

27. HASSEMER apud ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 75.

28. HASSEMER apud ROBLES PLANAS, *Op. cit.*, p. 99.

conta aspectos individuais, sendo que o requisito mínimo de uma defraudação é a quebra do rol[29].

Tome-se como exemplo o caso do estudante de biologia que trabalha nas férias em um restaurante como garçom, servindo aos clientes uma salada a qual sabe, em virtude de seus conhecimentos especiais, que apresenta composição imprópria para o consumo humano. A solução oferecida por Jakobs é no sentido de que o agente situa-se dentro do rol social ou do papel desempenhado (garçom), não obstante dotado de conhecimentos especiais, razão pela qual não pratica crime de homicídio, mas, sim, eventualmente, crime de omissão de socorro.

Por outro lado, o sentido social do comportamento é definido pelo contexto, o qual pode ser marcadamente delitivo, como se vê do exemplo a seguir, trazido por Jakobs[30]:

"(...) certo é que a venda de uma enxada numa loja de artigos de jardim é algo inofensivo; mas se diante da loja se está desenvolvendo uma violenta luta, e na loja entram pessoas feridas que participam da luta, requerendo que se lhes faça a entrega imediata de uma enxada, pode ser que as coisas sejam distintas".

Piña Rockefort[31] sustenta que o rol orienta a conduta do destinatário e ao mesmo tempo serve de parâmetro de medição da conduta. Refere que o rol determina o respectivo "âmbito de competência", de maneira que somente pode ser exigível aquilo que caiba dentro de dito âmbito, não existindo nenhum dever para além das prescrições do rol.

---

29. JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de um Derecho Penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitar, 2000, p. 54-5.

30. Consoante, ensina Jakobs: "Um comportamento quotidiano e inofensivo não adquire significado delitivo quando o autor o inclui em seus planos. Posto que se manteve dentro do marco de seu papel inofensivo, o sujeito não tem por que consentir que se lhe imponha como definição de seu comportamento o que o autor do delito estabelece tomando esse comportamento como razão do fato delitivo. A execução não lhe é própria". Adiante, sustenta que "a imputação objetiva não depende das circunstâncias psíquicas dos intervenientes, mas do sentido social do comportamento". Por sua vez, o sentido do comportamento, assevera o citado doutrinador, "não só depende da configuração do comportamento, mas também do contexto em que este se enquadra. De maneira especial, pode ser que um contexto marcadamente delitivo repercuta num comportamento que, por si, está estereotipado como adequado na sociedade". JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 64-9.

31. PIÑA ROCKEFORT, Juan Ignacio. Causalidad y imputación. Algunas consideraciones acerca de su ubicación y relevancia en el Derecho Penal. *Revista Chilena del Derecho*. v. 30, n. 3, p. 531.

A crítica a essa teoria é no sentido de que a sua acolhida implica na normativização da sociedade e no desprezo ao lado subjetivo da conduta, bem como não se poder aferir a ressonância penal de um comportamento com base em critérios sociológicos, a exemplo do conceito de rol ou papel.

Nessa linha de entendimento, afirma Feijóo Sanchez[32] que o critério objetivo não pode ser um conceito sociológico (a função social), mas um critério recolhido expressa ou tacitamente por uma norma penal. Salienta, também, que, no exemplo do garçom, "no momento em que percebe que está servindo uma comida envenenada, sua conduta adquire um sentido delitivo". Infere, pois, que "o decisivo à existência do tipo é a criação dolosa de um risco não permitido, que se realiza num resultado. O papel social não acrescenta nada aos tradicionais requisitos da 'imputação objetiva'".

3.5. Princípio da confiança e a autorresponsabilidade

Consoante o princípio da confiança, a convivência em sociedade é pautada pela confiança das pessoas no cumprimento das normas jurídicas, não podendo ser atribuída a responsabilidade penal a um agente sob a alegação de suposta violação da expectativa legitimamente depositada pelo pacto social. Exemplifica-se com o caso da vítima que, de inopino, atravessa a rua com sinal fechado, vindo a falecer em virtude da colisão de um veículo que trafegava ali naquele momento. Entende-se que não se pode reputar criminosa a conduta do condutor do veículo, pois não confiava ou esperava que a vítima adotaria tal postura.

Alguns autores[33] sustentam a incidência do princípio da confiança na relação entre o causídico e o cliente, não se valorando se o advogado teve conhecimento de estar contribuindo para a prática de um crime (evasão fiscal, branqueamento, etc.), porque não existe a tipicidade objetiva.

Do princípio da confiança deriva o princípio da autorresponsabilidade, corolário do exercício da liberdade individual, segundo o qual cada agente é responsável pelo respectivo fato que contribuiu objetivamente, não podendo ser ampliada a imputação de modo a abranger indivíduos que estão alheios ao círculo de autores e partícipes no fato delituoso.

32. FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva*. Estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Trad. Nereu José Giacomolli. Barueri: São Paulo: Manole, 2003, p. 121-7.

33. Dentre eles, *v.g.,* GÓMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. Blanqueo de capitales y abogacía. Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva. *In-Dret. Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona, janeiro de 2008, pp. 35-6. Disponível em: [http://www.indret.com]. Acesso em: 05.12.2016.

3.6. Solidarização com o injusto alheio

A doutrina da *solidarização com o injusto alheio* baseia-se na adesão do agente à conduta do outro participante ou coautor, para a relevância penal da ação neutra. Noutras palavras, se for constatado na situação concreta que o agente que praticou uma conduta aparentemente neutra solidarizou-se com o injusto praticado por terceiro, a ele também é imputada a prática da infração penal, em comparticipação.

Conforme Schumann[34], o injusto na participação está no desvalor do ato, a partir do momento em que uma ação comporta um desprezo aos valores fundamentais do sentir jurídico, exteriorizando um desvalor socialmente insuportável. Isso ocorre por intermédio da noção de solidarização com o injusto do autor, isto é, quando o partícipe se coloca de maneira identificável de parte do injusto.

Entre nós, Reale Júnior[35], após trazer exemplos colhidos nas obras de Roxin e Jakobs, afirma que não se pode punir o agente a título de cumplicidade, se "não há a vontade comum e nem mesmo conhecimento pelo autor da adesão do fornecedor dos meios para a prática do delito", o que importaria, na corrente causal, a um "regresso ilimitado".

Parcela da doutrina critica a solução proposta por Schumann, sob o fundamento de que a referida teoria tem assento na relação entre o autor e o terceiro, deixando de lado a configuração da própria conduta[36].

3.7. Cursos causais hipotéticos ou causalidade virtual

A teoria dos *cursos causais hipotéticos* baseia-se na possibilidade de o agente prescindir ou não da contribuição do participante para o evento lesivo. Por exemplo, se atua como cúmplice o agente que vai a uma casa de ferramentas e adquire um serrote, tendo o mesmo dito ao proprietário do estabelecimento que irá matar a própria esposa com o referido instrumento, havendo outros estabelecimentos congêneres situados nas proximidades do local, onde facilmente o agente obteria o serrote.

---

34. SCHUMANN apud ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 102.

35. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 322-3. Salienta que "diversa seria a situação se o anfitrião do jantar indagasse do padeiro qual o pão que a vítima gosta para oferecer-lhe com segurança uma porção de veneno que seria sem dúvida ingerida pela vítima, hipótese em que efetivamente o padeiro atua com dolo eventual, prestando uma assistência à comissão do delito sem ter domínio do fato, razão por que se enquadra sua ação como participação na morte do convidado". *Op. cit.*, p. 323.

36. Ver, entre outros, ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 104.

Löwe-Krahl[37] sustenta a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade, como limitador do alcance da tutela penal, destacando a idoneidade como fator preponderante, isto é, se a contribuição puder ser obtida pelo autor principal em qualquer outro lugar, a conduta do interveniente não é perigosa para o bem jurídico. Defende, então, que a punição do partícipe será legítima se o mesmo adaptar o seu contributo "tendo em vista o futuro cometimento do fato delituoso. Esta adaptação nem sempre precisa ser individual; trata-se de oferecer toda uma organização, cuja razão de ser é de facilitar a prática de crimes, como por vezes ocorre em certos procedimentos bancários altamente anonimizados".

Tal teoria é criticada porquanto os cursos causais hipotéticos não afastam a reprimenda penal, pena de o agente que violar a lei penal afastar a sua responsabilização sob o argumento de que outro no seu lugar o faria. Aplica-se, pois, o princípio da assunção, segundo o qual "cada sujeito é responsável pelas suas acções, incluindo os seus resultados, sendo totalmente irrelevante que estes se tivessem produzido inevitavelmente também na falta da sua acção, por força de um processo causal virtual"[38].

3.8. A idoneidade da proibição

Em um importante estudo sobre imputação objetiva, Frisch[39] refere que o reconhecimento e limitação de direitos e liberdades, bem como a desaprovação de determinadas condutas, formam parte do marco da ponderação de interesses, destacando a idoneidade e a necessidade de determinadas restrições da liberdade para a conservação dos bens e liberdades.

A idoneidade é um dos subprincípios da proporcionalidade e, segundo Alexy[40], expressa a pretensão, contida no conceito de princípio, de alcançar a maior realização possível de acordo com as possibilidades fáticas. Sobre o assunto, refere que o Tribunal Constitucional Alemão considerou inconstitucional lei que exigia a prova de conhecimentos técnicos comerciais por parte do comerciante que quisesse instalar uma máquina de tabaco, em face

37. LÖWE-KRAHL apud GRECO, Luis. *Cumplicidade...*, p. 62-3.

38. MENDES, Paulo de Sousa. O problema da relevância negativa da causa virtual em sede de imputação objectiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 16, n. 74, set./out. 2008, p. 167.

39. FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: Estado de la cuestion. *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*. Madrid: Civistas, p. 64.

40. ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Ano 22, n. 66, set./dez. 2002, p. 27.

da vulneração à liberdade de profissão e ofício, garantida pelo artigo 12.1 da Lei Fundamental Alemã. O fundamento central foi no sentido de que, no caso do estabelecimento onde se havia instalado a máquina de tabaco, a prova de conhecimentos comerciais específicos não era idônea para proteger os consumidores dos danos econômicos ou de danos para a saúde.

Entre nós, Greco[41] sustenta que o problema das ações neutras deve ser resolvido no tipo objetivo da cumplicidade, especificamente, na valoração do risco criado como juridicamente desaprovado ou permitido. Destaca o critério da idoneidade da proibição para a melhora da situação do bem jurídico concreto, como diretriz de interpretação para limitar o alcance do tipo objetivo da cumplicidade. Conclui no sentido de que se a proibição melhorar de modo relevante à situação do bem jurídico, dificultando de alguma forma a sua lesão, já será ela legítima, e o risco criado juridicamente, desaprovado.

4. Tipicidade subjetiva

A exclusão da tipicidade das condutas neutras de intervenção no delito, em consonância com as elementares subjetivas, norteia-se nas seguintes linhas de pensamento: a) referência de sentido delitivo (negação do dolo eventual); b) ponderação de interesses; c) relevância dos conhecimentos especiais do agente.

4.1. A referência de sentido delitivo

Sustenta Roxin que não há ações neutras *per se*, devendo o aplicador da lei ater-se ao contexto em que praticado o fato, punindo-se o participante apenas nas hipóteses de dolo direto, ou seja, quando o agente tem a intenção de praticar o crime, manifestando a conduta uma "referência de sentido delitivo". Já nas situações de dolo eventual, em que o agente assume o risco de produzir o resultado, apregoa, em regra, a não punição do agente, salvo quando caracterizada uma inclinação reconhecível ao fato delituoso.

O referido autor considera, por exemplo, que deve ser punido como cúmplice num homicídio o padeiro que vende o pão ao seu cliente sabendo de antemão que este o pretende envenenar e servir às suas visitas[42].

41. GRECO, Luis. *Cumplicidade...*, p. 138 e ss. Do mesmo autor, ver a obra *Um panorama da teoria da imputação objetiva.* Lumen Juris: Rio de Janeiro: 2007, p. 73 e ss.

42. Afirma Roxin que "se o vendedor o sabe, a sua conduta perde a natureza de um negócio diário 'neutral' para se converter num ataque ao bem jurídico. Dificilmente se deixará a discutir a cumplicidade, apesar da actividade de venda 'normal', se o comprador comunica ao vendedor que pretende utilizar o objecto comprado para

Adepto da teoria da impunidade por dolo eventual, Otto refere que "as ações profissionalmente adequadas não cumprem o tipo da cumplicidade se o agente que presta ajuda não conhece o fato principal nem o favorece intencionalmente, ainda que abarque sua realização com dolo eventual".[43]

Rueda Martins[44] destacou as seguintes características das ações neutras: 1) supõe um favorecimento na comissão de um fato doloso que um autor principal resolveu realizar; 2) se encontram na fase dos atos preparatórios; 3) existem dados objetivos que o demonstram. Após analisar os critérios relevantes utilizados na temática, adere à teoria de Roxin, aludindo à "referência de sentido delitivo", isto é, quando a contribuição seja de valor para o autor sob o pressuposto do fato punível planejado e sempre que o contribuinte o saiba, extraindo o sentido social típico de uma ação por intermédio do tipo subjetivo (componentes cognitivo e volitivo), o qual antecede o tipo objetivo.

No mesmo sentido a lição de Ambos[45], para o qual não há ações cotidianas *per se*, dependendo da finalidade e do contexto global do cometimento da conduta, devendo o contributo ser portador de um sentido delitivo para se atribuir relevo jurídico-penal. O referido autor, por seu turno, nega a punição do agente a título de dolo eventual, em face do princípio da confiança.

4.2. Teoria da ponderação de interesses

A teoria da *ponderação de interesses* apreende a problemática das ações neutras como uma questão envolvendo colisão de interesses, utilizando-se da

---

um arrombamento ou para um envenenamento. Por que se deve entender de forma diferente se o vendedor obteve a mesma informação de outro modo?". ROXIN apud FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. *Op. cit.*, p. 41. Em sentido contrário, Faria observa que "Não basta, por isso, a consideração abstracta de que o agente não criou um risco especial, como deixa sustentar Jakobs, como não basta a consideração, igualmente abstracta, de que existiu um 'certo' dolo, mas é necessária a ponderação das circunstâncias concretas do caso, entre as quais se contam evidentemente os conhecimentos do agente, a fonte da informação, a natureza e a dimensão do negócio em causa, entre outros factores. Com o que provavelmente acabamos por admitir que o que confere aqui sentido à acção é uma consideração puramente objectiva da conduta". FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. *Op. cit.*, p. 42.

43. OTTO *apud* ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 62.

44. RUEDA MARTINS, Maria Ângeles. Consideraciones acerca de la relevancia penal de las accoines cotidianas en la comisión de um hecho doloso. *Revista Penal*. n. 9, p. 122; 131-3.

45. AMBOS, Kai. La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales. *Revista de Estudos Criminais*. Ano 3, n. 10, Porto Alegre: ITEC, 2003, pp. 31-2.

teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy para lançar seus fundamentos, imprimindo relevo ao princípio da proporcionalidade como fio condutor para a solução do conflito estabelecido.

Wohlleben[46] sustenta a aplicação da teoria da argumentação jurídica de Alexy ao campo da ponderação de interesses, ao entender que se legitima a punibilidade de um numeroso grupo de ações neutras de cumplicidade sobre a base do consenso social em relação à permissividade da conduta e das regras do discurso que conduzem a ele, bem como do sentido do "precedente". Refere, ainda, que "quanto maior é a segurança da lesão do bem jurídico, mais peso adquire o lado do 'prejuízo', em menor medida é adequada sua aprovação".

O uso de um precedente, como destaca Alexy[47], significa a "aplicação da norma que subjaz à decisão do precedente", mostrando-se, assim, como um "procedimento de argumentação exigido por razões prático-gerais (princípio da universalidade/ regra da carga da argumentação), sendo, nessa medida, racional".

4.3. A problemática dos conhecimentos especiais do agente: punição dos pensamentos?

No tocante aos conhecimentos especiais, isto é, aqueles que ultrapassam o saber do homem médio, mister é trazer a lume o seguinte exemplo: um determinado indivíduo está cursando arquitetura na faculdade e, durante as férias, trabalha ocasionalmente como mestre de obras em uma construção. Tendo a ciência de que a projeção da obra contém falhas técnicas nas dimensões e na estrutura, com potenciais riscos aos adquirentes das unidades condominiais, é cabível a sua responsabilização penal, em caso do posterior desabamento da edificação?

---

46. WOHLLEBEN apud ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 61. Consoante Robles Planas, é duvidosa a existência de consenso normativo sobre se a atividade profissional dos taxistas abarca a conduta de acompanhar os delinquentes até o lugar do fato, ou se entre os princípios de conduta dos padeiros se inclui a venda de pão sabendo de sua posterior utilização delitiva. Refere que a teoria da adequação profissional deve ser prestigiada por levar a problemática ao decisivo terreno das relações entre as regras que regem uma concreta atividade (escritas ou não) e as normas penais. Todavia, como sustenta o referido autor, o ponto de referência do "adequado" não está contido em normas setoriais, mas sim em normas gerais, em uma estrutura de imputação geral que em nenhum caso vem determinada por normas que regulam a profissão (*Op. cit.*, p. 99-101).

47. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica.* A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira por Claudia Toledo. 2. Ed. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 268.

A questão em pauta é tida por alguns autores[48] como o nó górdio dos casos de participação mediante ações neutras, afetando, de um modo geral, a toda a teoria da imputação objetiva.

Vale trazer à colação outros exemplos[49]:

1) Um vendedor responde como cúmplice de um delito de contaminação do meio ambiente por vender matéria-prima a uma fábrica, sabendo que esta fábrica é conhecida por processar matérias-primas sem adotar as medidas dispostas por lei para evitar a contaminação ambiental?

2) Responde como cúmplice de um delito de corrupção de funcionários o caixa de um banco que entrega uma forte soma de dinheiro ao titular da conta, sabendo que este utilizará o dinheiro para corromper alguns juízes?

Para Jakobs[50], não há de se falar em criminalizar a conduta do agente, sob pena de ofensa ao Direito Penal do fato. As críticas à tese subjetivista residem na insuficiência do critério adotado, bem como à crise do lado subjetivo do fato, o que implicaria em se admitir um autêntico Direito Penal do autor ou Direito Penal de atitude interna, punindo-se a mera cogitação, em afronta aos princípios do Estado de Direito.

Argumenta-se, também, que a ignorância do agente seria premiada, isto é, incentivar-se-ia o "não saber", ainda que, externamente, as condutas praticadas sejam idênticas.

---

48. Dentre eles, *v.g.,* ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 203.

49. CARO JOHN, José Antonio. Imputación subjetiva. Disponível em: [http://www.alfonsoazambrano.com]. Acesso em: 05.12.2016. Para o referido autor, em ambos os casos os internenientes não atuam como cúmplices, pois suas condutas se inserem em um espaço de liberdade juridicamente reconhecido ao cidadão em um Estado de liberdades, que coincide com sua atividade, profissão ou ofício cotidiano. Logo, o significado social das condutas coincide neste contexto com o significado normativo de neutralidade.

50. Afirma o mencionado doutrinador que "os conhecimentos especiais constituem algo sobre o que não há nenhuma obrigação de alguém adquirir ou manter; trata-se de pura subjetividade, e nada mais. (...) Explicando de outro modo, a relevância jurídico-penal dos conhecimentos especiais ficaria limitada aos conhecimentos efetivamente existentes, é dizer, ao dolo. Entretanto, um conhecimento sem o respectivo dever de conhecer seria um elemento não jurídico do delito, ao estar definido de maneira totalmente psicológica". JAKOBS, Güinther. *Op. cit.*, p. 51-2. Ver, ainda, do mesmo autor: Representación del autor e imputación objetiva. *Anuario de Derecho Penal e Ciencias Penales (ADCP)*, T. XLIV, Fasc. 2, maio/agosto 1991, pp. 515-24. Disponível em: [http://www.cienciaspenales.net]. Acesso em: 05.12.2016.

Ainda, afigura-se legítima a punição de ações neutras, centrando-se a aferição da relevância penal tão-somente no plano do autor material e na vontade do cúmplice? Seria justificável a antecipação da tutela penal a tal ponto?

Fernanda Palma[51], em resposta a tal indagação, analisa o contributo do cúmplice sob a perspectiva da segurança dos bens jurídicos e da diminuição da liberdade de ação da vítima, critério também utilizado para a punibilidade da tentativa. Afirma que "as fronteiras da cumplicidade são dadas por um estabelecimento de limites mínimos de contribuição no facto comparticipado". A referida autora sustenta, ainda, que "uma actividade 'neutra' do cúmplice tem de implicar a elevação do risco para os bens da vítima, para além do risco normal resultante da conduta do autor material, isto é, tem de assumir também um conteúdo de ilícito".

Pufendorf sustentou a não punição da *nuda cogitatio*, utilizando como um de seus argumentos a falta de ofensividade para terceiros dos pensamentos não manifestados. Todavia, como assinala Mendes[52], tal argumento acaba não sendo satisfatório, "porque há outras situações igualmente desprovidas de ofensividade, mas que são puníveis: por exemplo, a tentativa. Qual é a diferença?".

Dan-Cohen[53], em sua obra *Harmful Thoughts*, realiza um interessante estudo sobre a influência dos pensamentos sobre o comportamento humano,

51. PALMA, Maria Fernanda. *Da "tentativa possível" em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 99-100. A exigência da exteriorização da ação atende às premissas garantistas de um Direito Penal do fato, em contraposição ao Direito Penal da vontade ou da atitude interna, conforme explicita Ferrajoli: "O que o pensamento iluminista subtrai à criminalização e ao controle é, sobretudo, o interior da pessoa em seu conjunto, quer dizer, sua alma ou sua personalidade psicofísica (...). Nenhuma outra doutrina filosófica, na minha opinião, realizou uma tarefa histórica de secularização e de liberalização do direito penal como a do utilitarismo e a conexa da separação entre direito e moral. Sobre a base dos dois requisitos de danosidade para terceiros e de exteriorização da ação, não só a proibição dos atos internos, das intenções, dos vícios e das opiniões, mas também a de uma quantidade incomensurável de comportamentos e de inclinações desviantes, tradicionalmente punidos em homenagem à equivalência pré-moderna entre delito e pecado, foi submetida pelo pensamento penal iluminista a uma crítica dissolvente que não tem precedentes, nem voltará a se repetir na história da cultura jurídica". FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. rev. amp. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et all*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 442-3.

52. MENDES, Paulo de Sousa. *O torto intrinsecamente culposo como condição necessária da imputação da pena*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 191-2 (nota de rodapé 417).

53. DAN-COHEN, Meir. *Harmful Thoughts. (December 1, 1999)*. Boalt Working Papers in Public Law. Paper 100. Disponível em: [http://repositories.cdlib.org/boaltwp/100]. Acesso em: 05.12.2016.

partindo da seguinte indagação: Podem os estados mentais da pessoa, tais como intenções ou emoções, afetar os outros, mesmo na ausência de qualquer ação ou expressão por parte dessa pessoa? O referido autor entende que sim, citando o seguinte exemplo: diante de um desastre no qual o pai perdeu o filho, morto em um acidente, restou afetada a relação pai e filho, definida pelo autor como "termo relacional". Tal situação, sustenta Dan-Cohen, possui implicações normativas e filosóficas, sobre os limites do individualismo e o princípio do dano.

Por sua vez, Greco[54] propõe a distinção entre três espécies de dados subjetivos: 1) dados subjetivos cognitivos: aqueles que se referem a um estado da realidade externa; 2) dados subjetivos emocionais: os referentes a um estado de ânimo; e 3) dados subjetivos opinativos: os que se traduzem em opiniões, valorações, sobre uma determinada realidade externa. Para o referido doutrinador, o princípio do *cogitationis poenam nemo patitur* não pode ser aplicado a dados subjetivos cognitivos, e estes são os elementos subjetivos que se apresentam nos casos de ações neutras. Os dados subjetivos cognitivos, explica Greco, não surgem da psique do agente, mas sim da realidade exterior, o que implica em maior liberdade, a qual deve ser exercitada com equivalente responsabilidade.

5. Solução da justificação

Segundo a corrente de entendimento que sufraga a solução da justificação às hipóteses de ações neutras, é mister um juízo de ponderação[55] ou de proporcionalidade entre os direitos fundamentais postos em jogo.

Noutras palavras, a conduta neutra possui tipicidade, estando prevista abstratamente na moldura penal; todavia, não ultrapassa o campo da ilicitude penal, em face da ponderação em torno do conflito de interesses entre o *jus puniendi* do Estado e o *jus libertatis* individual.

54. GRECO, Luís. *Cumplicidade...*, p. 130-2.

55. Crítico em relação à metódica da ponderação, Müller sustenta que a "tentativa de uma valoração e ponderação subjetivamente irracionais de 'valores', paralela ao uso do conceito de 'valor' – juridicamente dispensável, com ônus negativo herdado da história da filosofia, e de resto carente de nitidez – revela-se claramente quando o tribunal denomina em seguida a 'ordem hierárquica de valores', em meio à qual se deveria efetuar uma ponderação". MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 4. ed. rev. atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 39.

Consoante ensina Canotilho[56], contém o princípio em tela três subprincípios constitutivos, a saber:

a) Princípio da conformidade ou adequação de meios: revela que a medida a ser adotada com o intuito de almejar o interesse público deve ser apropriada à persecução da finalidade a ele inerente;

b) Princípio da exigibilidade ou da necessidade: salienta o fato de que o indivíduo tem direito à menor desvantagem possível. A doutrina vislumbra outros elementos substanciais, quais sejam: 1) a exigibilidade material, uma vez que o meio empregado deve ser o que menos imponha limites aos direitos fundamentais; 2) a exigibilidade espacial, que conduz à imperiosa limitação no âmbito da intervenção; 3) a exigibilidade temporal, no que pertine à delimitação temporal à medida coativa do poder público; d) a exigibilidade pessoal, visto que a medida deve ser circunscrita à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados;

c) Princípio da proporcionalidade em sentido restrito: mesmo quando presentes a necessidade e a adequação da medida coativa do poder público visando atingir certa finalidade, necessário se perquirir se o resultado obtido com a intervenção é proporcional a "carga coativa" da mesma. Trata-se, então, de sopesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim, num juízo de ponderação ou de justa medida.

A liberdade de exercício profissional é um direito fundamental que encontra limites na própria Constituição, como se depreende da leitura do artigo 5º, inciso XII, da Carta da República Brasileira, norma constitucional de eficácia contida ou restringível por disposição normativa do legislador infraconstitucional.

Kai Ambos afirma, por exemplo, que na "colisão de interesses entre o interesse legítimo no combate à lavagem de dinheiro e o direito do acusado a uma escolha efetiva da sua defesa, nesta situação jurídica somente pode ser equilibrada através da solução subjetivada da justificação"[57].

A aplicação do ventilado princípio, de maneira genérica e sem uma maior fundamentação, pode desvirtuar a sua natureza, permitindo soluções arbitrárias ou decisionistas, ferindo os princípios da legalidade estrita e da estrita jurisdicionariedade[58].

---

56. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 266 e ss.

57. AMBOS, Kai. *Lavagem de Dinheiro e Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008, p. 102.

58. Ensina Ferrajoli que, "correlativamente ao princípio de legalidade estrita – que caracterizamos como uma regra semântica metalegal de formação da linguagem legislativa,

Destarte, o "uso adequado da proporcionalidade deve ter o propósito de 'recolocar' a integridade eventualmente violada pela legislação ou pela decisão judicial"[59].

6. A conduta típica de intervenção no delito

A intervenção no delito é pautada pelos princípios da mínima restrição possível da liberdade de atuação e da autorresponsabilidade.

Referida teoria, propugnada por Robles Planas[60], aborda a distinção clássica entre autoria e participação sob um critério quantitativo, tomando em conta a influência de cada interveniente na realização direta do tipo, as características do fato e a decisão sobre a produção do delito.

Para o referido autor, não há se falar em injusto "alheio" na conduta do terceiro que adere à conduta do autor principal, mas, sim, na existência de uma conduta típica de intervenção no injusto, cuja consecução contou, de igual modo, com o obrar do interveniente.

Em relação aos limites da cumplicidade punível, entende que somente se pode castigar o partícipe no momento em que se interpreta o fato principal como também fato próprio, seccionando dois grupos de casos: a) quando se infrinjam deveres especiais que o ordenamento jurídico impõe precisamente para evitar que tais condutas sejam tomadas por outro para a comissão de um delito; b) quando não existem deveres especiais.

Diante da situação em que há deveres especiais ou regulações para o desempenho de determinada atividade, Robles Planas sustenta que o ordenamento jurídico fixou determinadas "posições de garantia" para evitar que determinados bens e atividades formem projetos delitivos alheios.

---

dirigida a assegurar a determinabilidade das denotações jurídicas – pode-se formular consequentemente um princípio metaprocessual de estrita jurisdicionalidade, que equivale a uma *regra semântica de formação da linguagem jurisdicional* dirigida a assegurar a determinabilidade das *denotações fáticas*. Trata-se na realidade não de uma, mas de uma série de regras que exigem, como condição da estrita jurisdicionariedade, isto é, da verificabilidade e da refutabilidade das teses que no processo enunciam os fatos e as provas, que tanto aquelas como estas sejam exatamente individualizadas mediante descrições precisas e sem o uso de palavras vagas ou valorativas". FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et all*. 2. ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 120.

59. Cf. STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito Penal e Constituição. A face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 87.

60. ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 181-273 e 314-318.

Assim, refere que a maioria dos casos de condutas neutrais fica à margem da cumplicidade no delito, exceto quando se verifique a infringência a um dever especial da posição jurídica (*v.g.* o notário que, em um contrato de compra e venda de uma firma, conhecia a vontade das partes de fixar um preço real menor, do qual, por sua vez, dava fé em um contrato escrito, produzindo efeitos fiscais, com a redução do imposto sobre a aquisição de bens imóveis) ou quando a aportação do bem ou prestação pessoal se recorta especialmente para que encaixe no projeto delitivo (*v.g.*, um advogado explica a seu cliente como deve cometer um determinado delito para não deixar "rastro").

7. Conclusão

O estudo das ações neutras e seus reflexos dogmáticos na esfera da teoria do delito permite extrair as seguintes inferências:

1. A ação neutra pode ser definida na esfera do concurso de pessoas como aquela conduta aparentemente inócua, socialmente adequada ou profissional, que contribui de maneira a intervir direta ou indiretamente na ocorrência de um determinado injusto penal.

2. No âmbito da teoria geral do delito, a inserção das condutas neutras é realizada ora no plano da tipicidade (objetiva/ subjetiva), ora no plano da ilicitude (justificação), nas interações vertical e horizontal, como uma intervenção não manifestamente punível no injusto penal, sendo comum na perspectiva dos limites da cumplicidade punível. A nosso juízo, as ações neutras implicam em uma causa de exclusão da tipicidade.

3. Os dados subjetivos cognitivos devem ser valorados na aferição do juízo de tipicidade penal da conduta, possuindo relevância os conhecimentos especiais do agente.

4. A tipicidade das condutas neutras é excepcional, inserindo-se, em regra, no âmbito do risco juridicamente permitido.

5. Não existem ações neutras *per se*, motivo pelo qual o contexto delitivo assume importância fundamental na definição dos limites do risco permitido/ proibido.

6. A ação praticada pelo agente perde o caráter neutral, convertendo-se em típica, quando, no caso concreto, estão presentes a idoneidade da conduta e a relação de sentido delitivo ou a inclinação reconhecível ao fato por parte do interveniente no injusto (conexão de risco).

7. A violação do dever negativo (não causar dano a outrem) reclama uma análise mais aprofundada dos pressupostos de intervenção típica no injusto,

podendo caracterizar um fato atípico ou, eventualmente, um tipo de ilícito por omissão do agente, se houver previsão legal.

8. A ofensa ao dever positivo ou especial (dever de auxílio/colaboração) pode implicar numa quebra da posição de garante, por defeito da organização, sobretudo em se tratando da responsabilização individual dos dirigentes, por infração de dever (crime comissivo por omissão).

9. Quando o legislador regulou o exercício de determinada atividade econômica ou profissional, a quebra ou a violação dos *standards* fixados previamente resulta em infração administrativa, podendo constituir crime, se existente uma especial posição de garante e a ação "neutra" estabeleceu uma conexão de risco em face do bem jurídico tutelado.

10. A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade, em sua dupla perspectiva – proibição do excesso e vedação da proteção insuficiente – são importantes balizadores entre a eficácia da persecução penal e os direitos, liberdades e garantias, de modo que o intérprete deve atentar ao âmbito de proteção da norma (Müller).

8. Referências

AGUILAR, Francisco Manoel Fonseca de. *Dos comportamentos ditos neutros na cumplicidade*. Lisboa: AAFDL, 2014.

ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Ano 22, n. 66, set./ dez. 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica.* A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira por Claudia Toledo. 2. Ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

AMBOS, Kai. La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales. *Revista de Estudos Criminais*. Ano 3, n. 10, Porto Alegre: ITEC, 2003.

AMBOS, Kai. *Lavagem de Dinheiro e Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ANDRADE, Manuel da Costa. A "Dignidade Penal" e a "Carência de Tutela Penal" como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, ano 2, abr./ jun. 1992.

BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal*. Parte Geral. Trad. André Estefam; revisão, prólogo e notas de Edilson Mougenot Bonfim. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia.

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. Uma investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BECK, Ulrich. *Risk Society*. Towards a New Modernity. Trad. Mark Ritter. London, Thousand Oaks, New Dehli, Sage Publications, 1992.

BECK, Ulrich; GUIDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva:* política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

CANCIO MELIÁ, Manuel. La teoría de la adecuación social en Welzel. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*. V. XLVI, n. 2, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARO JOHN, José Antonio. *Imputación subjetiva*. Disponível em: [http://www.alfonsoazambrano.com]. Acesso em: 05.12.2016.

DAN-COHEN, Meir. Harmful Thoughts. (December 1, 1999). *Boalt Working Papers in Public Law*. Paper 100. Disponível em: [http://repositories.cdlib.org/boaltwp/100]. Acesso em: 05.12.2016.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DIAS, Augusto Silva. *"Delicta in se" e "Delicta mere prohibita"*: uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, Culpa, Direito Penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do Direito Penal Secundário. Um contributo para a reforma do Direito Penal Económico e Social Português. *Direito Penal Económico e Europeu. Textos Doutrinários*. Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em Direito Penal Económico. *Direito Penal Económico e Europeu. Textos Doutrinários*. Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2008.

FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. *A adequação social da conduta no Direito Penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2005.

FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo J. *Límites de la participación criminal*. Existe uma "prohibición de regreso" como límite general del tipo en Derecho Penal? Granada: Comares, 1999.

FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo J. *Teoria da imputação objetiva*. Estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Trad. Nereu José Giacomolli. Barueri: São Paulo: Manole, 2003.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien Jurídico y Sistema Del Delito*. Montevideo Buenos Aires: Editoral B de f, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. 2. ed. rev. amp. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et all*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi.. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi.. Criminalidad y globalización. *ITER CRIMINIS. Revista de Ciencias Penales*. Terceira Época, Tlalplan, México, 2005.

FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. *Temas de Direito Penal Econômico*. Org. Roberto Podval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional "versus" a única resposta correta. *Interpretação Constitucional*. Org. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2007.

FRISCH, Wolfgang. *Tipo penal e Imputación Objetiva*. Dir. Enrique Bacigalupo. Trad. Manuel Cancio Meliá *et al*. Madrid: Colex, 1995.

FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: Estado de la cuestion. *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*. Madrid: Civistas.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

GRECO, Luis. *Um panorama da teoria da imputação objetiva.* Lumen Juris: Rio de Janeiro: 2007.

GRECO, Luis. *Cumplicidade através de ações neutras.* A imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional.* A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1995.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *História das ideias penais na Alemanha do Pós-Guerra seguido de A Segurança Pública no Estado de Direito*. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição.* Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de um Derecho Penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitar, 2000.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JAKOBS, Günther. Representación del autor e imputación objetiva. *Anuario de Derecho Penal e Ciencias Penales (ADCP)*, T. XLIV, Fasc. 2, maio/ agosto 1991, pp. 515-24. Disponível em: [http://www.cienciaspenales.net]. Acesso em: 05.12.2016.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Trad. Mir Puig e Muñoz Conde. Vol. II, Barcelona: Bosch, 1981.

LIMA, Vinicius de Melo. *Lavagem de Dinheiro & Ações neutras:* Critérios de Imputação Penal Legítima. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

MACHADO, João Baptista. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador.* Coimbra: Almedina, 2000.

MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Dirittto penale "minimo" e nuove forme de criminalitá. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Fasc. 3, Milano: Dott. A. Giuffré Editore, jul./ set. 1999.

MENDES, Paulo de Sousa. *O torto intrinsecamente culposo como condição necessária da imputação da pena.* Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MENDES, Paulo de Sousa. . O problema da relevância negativa da causa virtual em sede de imputação objectiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 16, n. 74, set./ out. 2008.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo *in* CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro*. Barueri: Manole, 2004.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 4. ed. rev. atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PALMA, Maria Fernanda. *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2005.

PALMA, Maria Fernanda. *Da "tentativa possível" em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006.

PALMA, Maria Fernanda. Questões centrais da teoria de imputação e critérios de distinção com que opera a decisão judicial sobre os fundamentos e limites da responsabilidade penal. *Casos e materiais de Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2002.

PALMA, Maria Fernanda. Direito Penal do Ambiente – Uma Primeira Abordagem. *Direito do Ambiente*. *In*: AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Marta Tavares de (coord.). Oeiras: Instituto Nacional de Administração, 1994.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales. *Estudios monográficos*. N. 53, Ano V, outubro de 2008.

PIÑA ROCKEFORT, Juan Ignacio. Causalidad y imputación. Algunas consideraciones acerca de su ubicación y relevancia en el Derecho Penal. *Revista Chilena del Derecho*. v. 30, n. 3.

PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal*. Introdução Crítica. São Paulo: Saraiva, 2001.

RAGUÉS i VALLÈS, Ramos. Blanqueo de capitales y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de um delito de blanqueo. *Centro de Estudos Ibero-Americano de Ciências Penais*.

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REYES ALVARADO, Yesid. Fundamentos teóricos de la imputación objetiva. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito:* fundamento y límites. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2003.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal Europeu Emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I.* Fundamentos. La estrutura de la teoria del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal.* 3. ed. Lisboa: Veja, 2004.

RUEDA MARTINS, Maria Ângeles. Consideraciones acerca de la relevancia penal de las accoines cotidianas en la comisión de um hecho doloso. *Revista Penal*. N. 9.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal.* Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito Penal e Constituição.* A face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica.* Trad. Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1985.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Ações neutras e teoria do abuso de direito – um elo para se compreender a relação entre lavagem de dinheiro e advocacia, de José Danilo Tavares Lobato – *RBCCrim* 111/113--156 (DTR\2015\239); e
- Teoria do bem jurídico e estrutura do delito, de Wolfgang Wohlers – *RBCCrim* 90/97--106 (DTR\2011\1586).

Para além do processo: epistemologia inquisitória e a ilusão do sistema acusatório na modernidade

Beyond the process: inquisitorial epistemology and the illusion of the adversarial system in modernity

Raphael Boldt

Doutorando e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), com estágio doutoral na Johann Wolfgang Goethe-Universität (Frankfurt am Main). Pesquisador Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Espírito Santo (FAPES). Advogado.
raphaelboldt@hotmail.com

Thiago Fabres de Carvalho

Doutor e Mestre em Direito pela UNISINOS, com estágio de Doutoramento na Universidade de Coimbra. Professor do Programa de Pós-Graduação (mestrado e doutorado) em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Coordenador do Grupo de Pesquisa Direito, Sociedade e Cultura. Advogado.
thiagofabres@hotmail.com

Recebido em: 30.09.2016
Aprovado em: 07.12.2016
Última versão autor: 26.12.2016

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O presente texto pretende discutir as funções reais desempenhadas pelo processo penal moderno a partir de um questionamento central: em que medida, a despeito de suas funções declaradas, torna-se viável a pretensão de estruturar um modelo processual acusatório na modernidade? O trabalho procura esboçar a relação entre verdade e intolerância, demonstrando a impossibilidade de concretizar tal aspiração em virtude de um obstáculo epistemológico, tendo em vista que o processo penal se funda, desde a sua gênese, em uma matriz inquisitorial que surge na Grécia e se universaliza como mecanismo de exercício de poder a partir do século XII, reorganizando completamente as práticas judiciárias desde a Idade Média.

Abstract: This paper intends to discuss the actual functions performed by the modern criminal procedure from a central question: to what extent, despite its stated functions, it is possible to establish the existence of an adversarial system in modernity? The paper seeks to outline the relationship between truth and intolerance, demonstrating the impossibility of fulfilling this aspiration because of an epistemological obstacle, since criminal procedure is based in an inquisitorial matrix that arises in Greece and is universalized as a power mechanism since the twelfth century, reorganizing the judicial practices from the Middle Ages.

Boldt, Raphael; Carvalho Thiago Fabres de. Para além do processo: epistemologia inquisitória e a ilusão do sistema acusatório na modernidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 134. ano 25. p. 323-349. São Paulo: Ed. RT, ago. 2017.

Palavras-chave: Processo Penal – Epistemologia Inquisitória – Verdade – Sistema acusatório – Modernidade.

Keywords: Criminal proceeding – Inquisitorial epistemology – Truth – Adversarial system – Modernity.

Sumário:1. Introdução. 2. Vossa excelência, o "Doutor Fausto": processo penal inquisitório e a ilusão da plenitude do conhecimento. 3. Os fundamentos teológicos do processo penal moderno. 4. O reconhecimento como horizonte da gestão dos conflitos: a verdade a partir da perspectiva retórica e a ética da tolerância. 5. Considerações finais: a superação do processo penal a partir dos "vencidos da história". 6. Referências.

A tolerância deve conduzir ao reconhecimento.
O mero suportar significa ultrajar.[1]
(Goethe)

1. Introdução

O judiciário é atualmente o grande palco para debates de naturezas diversas, um espaço sagrado, repleto de ritos, símbolos e mitos, que concentra demandas revestidas de autênticas questões existenciais para uma sociedade desencantada com a democracia e carente de referências que lhes forneçam um projeto duradouro e permitam compreender o seu lugar em um mundo em permanente transformação.

As inúmeras modificações oriundas principalmente da degradação do Estado de bem-estar – mero simulacro no caso dos países latino-americanos – e da universalização do modo de produção capitalista aceleraram a desintegração de formações sociais ideologicamente desiludidas e órfãs de instâncias morais que, nas palavras de Garapon[2], sejam capazes de substituir a tradição e "estipular o bem e o mal".

Ademais, com a globalização e o consequente acirramento da complexidade na esfera pública, amplia-se a dificuldade de compatibilizar as expectativas humanas em relação ao futuro e o distanciamento entre o texto normativo significante e a norma jurídica. Como resultado dessa "pulverização ética" que se dá com a fragmentação da opinião sobre o que é correto na esfera pública,

1. GOETHE, Johann Wolfgang. *Maximen and Reflexionen*. Frankfurt am Main: Insel, 1981, p. 507.
2. GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas*: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 21.

onde cada grupo tem a sua própria ética, o judiciário, responsável por decidir no caso concreto, se torna ainda mais importante[3].

Nesse contexto de esvaziamento do Estado em virtude das pressões do mercado e da despolitização do indivíduo, cada vez mais, mergulhado em uma verdadeira crise existencial e ética, o poder judiciário tornou-se o derradeiro refúgio da sociedade democrática e o juiz transformou-se no "último guardião de promessas"[4], tanto para o indivíduo quanto para a comunidade política.

Como resultado deste fenômeno de judicialização da vida, o processo – instrumento primordial de resolução de conflitos na modernidade – se apresenta como mecanismo de regeneração da paz e da ordem e o magistrado, "árbitro imparcial", ao ocupar o lugar sagrado deixado pela autoridade paterna ou religiosa, assume a tarefa de resgatar as promessas e esperanças da democracia, oferecendo, por meio do ato de julgar, respostas para quase todas as angústias e incertezas coletivas.

O processo e, em especial, a sentença, *locus* privilegiado da manifestação de vontade do Estado no campo judicial e ato derradeiro do ritual judiciário, marcam a ruptura com o profano e demarcam, simbolicamente, um tempo e um espaço sagrados, supostamente capazes de domesticar a violência e impedir o seu desencadeamento.

A mitologia jurídica da modernidade proclama que é, sobretudo, para impedir a vingança e seu turbilhão de violências recíprocas que o processo penal moderno, por intermédio do Estado de Direito, suprime o caos e a guerra de todos contra todos mediante o confisco do conflito e a aplicação de uma justiça serena, racional, proporcional, fundada em uma legislação penal equitativa.[5]

Tarefa árdua que o processo penal moderno enuncia como a sua função política declarada. Nesses termos, segundo a finalidade anunciada pelos mais destacados estudiosos do processo, caberia ao ritual punitivo judiciário reconstruir historicamente o evento criminoso, proporcionar a descoberta da verdade (real ou processual) e realizar a justiça, isto é, harmonizar a sociedade e pacificar o grupo social abalado pelo crime. Eis uma narrativa (quase) unânime.

3. ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 56.
4. GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas*: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 24.
5. GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia*: e a justiça será. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 147.

Nesse sentido, afirma Ferrajoli[6] que

> (...) el proceso, como la pena, se justifica pecisamente en cuanto técnica de minimización de la reacción social frente al delito: de minimización de la violencia, pero también del arbitrio que de otro modo se produciría con formas aun más salvajes y desenfrenadas.

Da mesma forma se posiciona Figueiredo Dias[7], ao assinalar que "o verdadeiro fim do processo penal só pode ser a descoberta da verdade e a realização da justiça", aspiração que, segundo o professor lusitano, viabilizaria como fim ideal a segurança e a paz jurídica, criando-se, por meio do processo, "um estado em que a comunidade jurídica volta-se à tranquilidade depois de uma violação do direito".

Desse modo, o "confisco do conflito" restaria absolutamente justificado, uma vez que o imaginário processual da modernidade vislumbra, de forma bastante idealizada, a justiça penal feudal e das sociedades primitivas como resquícios de um mundo caótico, infância da humanidade, desgovernado pela explosão de violências intermináveis, de ódios eternos, do cenário hobbesiano da guerra de todos contra todos. A ausência do Estado é vista sempre como sinônimo de barbárie para essa narrativa jurídica que estabelece um axioma primordial a "guiar a marcha da civilização ocidental, desde a sua aurora", qual seja, o de que "a verdadeira sociedade [sempre] se desenvolve sob a sombra protetora do Estado".[8]

Diante dessas funções elaboradas e atribuídas ao processo penal pelo discurso filosófico e jurídico da modernidade, cabe pensar em que medida elas efetivamente atingiram algum grau de realização. Verdade, justiça, pacificação, ou uma vingança tão mais brutal e capaz de degenerar-se permanentemente em catástrofe, em monstruosidades e iniquidades incontáveis ao longo da história? Quais seriam, de fato, as funções reais exercidas pelo processo penal?

A eliminação da violência tornou-se atualmente uma espécie de obsessão em sociedades alardeadas pela multiplicação dos conflitos e pela criação de novos riscos inerentes ao processo de globalização. Assim, a incapacidade da opinião pública de representar os laços sociais para além da relação agressor/

6. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoria del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1997, p. 604.
7. DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimba Editora, 2004, p. 43-45.
8. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*. São Paulo: Cosac Naify, 2003, p. 211.

vítima e o anseio pela dissipação da violência não somente engendram a sobrecarga da justiça penal, mas fomentam o regresso à mecânica sacrificial, reveladora de uma sociedade menos tolerante que, anestesiada pela resposta penal, acredita encontrar-se na destruição da "vítima expiatória", responsável pela mimese violenta, a sua própria redenção.

Nesses exatos contornos, o presente texto busca problematizar as funções reais desempenhadas pelo processo penal forjado na modernidade[9], a partir de um questionamento central: em que medida, a despeito de suas funções declaradas, torna-se viável a pretensão de estruturar um modelo processual acusatório na modernidade?

Para tanto, parte-se da hipótese de que o paradigma processual penal da modernidade, ao sufragar o confisco do conflito, alicerçado no mito da "violência legítima" exercida pelo Estado, jamais logrou realizar a distinção entre violência purificadora, pacificadora, e a violência impura, confirmando a perda do sacrifício, tornando-se o espaço privilegiado de produção da crise sacrificial, da indiferenciação violenta, da devoração de vítimas expiatórias que sinalizam apenas para a reatualização da vingança por outros meios e, o que é pior, muitas vezes por eventos sem nenhuma vítima concreta.

Livrar-se do fardo coletivo imposto pela crise sacrificial pressupõe, por essa razão, a unanimidade social em torno da responsabilidade pela disseminação da violência e a expulsão do indivíduo violento que leva sobre si a culpa do mal que abate a comunidade. Daí a busca incessante pela verdade no processo, sobretudo por uma confissão que seja capaz de confirmar a acusação que recai sobre o "bode expiatório humano"[10] e que irá gerar, segundo Albrecht, a "morte social"[11] do réu por intermédio da execução penal.

Desde o imaginário social grego, parece evidente a relevância dos papéis desempenhados pela vítima expiatória na contenção da violência e pela testemunha no "jogo da verdade"[12]. Com o assassinato do rei Laio, por exemplo,

9. Desenvolvemos aqui algumas ideias apresentadas em trabalho publicado anteriormente pela Revista Brasileira de Ciências Criminais. Para tanto, conferir: BOLDT, Raphael; CARVALHO, Thiago Fabres de. Processo e tragédia: a sentença penal como *locus* da crise sacrificial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 115, p. 141-165. São Paulo: RT, jul.-ago. 2015.
10. GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. São Paulo: Editora UNESP, 1990, p. 102.
11. ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia*: uma fundamentação para o Direito Penal. Rio de Janeiro/Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2010.
12. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1999, p. 54.

tem início um litígio criminal que seria solucionado a partir do testemunho do pastor, um escravo, uma pobre testemunha que mediante suas vagas lembranças enunciaria sozinha a verdade.

A punição de Édipo, por sua vez, permitiu a reconstrução da unidade social e restaurou a ordem e a tranquilidade, impedindo, todavia, que seus irmãos precisassem lidar com a sua própria violência. Além de identificar o mecanismo da vítima expiatória, o mito edipiano reforça a necessidade de se debater as fontes imaginárias do processo penal moderno, bem como a possibilidade de um sistema acusatório na contemporaneidade, diante da epistemologia da verdade que transformou as práticas e procedimentos judiciários no mundo ocidental desde a segunda metade da Idade Média.

Portanto, a tarefa que se almeja no presente estudo consiste em revolver o chão linguístico do imaginário punitivo da modernidade, sobretudo no que tange à crença no processo penal como instrumento único e primordial de solução de conflitos. Aquilo que denominamos de teologia processual penal da modernidade, com seus pressupostos inquebrantáveis, sua fé inabalável na busca de alguma verdade (real ou processual, pouco importa), reafirma apenas e tão somente as linhas gerais da epistemologia inquisitiva, com seu arsenal de pré-compreensões e mecanismos de produção de sentido.

Assim, impõe-se perceber que o sistema inquisitório não se revela pelo estabelecimento da "gestão da prova" nas mãos do julgador, como quer a mais criativa e importante parcela da dogmática processual penal[13], mas antes disso se traduz em uma "epistemologia" ou, em linguagem hermenêutica, uma "ontologia fundamental", ao estruturar um conjunto de pré-compreensões, pré-noções, preconceitos que operam como condições de possibilidade dos sentidos do ritual processual punitivo. Esses horizontes de sentido situam-se, pois, no surgimento da *inquisitio* como "uma técnica de administração, uma modalidade de gestão", consubstanciada em "uma determinada maneira do poder se exercer". Emergem a partir de uma "epistemologia da verdade" que se introduz no Direito por meio da Igreja, impregnados, por conseguinte, de categorias religiosas.

Com efeito, o que se pretende enfatizar é justamente o fato de que a crise sacrificial verificada no âmbito do processo possui suas raízes na continuidade da *inquisitio* no interior dos sistemas penais modernos, ditos acusatórios, a

13. COUTINHO, Jacinto Nélson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, ITEC, Porto Alegre: Nota Dez, n. 01/2001 e LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

qual, nenhuma tentativa de reconduzir a "gestão da prova" às mãos das partes seria capaz de interromper, sendo, também ela, um elemento secundário ou acidental dos sistemas processuais. O modelo de inquérito, enquanto epistemologia da verdade, é a principal fonte imaginária dos sistemas processuais da modernidade, de modo que o processo penal acusatório, fundado na autoridade que proclama a decisão a partir da relação de poder[14] e do confisco do conflito, consiste em uma impossibilidade lógica e epistemológica.

2. Vossa excelência, o "Doutor Fausto": processo penal inquisitório e a ilusão da plenitude do conhecimento

O ato de declarar "a verdade", de revelar a maldade e, consequentemente, a bondade daqueles que não foram contaminados pela "violência impura", atribui-se a uma figura "(quase) mítica: Vossa Excelência, o juiz"[15]. Ao julgar e punir, o juiz reafirma a sua missão sacerdotal e um rudimentar sentimento humano, designando-se como o "animal avaliador"[16], o ser que valora e mede.

Conforme Pech[17], ao arrogar-se o monopólio da violência penal, o Estado moderno não apenas reivindicou para si o poder exclusivo de quantificar e executar as penas, mas o poder de qualificar as infrações e medir a sua gravidade. Caberia então ao Estado a responsabilidade de separar o culpado da vítima e fazer cessar, por meio do processo e da pena, os efeitos da guerra privada, impedindo, mediante o exercício da violência legítima, a mimese violenta.

Todavia, a incorporação pelo terceiro estatal do mal sofrido pela vítima e a adoção do modelo penal dos reformadores, especialmente o de Beccaria, não impediram que o sagrado continuasse a fazer parte das instituições políticas, tampouco modificaram fundamentalmente a justificação do direito de punir[18].

14. CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da Violência*. São Paulo: Cosac & Naify, 2004.
15. MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão no processo penal como* bricolage *de significantes*. Tese de doutoramento em direito. Orientação: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, dez. 2004, p. 03.
16. NIETZSCHE, Friedrich. *O nascimento da tragédia (ou helenismo e pessimismo)*. São Paulo: Cia. das Letras, 1992, p. 59.
17. GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia*: e a justiça será. Instituto Piaget, 2001, p. 147.
18. GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia*: e a justiça será. Instituto Piaget, 2001, p. 147.

Apesar das tentativas de secularizar e racionalizar o processo e a pena, reorientando a punição para a transformação do homem, esta continuou a ser cultuada e ainda tem sido compreendida como objeto de expiação dos pecados do criminoso, de purificação do indivíduo que se deixou contaminar pela "violência impura" e que, portanto, precisa ser corrigido para se reintegrar à sociedade.

Esta é a hipótese que se gostaria de lançar neste trabalho. A suposta racionalização do processo, defendida pelo pensamento iluminista e por praticamente toda a doutrina processualista[19], trata-se, na realidade, de uma manifestação ideológica, discursiva, artifício retórico que tem contribuído para a aceitação de um paradigma processual declaradamente laico, mas que se funda em "concepções de mundo e sistemas de referência convencionalmente religiosos e pré-racionais"[20]. Em outras palavras, a ruptura com a lógica inquisitorial e a consequente secularização do processo penal não passam de um mito. Um poderoso discurso de justificação das funções ocultas desempenhadas pelos sistemas penais nas sociedades capitalistas.

Sendo o sofrimento um elemento indispensável à própria natureza da sanção penal, com o reconhecimento de que a pena jamais poderia abolir a dignidade humana, surgiu a necessidade de fornecer legitimidade à punição, pois conforme observou Nietzsche, "o que revolta no sofrimento não é o sofrimento em si, mas a sua falta de sentido".[21]

A pena, o sofrimento imposto ao outro, precisa então ser justificado, deve possuir algum sentido, daí as inúmeras teorias para legitimar a sanção penal e toda a fundamentação que advoga pela racionalidade do processo penal. Meros inventos para justificar o mal. Desde a antiguidade, as tragédias, os castigos, tornaram-se festivais para a sociedade e para os julgadores que, em meio ao ritual do processo, agem como deuses, como se tivessem a vida humana sob o seu controle, podendo determinar o futuro a partir de uma visão parcial do passado, dizendo o que é a verdade e determinando quem é bom ou mau.

Neste aspecto, o sofrimento penitenciário seria algo positivo, um efeito desejável e um "meio eficaz para conduzir o criminoso da reflexão ao

19. Entre outros, FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoria del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1997.

20. SCHEERER, Sebastian. Desvantagens e utilidade da criminologia crítica nos tempos de terrorismo. *In*: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. (org.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 243-251.

21. NIETZSCHE, Friedrich. *O nascimento da tragédia (ou helenismo e pessimismo)*. São Paulo: Cia. das Letras, 1992, p. 58.

arrependimento e do arrependimento à salvação (consistindo esta na ocorrência da tomada de consciência, pelo condenado, da sua responsabilidade no acto que ele cometeu)".[22]

Não é de surpreender, portanto, que a inquisição tenha sido a primeira agência burocratizada dominante destinada à aplicação de castigos e à definição de verdades e, por isso, a primeira a formular um discurso de tipo criminológico. De acordo com Anitua[23],

> (...) estes seriam os primeiros produtos do poder punitivo na qualidade de justificativas de sua forma de atuar e [...] os primeiros discursos a fundamentar o seu poder em uma suposta 'emergência' que afetaria a própria sobrevivência da humanidade.

Nas sociedades modernas, em meio a democracias inquietas e desencantadas, tem sido destinada ao juiz a importante tarefa de fazer justiça e, diante da eventual impossibilidade de apaziguar o mal-estar do indivíduo em sofrimento, ao menos dar a este algum sentido possível. Para Garapon[24], esta "procura de justiça" por parte da sociedade conduz a um paradoxo, uma vez que "sob o pretexto de se proteger da intervenção ilegítima de outrem, ela oferece-se ao controle do juiz".

No cenário atual, em que a democracia corre o risco de se converter num circo que oferece um espetáculo da crueldade, o pequeno juiz torna-se a última encarnação do combate da virtude contra o vício, de David contra Golias[25]. Com a ascensão da justiça e a preferência pela solução penal, assiste-se ao acirramento das mazelas de um sistema no qual o sofrimento das vítimas não tem preço e "a culpa é sempre indubitável"[26].

Carente de qualquer justificativa racional, o sofrimento intolerável imposto à vítima, diferentemente do sofrimento do acusado, produz uma espécie de

22. GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia*: e a justiça será. Instituto Piaget, 2001, p. 151.
23. ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2008, p. 54.
24. GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas*: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 147-148.
25. GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas*: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 102.
26. KAFKA, Franz. Diante da Lei. *A Colônia Penal*. São Paulo: Livr. Exposição do Livro, 1965.

consenso social primitivo, mítico, que justifica a culpa e restringe a tarefa do magistrado, transformando-o tão somente no porta-voz do castigo. Em contrapartida, defender um "presumível culpado" torna-se intolerável, por si só, um ato criminoso[27]. Essa tendência revela o caráter sacrificial da justiça e a "ideologia vitimária" que caracteriza a nossa época, na qual

> (...) nada é devido ao acaso, tudo precede de uma vontade humana e deve poder ser imputado a alguém [...]. Todos os sofrimentos se relacionam com responsáveis que sustentam todo o peso da culpa: não estamos em presença de um mecanismo de substituição sacrificial?[28]

Com o excesso punitivo e o consequente desnível da violência, esta não é eliminada, os conflitos se disseminam e o perigo das reações em cadeia se multiplica. Eis aí aquilo que Girard[29] chama a "crise do sacrifício", engendrada pela degradação fatal do ritual e pela indiferenciação violenta que permeia o imaginário social e judicial da modernidade.

A inquietação securitária e a sobrecarga da justiça penal apenas acentuam este fenômeno, fazendo com que "o sacrifício perca o seu caráter de violência santa, para se misturar à violência impura, tornando-se seu cúmplice escandaloso, seu reflexo ou até mesmo uma espécie de detonador"[30].

Entretanto, nem mesmo as incertezas apontadas por Nietzsche[31] quanto aos motivos e fins do castigo na contemporaneidade ou a ameaça de uma catarse violenta parecem impedir a manutenção e a reprodução da violência punitiva. Ao contrário, o que se percebe hoje é uma tentativa de transferir para a justiça as necessidades de sentido não satisfeitas.

Em um mundo cada vez mais vazio de referências, a justiça deve estar pronta para suprir as lacunas deixadas pela tradição e oferecer respostas rápidas e seguras para todas as solicitações. Assim, a sociedade moderna não somente utiliza o direito penal como meio de exorcizar as suas dificuldades, como espera que a sentença possa ratificar todas as decisões provisórias e confirmar o relato dominante, aceitando

27. GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas*: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
28. GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas*: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 113.
29. GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. São Paulo: Editora UNESP, 1990, p. 55.
30. GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. São Paulo: Editora UNESP, 1990, p. 56.
31. NIETZSCHE, Friedrich. *O nascimento da tragédia (ou helenismo e pessimismo)*. São Paulo: Cia. das Letras, 1992, p. 68.

> (...) como *verdade absoluta* o resultado dos processos penais, como se fossem a emanação daquilo que efetivamente ocorreu no mundo da vida, por ser o resultado de um método (dito) científico, trazendo o selo de qualidade: *cientificamente comprovado*.[32]

A crença na capacidade processual de reprodução da verdade cumpre, com isso, uma função anestesiante importante para os atores processuais e para a sociedade, impedindo que a sentença judicial seja contestada, uma vez que traduz a realidade. Esse poder de estabelecer "o que é a realidade" escapa à perspectiva de que o conhecimento é construído, inventado, como afirma Foucault[33]: "o conhecimento foi, portanto, inventado. Dizer que ele foi inventado é dizer que ele não tem origem. É dizer, de maneira mais precisa, por mais paradoxal que seja, que o conhecimento não está em absoluto inscrito na natureza humana".

A ilusão tipicamente moderna da plenitude do conhecimento contraria a ideia de que a apreensão do objeto jamais será completa e escamoteia relações de poder, pois desconsidera o fato de que tanto o sujeito quanto o objeto são constituídos pela linguagem da hermenêutica vencedora no ambiente, proveniente da "capacidade de impor determinadas versões em detrimento de outras e conseguir adesões que não precisam ser fruto de persuasão e consenso sinceros"[34].

A pretensão judicial de conhecer a verdade – seja ela real ou meramente processual – e oferecer uma resposta punitiva racional, capaz de solucionar o conflito criminalizado e civilizar o *homo criminalis*, lançando luz sobre as trevas, remete à tragédia de Fausto[35], homem erudito e exemplo de integridade que, desiludido com as limitações da ciência de seu tempo, vendeu a própria alma para Mefistófeles em prol do conhecimento ilimitado, de um poder sem precedentes. Em sua busca pela plenitude do conhecimento, o doutor Fausto não apenas fez um pacto de sangue destrutivo com "o senhor do sucesso e do progresso"[36], mas reprimiu a sua experiência dos sentimentos humanos.

32. MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão no processo penal como* bricolage *de significantes*. Tese de doutoramento em direito. Orientação: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, dez., 2004, p. 58.
33. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1999, p. 16.
34. ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 144.
35. GOETHE, Johann Wolfgang von. *Fausto*. São Paulo: Martin Claret, 2004.
36. LÖWY, Michael. A filosofia da história de Walter Benjamin. *Estudos Avançados*, v. 16, n. 45, São Paulo, mai.-ago., 2002, p. 203.

Com isso, Fausto revelou, a pretexto de alcançar o conhecimento absoluto, a decadência do espírito humano que se deixa seduzir pelo mal, pelas ilusões do progresso que não são outra coisa senão a expressão da "catástrofe"[37]. Metaforicamente, e em inúmeros aspectos, a obra de Goethe é reveladora.

A inacessibilidade das coisas em si e a constituição do mundo real pela linguagem não têm sido capazes de reduzir a propensão do ser humano à verdade, para Nietzsche, a metáfora de todas as metáforas[38]. Apesar da natureza fictícia de uma suposta "verdade real" no processo penal, esta é invocada constantemente para justificar a violência punitiva, ainda que, no fundo, "diante dos conflitos entre relatos sobre o que ocorreu, o real, os seres humanos sempre considerem as consequências que podem advir de acolher uma hermenêutica diferente daquela que querem os poderosos"[39].

Não se está aqui a defender a ausência de uma instância final na resolução de conflitos, o que talvez pudesse levar à própria multiplicação da violência. Porém, na prática, torna-se imprescindível resgatar o "triunfo do diálogo"[40] e compreender que "a argumentação é a forma de comunicação da sociedade democrática"[41], abdicando da epistemologia da verdade que funda o processo penal e serve de substrato para a crise sacrificial que encontra na sentença penal o seu *locus* privilegiado.

O poder de definir a verdade que se manifesta na sentença penal e se reveste de legitimidade em razão de um discurso de autoridade, acaba por ocultar a violência dos mecanismos de controle e punição institucionalizados que recaem sobre as vítimas expiatórias, fazendo com que a sociedade continue a viver aprisionada a certas ilusões, crendo na bondade do poder punitivo e na pena como rito de purificação.

---

37. BENJAMIN, Walter. Über *den Begriff der Geschichte*. *In*: TIEDEMANN, Rolf; SCHWEPPENHÄUSER, Hermann (Hrsg.). Walter Benjamin. Gesammelte Schriften: Aufsätze, Essays, Vorträge. 1. Aufl. Band I.2. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.
38. NIETZSCHE, Friedrich. Über *Wahrheit und Lüge im außermoralischen Sinne*. Disponível em: [http://gutenberg.spiegel.de/buch/3243/1]. Acesso em: 10.09.2013.
39. ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 144.
40. GARAPON, Antoine. *Bem julgar*: ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 195.
41. NEUMANN, Ulfrid. *Wahrheit statt Autorität*: Möglichkeit und Grenzen einer Legitimation durch Begründung im Recht. Disponível em: [http://edoc.bbaw.de/volltexte/2011/2114/pdf/14_369_384_Neumann.pdf]. Acesso em: 20.07.2013, p. 384.

3. Os fundamentos teológicos do processo penal moderno

Todos os conceitos significativos da doutrina moderna do Estado são conceitos teológicos secularizados.[42] A tese de Carl Schmitt, da origem teológica dos conceitos políticos, indica que, assim como o direito, a política não é articulada a partir de si mesma. Com efeito,

> (...) se o jurídico não é autônomo, remetendo sempre para o político como a sua justificação última, se a ordem jurídica não pode deixar de remeter necessariamente para a decisão de um poder político que a justifica, também o político carece de autonomia, remetendo sempre para o teológico enquanto fonte do seu poder.[43]

É sobretudo a partir do plano da justificação teológica que o poder soberano ilimitado adquire fundamento "racional". Sendo assim, as categorias do processo penal moderno expressam a mesma matriz genética, reproduzindo o fundamento teológico inscrito nos demais conceitos da teoria política. As bases epistemológicas do processo penal moderno constituem uma "mitologia processual", pois jamais lograram se desvencilhar de seus fundamentos sagrados, sempre aptos a justificar de forma absoluta a verdade do poder jurídico-político estabelecido, vocacionado a afirmar-se constantemente pelo "milagre" do "Estado de exceção".

Nesse sentido, o surgimento do Estado moderno e a "expropriação do conflito" por parte do soberano estão intimamente relacionados à gênese do processo penal e talvez possam, em parte, situar as representações simbólicas deste mecanismo de resolução de conflitos que, em razão da atual ascensão do direito penal como mecanismo de compreensão da realidade, goza de grande prestígio social.

A substituição do modelo feudal fragmentado e a racionalização subjacente ao longo processo de transformações políticas e econômicas ocorridas na Europa durante a Idade Média só foi possível graças às práticas punitivas da época, exteriorizadas como autêntico exercício de poder legitimado por uma forma de saber.

---

42. SCHMITT, Carl. *Politische Theologie*. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität. Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 43.

43. SÁ, Alexandre Franco de. *Do decisionismo à teologia política:* Carl Schmitt e o conceito de soberania. Covilhã: LusoSofia, 2009, p. 26 e ss.

A afirmação de que "a pena deve existir" (*Strafe muss sein*), isto é, a impossibilidade de representar e entender o mundo sem ela[44], parece estar ligada às fontes do imaginário punitivo da modernidade, revelando a origem sagrada da sanção penal, não obstante a sua suposta racionalização e consequente secularização, defendida pelos reformadores iluministas dos séculos XVIII e XIX. Claramente o sagrado continua a fazer parte das instituições políticas contemporâneas, ainda que com a crise da penalidade clássica a justiça tenha dado um primeiro passo em direção à pena neutra, libertando-se de sua parte sagrada e rompendo progressivamente com uma teologia política que, por ser secularizada [...] nem por isso permaneceu menos viva[45].

No século XIII, com a emergência do Estado centralizado e burocrático e a superação do modelo germânico de regulamentação de conflitos que fora revitalizado no período feudal, a ideia de dano a um terceiro agredido (vítima) foi substituída pela de infração (à lei do Estado) e os procedimentos judiciários foram confiscados pelo soberano, cedendo lugar à *inquisitio* romano-penitencial-canônica. Nesse novo modelo – espiritual e administrativo, religioso e político, maneira de agir e de vigiar e controlar as almas – os visitantes eclesiásticos foram substituídos pelo procurador do Rei que buscava, por inquérito, estabelecer se houvera crime e quem o cometera[46].

A violência, que "é de todos e está em todos"[47], deveria ser apaziguada não mais pelo sacrifício, como acontecia nas sociedades primitivas, mas pela violência "legítima" exercida pelo Estado na figura de funcionários instruídos. Para essa legitimação, assinala Anitua[48], esses mesmos funcionários estariam também encarregados de criar um corpo teórico ou um pensamento, neste caso em especial, juristas especializados que forneceriam as bases do saber

44. SCHEERER, Sebastian. Kritik der strafenden Vernunft. *Ethik und Sozialwissenschaften*. Hamburgo: Lucius, n. 12, p. 69-83, 2001, p. 69. A pena deve existir. Isso é algo bastante comum. Mas por quê? Provavelmente, porque não se consegue imaginar o mundo sem ela (Tradução nossa).

45. GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia*: e a justiça será. Instituto Piaget, 2001, p. 149.

46. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1999, p. 70-71.

47. CARVALHO, Thiago Fabres de. A bravura indômita da justiça penal: o imaginário punitivo à luz da ética da vingança. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória – FDV, n. 8, p. 311-337, 2010, p. 315.

48. ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2008, p. 42.

necessário para tornar socialmente aceitáveis as práticas punitivas estatais. Eis aí a grande novidade da época:

> O que se inventou no Direito dessa época foi uma determinada maneira de saber, uma condição de possibilidade de saber, cujo destino vai ser capital no mundo ocidental. Esta modalidade de saber é o inquérito que apareceu pela primeira vez na Grécia e ficou encoberto depois da queda do Império Romano durante vários séculos[49].

A superação dos históricos conflitos entre "Império" e "Igreja" e a junção dos poderes político e religioso em torno do soberano não só colaboraram com o relevante processo de centralização que iria minar o exercício dos poderes locais que sustentavam o modelo feudal, mas contribuíram de modo decisivo para moldar o sistema processual daquele período. Nos termos de Anitua[50],

> (...) isso produziu a quebra do sistema acusatório e abriu caminho, de mãos dadas com o direito canônico que recuperava formas do processo romano imperial, ao sistema processual inquisitivo. Este sistema se baseava em alguns conceitos. Em primeiro lugar apareceu a 'infração' em substituição ao dano. Seria efetivada, dessa forma, a suposição de que o Estado é o lesado pela ação de um indivíduo sobre o outro. [...] Foi por isso que surgiram com ela [a necessidade de reparação], tanto a noção de 'delito' quanto a de "castigo".

Nesse contexto tornou-se então imprescindível que o Estado fosse capaz de identificar quem era culpado pela prática da infração. A decisão sobre a existência do delito e a necessidade de condenação e castigo se manifestaria assim por meio de uma sentença, ato de revelação que, após a investigação, iria declarar a verdade.

Desde o inquérito da Idade Média, gênese do processo penal moderno, a busca pela verdade tem norteado o trabalho dos atores processuais, ampliando os horizontes de incidência das práticas persecutórias, legitimadas por um discurso pretensamente humanista e racional. Ao magistrado, portanto, compete o importante papel de revelar a verdade, ainda que esta seja apenas uma ilusão:

> O que é a verdade, portanto? Um batalhão móvel de metáforas, metonímias, antropomorfismos, enfim, uma soma de relações humanas, que foram

49. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1999, p. 62-63.

50. ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2008, p. 43.

> enfatizadas poética e retoricamente, transpostas, enfeitadas, e que, após longo uso, parecem a um povo sólidas, canônicas e obrigatórias: as verdades são ilusões (...)[51].

O "impulso pela verdade" que move o ser humano e serve de substrato para a existência social, para Nietzsche, nada mais do que a obrigação de mentir segundo uma convenção sólida, é uma das principais características do processo penal que se reafirma como mecanismo de obtenção e autenticação da verdade, preservando, assim, a forma de saber-poder do inquérito a que alude Foucault: "(...) o inquérito não é absolutamente um conteúdo, mas a forma de saber. Forma de saber situada na junção de um tipo de poder e de certo número de conteúdos de conhecimentos".

Embora o movimento iluminista do século XVIII tenha representado um avanço na tentativa de secularizar o processo penal, sobretudo por meio da superação da crença teológica e da imposição de racionalidade na atuação dos atores processuais, dificilmente seria possível sustentar que o florescimento do humanismo e do racionalismo tenha, realmente, propiciado a ruptura com a lógica inquisitorial que permeou a Idade Média.

Não se está aqui a negar os avanços obtidos pela doutrina penal do iluminismo, decorrentes das reformas da cultura medieval que visavam, em especial, a secularização do direito e a dessacralização do delito, mas a reafirmar a impossibilidade de transposição do modelo inquisitivo para a consolidação do processo acusatório em virtude de um obstáculo epistemológico.

A epistemologia da verdade que permeava o inquérito da Idade Média, instrumento de exercício de poder impregnado de categorias religiosas, constituiu-se como um dos elementos fundantes e, talvez, o mais importante, do processo penal moderno. Parafraseando Carl Schmitt ao sustentar que todos os conceitos políticos significativos são conceitos teológicos secularizados, é possível nos referirmos ao paradigma processual da modernidade, apesar de todos os esforços teóricos em sentido contrário, como uma espécie de "teologia processual" que implicou a institucionalização jurídica da intolerância até os dias de hoje.

Da mesma forma pensam Scheerer e Hulsman[52], ao sustentarem que a atual crença nas funções do direito penal deriva de ideias oriundas da teologia

51. NIETZSCHE, Friedrich. Über *Wahrheit und Lüge im außermoralischen Sinne*. Disponível em: [http://gutenberg.spiegel.de/buch/3243/1]. Acesso em: 10.09.2013.

52. SCHEERER, Sebastian. *Warum sollte das Strafrecht Funktionen haben?* Gespräch mit Louk Hulsman über den Entkriminalisierungsbericht des Europarate. Disponível em:

escolástica da Idade Média, sendo possível ainda afirmar que o direito penal é a continuação ou o substituto do pensamento eclesiástico na atualidade.

É importante perceber que as complexas transformações nas estruturas políticas e nas relações de poder ocorridas na Europa durante o século XIII não apenas permitiram o surgimento do inquérito, como o inseriram nas práticas judiciárias da Idade Média, do período clássico e até mesmo da modernidade[53].

Apesar das reformas oitocentistas no discurso penal e processual penal estabelecerem como variável fundamental a secularização, não lograram exorcizar a lógica inquisitorial da cultura penal[54]. As consequências da assunção do inquérito – modelo de exercício do poder ao mesmo tempo administrativo e eclesiástico – e sua introdução nas práticas punitivas e no campo teórico não se esgotaram no ambiente medieval; muito pelo contrário, difundiram-se por diversos domínios do conhecimento, alcançando, inclusive, as instituições de ensino superior e suas mais diversas áreas.

O jogo de cena laico para preservar os princípios fundamentais do inquisitorialismo permitiu a manutenção da estrutura da *inquisitio* que, historicamente, se reinventa e cria novos mecanismos para determinar a verdade, poder dirigido aos notáveis, e inacessível aos incautos. Nesse sentido, precisas são as palavras de Kafka[55]:

> Diante da Lei há um guarda. Um camponês apresenta-se diante deste guarda, e solicita que lhe permita entrar na Lei. Mas o guarda responde que por enquanto não pode deixá-lo entrar. O homem reflete, e pergunta se mais tarde o deixarão entrar.
>
> – É possível – disse o porteiro – mas não agora.
>
> A porta da Lei está aberta, como de costume; quando o guarda se põe de lado, o homem inclina-se para espiar. O guarda vê isso, ri-se e lhe diz:
>
> – Se tão grande é o teu desejo, experimenta entrar apesar da minha proibição. Mas lembra-te de que sou poderoso.

[www.wiso.uni-hamburg.de/fileadmin/sowi/kriminologie/Publikationen/Scheerer_1983_Warum_sollte_das_Strafrecht_Funktionen_haben.pdf]. Acesso em: 10.01.2014, p. 68.

53. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1999, p. 74.
54. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 71.
55. KAFKA, Franz. Diante da Lei. *A Colônia Penal*. São Paulo: Livr. Exposição do Livro, 1965, p. 71.

4. O reconhecimento como horizonte da gestão dos conflitos: a verdade a partir da perspectiva retórica e a ética da tolerância

A busca da verdade (vontade de verdade) que permeia a dogmática processual penal e norteia a atuação dos atores processuais pode ser considerada uma das principais razões da impossibilidade de se concretizar um modelo democrático de administração de conflitos no campo penal[56].

O ideal de verdade tem sido um óbice à construção de sistemas alternativos de justiça que sejam coerentes com as aspirações democráticas de contenção da intolerância e garantia das expectativas de reconhecimento, uma vez que "as democracias vivem a partir da domesticação da intolerância, pois democracia significa inclusão, regras comuns, reconhecimento do outro, fragmentação de poder"[57].

Questionar a verdade e o seu papel, não somente no contexto do direito processual penal, mas também na seara das distintas concepções filosóficas da teoria do conhecimento não é tarefa simples. Porém, nos parece um dos fatores condicionantes da reconstrução da justiça penal na sociedade democrática periférica, afigurando-se como alternativa fundada numa filosofia reconstrutiva que permita a superação dos "escândalos" da punição e da impunidade:

> Punição ou impunidade, qual é o maior escândalo? O homem democrático hesita, oscila e finalmente esquiva-se. Mas a questão regressa até ele como um bumerangue porque é sempre ele que a relança. Escândalo da impunidade: exige-se a segurança e o respeito da sua pessoa, de facto faz valer o caráter sagrado e intangível, procura a reparação e o reconhecimento. Escândalo da punição: compadece-se com o destino dos castigados, denuncia os verdugos, condena toda a violência, mesmo legítima e orientada para quem foi ferido, ultrajado ou morto. É um dos seus paradoxos: sempre mais livre, pune cada vez mais; sempre mais 'humano', chora também mais, até sonha com penas insensíveis, punições indolores[58].

56. Aprofundamos aqui algumas ideias apresentadas embrionariamente em: BOLDT, Raphael; ADEODATO; João Maurício. O sistema de justiça penal entre a invisibilidade pública e o reconhecimento na modernidade periférica. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 60, n. 2, maio/ago. 2015, p. 209-223.

57. ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional* (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116.

58. GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia*: e a justiça será. Instituto Piaget, 2001, p. 07.

Assim, o homem democrático oscila entre o medo e a piedade, ora chorando as suas vítimas e criando argumentos que justifiquem os horrores de penas severas para seus agressores, ora proclamando o valor do condenado e demandando penas "justas", sem subtrair do autor da infração penal a sua dignidade.

Um dos principais problemas do processo penal como mecanismo de resolução (e não de eliminação[59]) dos conflitos repousa, não obstante as suas funções declaradas, exatamente na sua incapacidade de regenerar os laços feridos pelo crime e no processo de reificação que impõe tanto à vítima quanto ao autor do ilícito penal. Gênese da epistemologia da verdade, a intolerância[60] está no centro desse fenômeno, sobretudo se conferimos à palavra reificação o sentido que lhe empresta Honneth, ou seja, "esquecimento do reconhecimento". Com efeito, o processo penal não apenas tem sido incapaz de solucionar conflitos, mas revela a sua capacidade de eternizá-los por meio da pena que se legitima a partir da verdade declarada por uma espécie de Oráculo, instrumentalizando seres humanos e perpetuando-se, por conseguinte, como uma forma perversa e perniciosa do "Esquecimento-do-Reconhecimento"[61].

---

59. Importante destacar a impossibilidade de se obter a eliminação do conflito por intermédio do processo penal, uma vez que os conflitos são alternativas incompatíveis, mas que, além disso, pedem uma decisão. Há, pois, questão conflituosa quando, diante, de uma alternativa incompatível, defrontamo-nos com um processo de decisão (...). Isso significa que uma decisão não implica uma eliminação, embora permita uma solução do conflito. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Direito, Retórica e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 42. Ademais, acreditamos que o conflito, diferentemente da violência, deve ser compreendido como um elemento constitutivo de nossa personalidade e possui, portanto, uma dimensão positiva, configurando-se como componente fundamental para o processo de reconhecimento. Para Hegel, a relação conflituosa seria, assim, interpretada como uma 'luta por reconhecimento'. A respeito, conferir: HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 83. MÜLLER, Jean-Marie. *O princípio de não-violência*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

60. Para Adeodato, a intolerância surgiu historicamente com os monoteísmos e implica a pretensão, sedutora para as necessidades de segurança por parte do ser humano, de uma verdade absoluta e uma exclusividade de percepção do mundo que não aceita outras dela divergentes. ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional* (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 123.

61. HONNETH. Axel. *La sociedad del desprecio*. Madrid: Trotta, 2011, p. 165 e ss. SAAVEDRA. Giovani Agostini. Reificação *versus* Reconhecimento. Sobre os fundamentos antropológicos da criminologia do reconhecimento. *In*: GAUER, Ruth (org.).

Assim, pensar em novos paradigmas de justiça penal para as sociedades contemporâneas pressupõe estabelecer horizontes alternativos que, no caso deste trabalho, passam pelo reconhecimento mútuo das partes, reconhecimento jurídico ao qual corresponde, como forma de desrespeito, a privação de direitos que

> (...) não representa somente a limitação violenta da autonomia pessoal, mas também sua associação com o sentimento de não possuir o *status* de um parceiro da interação com igual valor, moralmente em pé de igualdade; para o indivíduo, a denegação de pretensões jurídicas socialmente vigentes significa ser lesado na expectativa intersubjetiva de ser reconhecido como sujeito capaz de formar juízo moral; nesse sentido, de maneira típica, vai de par com a experiência da privação de direitos uma perda de autorrespeito, ou seja, uma perda da capacidade de se referir a si mesmo como parceiro em pé de igualdade na interação com todos os próximos[62].

A esse tipo de desrespeito, que lesa a pessoa na sua capacidade de autorrespeito, acrescenta-se outra modalidade de degradação que lhe é subjacente, referente ao valor social negativo de determinados grupos ou indivíduos, depreciados, na hierarquia social de valores, em sua forma de vida ou no seu modo de crença[63]. Diante das formas de desrespeito apontadas por Honneth, em oposição às esferas de reconhecimento[64], torna-se ainda mais importante pensar em respostas alternativas, inclusive no âmbito penal, correspondentes ao pluralismo moral próprio de nossa sociedade democrática complexa. Com isso, ganha ainda maior relevância a assunção da "tolerância como postura ética para lidar com os conflitos" e como "meio para o respeito ao outro",

---

Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 133 e ss.

62. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 216.

63. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 217.

64. Nos termos do autor, as formas básicas de integração social seriam as ligações afetivas (amor), a adjudicação de direitos (direito) e a orientação comum por valores (solidariedade). A cada uma delas corresponde uma espécie de autorrelação positiva: o amor gera a autoconfiança; o direito, o autorrespeito; e a solidariedade, a autoestima. O sucesso nessas três etapas de reconhecimento intersubjetivo promoveria a integração justa e duradoura da comunidade política, que está calcada numa dinâmica historicamente fundada de seu próprio aperfeiçoamento.

principalmente no campo jurídico, onde "tolerância significa o reconhecimento recíproco de direitos subjetivos"[65].

Reconhecimento que em suas três formas, segundo a investigação teórica de Honneth[66], criaria as condições sociais sob as quais os sujeitos humanos poderiam chegar a uma atitude positiva para com eles mesmos. Trata-se, portanto, da constituição de um "modo existencial do reconhecimento", que "deve ser compreendido como uma forma mais fundamental do reconhecimento recíproco dos seres humanos como seres dignos de respeito e igual tratamento jurídico (dimensão antropológica do reconhecimento)"[67].

A ideia, oriunda do direito canônico e historicamente defendida pelos processualistas, de que a verdade pode ser revelada por meio do processo, implica a possibilidade de se legitimar o poder e as estruturas sociais desiguais que fornecem as bases para o seu exercício, especialmente no caso dos países periféricos, "onde a comunicação entre as elites e os excluídos é intermediada e cada camada externa vive das sobras de cada camada interna"[68].

Com efeito, a nosso ver, o percurso filosófico do reconhecimento a que se refere Ricouer[69] pressupõe aceitar e apoiar pessoas, opiniões e atitudes provenientes de visões de mundo potencialmente conflituosas, abdicando de paradigmas forjados na intolerância, cuja convicção, de que existe uma verdade e uma justiça únicas, corretas, tem ensejado a sonegação de direitos subjetivos, forma de desrespeito correlata àquela apontada por Honneth ao se referir à privação de direitos.

Em contrapartida, o que se busca aqui é afastar-se da tirania da "verdade dos fatos" e sugerir que "a realidade é retórica"[70], pois já não há um relato comum

65. ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional* (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 118, 133/134.
66. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 266.
67. SAAVEDRA, Giovani Agostini. Criminologia do reconhecimento: linhas fundamentais de um novo paradigma criminológico. *In*: GAUER, Ruth Chittó (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 91-106, p. 94.
68. ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 103.
69. RICOEUR, Paul. *Percurso do reconhecimento*. São Paulo: Edições Loyola, 2006.
70. ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011.

dominante no processo, mas apenas histórias fragmentadas, percepções subjetivas, diferentes relatos a respeito de um mesmo evento que, diante da necessidade de um pronunciamento de justiça e dos limites inerentes à linguagem, deve contentar-se com o "relato vencedor".

Daí a notória importância de repensar o papel da justiça e do processo penal contemporâneos, desde a sua origem destinados tão somente a estabelecer a culpabilidade e a declarar a verdade, ou, nas palavras de Adeodato[71], "definir por intermédio da linguagem técnica a realidade", negligenciando, assim, a relevante tarefa do reconhecimento jurídico, consistente no respeito devido a um membro cujos direitos foram transgredidos, ou seja, tanto a vítima quanto o próprio autor do crime.

Para tanto, torna-se imprescindível recusar um direito que procure os seus fundamentos na religião, como o modelo retributivo, nas ciências humanas, em particular na psicologia, como o modelo reabiliativo, pensando em um modelo que permita recordar o lugar particular do jurídico em relação ao teológico, político e psicológico[72].

Nesse sentido, a perspectiva retórica pode contribuir consideravelmente para o desenvolvimento de novos paradigmas, oferecendo um caminho que conduza à aproximação do direito à ética vinculada à tolerância e, consequentemente, ao processo de reconhecimento, afinal, segundo Goethe, "a verdadeira tolerância precisa levar ao reconhecimento"[73].

5. Considerações finais: a superação do processo penal a partir dos "vencidos da história"

A naturalização da barbárie evidencia que, no cenário da teologia processual da modernidade, o conceito de "banalidade do mal" construído pela notável filósofa Hannah Arendt assume cores assombrosas. Segundo Arendt, o mal não é uma categoria ontológica, um dado da natureza, tampouco possui uma transcendência metafísica. Trata-se, pois, de uma construção política e histórica, produto dos homens no contexto de suas interações sociais e culturais,

71. ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 232.

72. GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia*: e a justiça será. Instituto Piaget, 2001, p. 311.

73. GOETHE, Johann Wolfgang. *Maximen and Reflexionen*. Frankfurt am Main: Insel, 1981, p. 507.

precisamente quando encontra condições institucionais aptas a impulsioná-la, sempre a partir de decisões políticas. A banalização da violência resulta do "vazio do pensamento", de uma espécie de morte do juízo e da responsabilidade sobre nossas próprias ações.[74]

Desvelar a mitologia processual da modernidade a partir dos "vencidos da história"[75] significa perceber que, a despeito de suas funções epistêmicas e políticas declaradas (busca da verdade e pacificação social), o processo penal retroalimenta a brutalidade cotidiana dos sistemas penais, com seu arsenal de morte e sofrimento desmedidos. Símbolo de uma modernidade massificadora e de uma racionalidade instrumental reificante, a banalidade do mal conduz aos campos de concentração, à industrialização da morte, racional e burocraticamente geridas.

Michael Löwy chamou precisamente de "barbárie civilizada" a todo este processo. Para o autor, o termo pretende designar o fato de que, longe de sugerir um momento pré-moderno, no qual reinaria o império do caos do estado de natureza, a modernidade articulou racional e burocraticamente formas específicas de barbárie. A sociedade moderna produziu historicamente modelos reais de produção da barbárie, todos eles atrelados, justificados e umbilicalmente ligados ao ventre da racionalidade burocrática estatal.

Esta articulação se manifesta pelo fato de que a modernidade presenciou a utilização da racionalidade burocrática (a dominação racional-legal weberiana) para construir a legitimação institucional de práticas genocidas. Assim, a racionalização da vida social, descrita por Weber como o "desencantamento do mundo", não nos legou apenas a segurança, a certeza e a previsibilidade necessárias para controle das relações sociais e econômicas da vida moderna, mas auxiliou amplos projetos de afirmação da uma nova forma de barbárie, a "barbárie civilizada e racionalizada".[76]

No Brasil, a atuação brutal do sistema penal pode facilmente ser incluída nesta categorização. O extermínio compulsivo e o estado de exceção

74. ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

75. BENJAMIN, Walter. Über *den Begriff der Geschichte*. *In*: TIEDEMANN, Rolf; SCHWEPPENHÄUSER, Hermann (Hrsg.). Walter Benjamin. Gesammelte Schriften: Aufsätze, Essays, Vorträge. 1. Aufl. Band I.2. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. LÖWY, Michael. A filosofia da história de Walter Benjamin. *Estudos Avançados*, v. 16, n. 45, São Paulo, mai.-ago, 2002.

76. Cf. LÖWY, Michael. *Modernidade e Barbárie no século XX*. Porto Alegre: FSM, 2000, e BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

protagonizado pelo "processo penal do espetáculo"[77] dilaceram qualquer possibilidade de afirmação da legalidade democrática, evidenciando que a política e a guerra estão arraigadas de forma estrutural. Michel Foucault foi quem, de forma mais precisa, assinalou essa conexão. Ao inverter a forma de Clausewitz, segundo a qual "a guerra é a continuação da política por outros meios", Foucault propõe que "a política é a continuação da guerra por outros meios", demonstrando que a instituição do Estado (civil ou político) não visa acabar com a guerra (de todos contra todos), mas sim redimensioná-la, a fim de que a eliminação do adversário ou do inimigo encontre amparo discursivo na ciência e no direito moderno.

Desse modo, a afirmação da democracia implica, necessariamente, na luta contra o poder punitivo, a fim de articular espaços dessacralizados de solução dos conflitos, no qual o diálogo, o encontro e o reconhecimento possam substituir o sacrifício cotidiano das vítimas expiatórias a remontar as teologias medievais e políticas e suas inquisições permanentes.

6. Referências

ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional* (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2010.

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica:* para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012.

ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011.

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia*: uma fundamentação para o Direito Penal. Rio de Janeiro/Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2010.

ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2008.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BENJAMIN, Walter. Über *den Begriff der Geschichte*. *In*: TIEDEMANN, Rolf; SCHWEPPENHÄUSER, Hermann (Hrsg.). Walter Benjamin. Gesammelte Schriften: Aufsätze, Essays, Vorträge. 1. Aufl. Band I.2. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

77. CASARA, Rubens R. R. *Processo Penal do Espetáculo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

BOLDT, Raphael; CARVALHO, Thiago Fabres de. Processo e tragédia: a sentença penal como *locus* da crise sacrificial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* v. 115, p. 141-165. São Paulo: RT, jul.-ago. 2015.

BOLDT, Raphael; ADEODATO; João Maurício. O sistema de justiça penal entre a invisibilidade pública e o reconhecimento na modernidade periférica. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 60, n. 2, maio/ago. 2015, p. 209-223.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Thiago Fabres de. A bravura indômita da justiça penal: o imaginário punitivo à luz da ética da vingança. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória – FDV, n. 8, p. 311--337, 2010.

CASARA, Rubens R. R. *Processo Penal do Espetáculo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.

CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da Violência*. São Paulo: Cosac & Naify, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nélson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, ITEC, Porto Alegre: Nota Dez, n. 1/2001.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoria del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1997.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Direito, Retórica e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1997.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar*: ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas*: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia:* e a justiça será. Instituto Piaget, 2001.

GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. São Paulo: Editora UNESP, 1990.

GOETHE, Johann Wolfgang von. *Fausto*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

GOETHE, Johann Wolfgang von. *Maximen and Reflexionen*. Frankfurt am Main: Insel, 1981.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento:* a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.

HONNETH, Axel. *La sociedad del desprecio*. Madrid: Trotta, 2011.

KAFKA, Franz. Diante da Lei. *A Colônia Penal*. São Paulo: Livr. Exposição do Livro, 1965.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÖWY, Michael. A filosofia da história de Walter Benjamin. *Estudos Avançados,* v. 16, n. 45, São Paulo, mai-ago, 2002.

LÖWY, Michael. *Modernidade e Barbárie no século XX*. Porto Alegre: FSM, 2000.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão no processo penal como bricolage de significantes*. Tese de doutoramento em direito. Orientação: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, dez. 2004.

MÜLLER, Jean-Marie. *O princípio de não-violência*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

NEUMANN, Ulfrid. *Wahrheit statt Autorität*: Möglichkeit und Grenzen einer Legitimation durch Begründung im Recht. Disponível em: [http://edoc.bbaw.de/volltexte/2011/2114/pdf/14_369_384_Neumann.pdf]. Acesso em: 20.07.2013.

NIETZSCHE, Friedrich. *O nascimento da tragédia (ou helenismo e pessimismo)*. São Paulo: Cia. das Letras, 1992.

NIETZSCHE, Friedrich. *Über Wahrheit und Lüge im außermoralischen Sinne*. Disponível em: [http://gutenberg.spiegel.de/buch/3243/1]. Acesso em: 10.09.2013.

RICOEUR, Paul. *Percurso do reconhecimento*. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Criminologia do reconhecimento: linhas fundamentais de um novo paradigma criminológico. *In*: GAUER, Ruth Chittó (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Reificação *versus* Reconhecimento. Sobre os fundamentos antropológicos da criminologia do reconhecimento. *In*: GAUER, Ruth (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. São Paulo: Cortez, 2001.

SCHEERER, Sebastian. Desvantagens e utilidade da criminologia crítica nos tempos de terrorismo. *In*: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. (org.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SCHEERER, Sebastian. Kritik der strafenden Vernunft. *Ethik und Sozialwissenschaften*. Hamburgo: Lucius, n. 12, p. 69-83, 2001.

SCHEERER, Sebastian. *Warum sollte das Strafrecht Funktionen haben?* Gespräch mit Louk Hulsman *über* den Entkriminalisierungsbericht des Europarate. Disponível em: [www.wiso.uni-hamburg.de]. Acesso em: 10.01.2014.

SCHMITT, Carl. *Politische Theologie*. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Para além do reducionismo acusatório-inquisitório: a inserção do justo processo no estudo dos temas do processo penal, de Frederico Valdez Pereira – *RT* 964/349-374 (DTR\2016\227);
- Processo e catástrofe: a racionalidade do processo penal moderno a partir da filosofia da história de Walter Benjamin, de Raphael Boldt e João Maurício Adeodato – *RBCCrim* 125/255-276 (DTR\2016\2434); e
- Sistemas processuais penais à luz da Constituição, de Eduardo Ribeiro Moreira e Margarida Lacombe Camargo – *RDCI* 97/73-91 (DTR\2016\24150).

Profanando o dispositivo "inquérito policial" e seu ritual de produção de verdades

Profanating the dispositive "police investigation" and its ritual of production of truths

André Rocha Sampaio

Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) (2016). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (2009). Pós-graduado em Ciências Criminais pela ESAMC (2008). Professor Adjunto do Centro Universitário Tiradentes (UNIT/AL). Advogado.
andrerochasampaio@gmail.com

Recebido em: 30.09.2016
Aprovado em: 07.12.2016
Última versão do autor: 14.12.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: Este artigo tem por objetivo analisar o entrecaminho percebido da colisão dos discursos dos manuais jurídicos acerca do inquérito policial e suas práticas descritas em abordagens empíricas, tendo como fim dar visibilidade à produção da verdade irrompida nesta fase. A comparação entre os planos normativo e empírico sempre gera certo deslocamento, mas, neste caso específico, se sabe que as "metarregras" subjacentes regem a fase investigativa, o que é agravado pela escassa normatização do tema e a grande discricionariedade atribuída à autoridade policial. Nossa hipótese é a de que esse deslocamento, menos do que uma impossibilidade natural de correspondência face à complexidade da realidade, é funcional para que o inquérito opere como um dispositivo, nos moldes tratados por Foucault e Agamben, a serviço de um determinado tipo de governamentalidade, resultando, em última análise em uma verdade contaminada por um cariz político de duvidoso caráter democrático. Para sustentarmos nossa hipótese, valemo-nos de pesquisas bibliográficas tendo

Abstract: This article has as an aim to analyze the path between the colision of the discourses from the juridical handbooks about police investigation and its practices discribed in empirical studies, with the purpose of giving visibility to the production of truth appeared in this phase. The comparisson between the normative and empirical plans Always produces some deslocation, but in this specific case it is known that the "meta-rules" underneath truly rules the investigation, what is worsened by the few norms about the theam and big liberty given to the police officer. Our hypothesis is that this dislocation, less then a natural impossibility of correspondence because of the complexity of the reality, it is functional so that the investigation can operate as a dispositive, in the sense brought by Foucault and Agamben, working for some kind of governmentality, resulting, at last, in a contaminated truth by a political matrix with a doubtful democratic character. To sustain our hypothesis, we used bibliographic researches

como marco teórico os autores biopolíticos Foucault e Agamben e processualistas críticos como Nereu Giacomolli e Aury Lopes Jr. A importância deste estudo se encontra na possibilidade de melhor cartografar o instituto abordado para que seja possível adequá-lo a valores democráticos.

Palavras-chave: Inquérito policial – Verdade – Dispositivo – Governamentalidade – Democracia.

with the theoretical mark of biopolitics authors such as Foucault and Agamben and critical processualists as Nereu Giacomolli and Aury Lopes Jr. The importance of this study is due to the possibility of a better cartography of the police investigation so that it is possible to adequate it to democratical values.

Keywords: Police investigation – Truth – Dispositive – Governmentality – Democracy.

Sumário: 1. Introdução: o inquérito que faz a polícia. 2. Um dispositivo chamado "inquérito policial". 3. Os operários e seus dispositivos. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. Introdução: o inquérito que faz a polícia

O monge faz o hábito ou o hábito faz o monge? Cientes da preponderância popular da segunda oração por sobre a primeira, ousamos subverter a resposta e a pergunta, afirmando que o monge faz o hábito que faz o monge.

Esquivando-nos da (genea)lógica ovo/galinha, não buscamos aqui afirmar a produção *ex nihilo* de um inquérito policial; é óbvia a existência de sujeitos construtores da realidade – dentro da perspectiva construtivista ora adotada. Mas não é essa a abordagem pretendida. Buscamos elaborar uma análise centrada na comunicação, evitando, assim, qualquer antropocentrismo reducionista da complexidade do *real-construído* e, ao assim fazermos, percebemos de plano a impossibilidade de determinação de um polo primário na relação *polícia judiciária* ↔ *inquérito policial*.

O inquérito policial, escrito, como é o brasileiro, funciona como uma espécie de "memória oficial"; compreendido em seu conjunto, trata-se de espécie de arquivo que reúne todo o discurso (oficial) policial (a ser) utilizado ou não em um contingente processo penal. Assim, compreendido como arquivo, não podemos olvidar de seu poder de enunciação, ao mesmo tempo constituído e constitutivo da identidade da polícia judiciária.

Por "memória oficial" queremos com isso presumir a presença de outra memória, paralela, profana, presente em um *ethos* policial e preservada em sede de *habitus*, no sentido atribuído por Bourdieu. Esse tipo de memória só é acessível mediante estudos etnográficos e o emprego de técnicas de análises discursivas tanto em suas pronunciações midiáticas quanto nos próprios enunciados presentes nas peças de informação. Como visamos, por ora, a

análise do inquérito policial, mais especificamente de sua natureza enquanto dispositivo, lançaremos mão, sobretudo, da análise discursiva de como a doutrina trata a investigação preliminar brasileira. Será uma análise da análise, ou uma metanálise.

Em virtude da escassa codificação da temática (o CPP brasileiro dedica apenas 19 artigos ao tema), utilizaremos da fonte não codificada, a saber, do tratamento científico atribuído à matéria para iniciar o desenho do arco de análise que só se perfará ao fim.

Nosso objetivo é desvendar as entranhas da dinâmica do inquérito que faz com que sua atividade performática seja a de um dispositivo nos termos tratados por Foucault, para dar visibilidade ao circuito epistêmico ao cabo irrompido. Assim, desde já, iniciaremos a análise pelo aparente antagonismo do tratamento científico do tema, para, então, fazer surgir o novo emergente, revelando a complementaridade do que é aparentemente antagônico.

2. Um dispositivo chamado "inquérito policial"

O sistema de investigação preliminar brasileiro foi (des)estruturado por uma política-criminal quimérica, cuja única constante histórica tem sido a gestão pelo medo. O resultado era evidente: um sistema (sistema?) autoritário, fissurado, desorganizado e (aparentemente) ineficaz; um sistema no qual não há pacificidade quanto à identidade do inquisidor – basta lembrar dos acirrados debates sobre a possibilidade de investigação pelo Ministério Público – , quanto à morfologia dos atos, em face, dentre outros fatores, da vagueza do texto legal, quanto ao seu controle de legalidade, o grau de participação do investigado, aliás, nem sequer há consenso científico acerca do investigado ser sujeito ou objeto da investigação criminal!

Tamanho magneto de mazelas tenderia, por indução lógica, a ser objeto de um sem número de pesquisas científicas, ensejando debates sérios e profícuos, visando, em última análise, suprir o *déficit* normativo sobre a temática. No entanto, o que se constata é uma realidade diferente. Poucos são os estudos de abrangência nacional e internacional que se propuseram a se enveredar pelos tortuosos caminhos de nosso sistema de investigação preliminar oficial – o inquérito policial – para dele extrair elementos importantes para (re)pensá-lo, seja pela via de pesquisas empíricas ou puramente teóricas (sem obliterar o esforço teórico daquelas e a premência empírica destas). O que se percebe na doutrina (sobretudo, mas não somente manualesca) é a constante reprodução acrítica de informações – às vezes já desprovidas de qualquer sentido – ou, no máximo, a defesa de um ponto de vista acerca de algum aspecto já

tradicionalmente controverso cuja resposta parece já ter sido reduzida pelo pensamento doutrinário a uma solução dual.[1]

Com efeito, temos como propósito neste item a fértil e vasta tarefa de (re) pensar o inquérito policial. Valeremo-nos, principal, mas não exclusivamente, de literatura com maior esforço de análise da matéria, que tenha tratado com maior proficiência de aspectos que contribuirão para o desenrolar do pensamento ora construído, mas certos de dois possíveis graves pecados, o do esquecimento de estudos de menor repercussão e, este ainda pior, o da insuficiência de reflexão, redundando no simplismo recém-execrado.

Como estopim de nossa análise, optamos por partir do dado, ou seja, do modo como a ciência vem tradicionalmente tratando do tema. Desde já convém destacar que mesmo a doutrina que visa à transmissão de informação baseada numa economia da reflexão não consegue abordar o tema de modo direto e acordante. Seu percurso tortuoso, formado por caminhos e descaminhos, revelar-se-á evidente pela pluralidade de posicionamento sobre aspectos relevantes da matéria.

Tourinho Filho, por exemplo, inicia sua análise pela polícia civil, evidenciando suas "funções de investigar as infrações penais e sua respectiva autoria, bem como fornecer às Autoridades Judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos (...)".[2] Desde esse primeiro conceito já se manifesta o rastro inquisitorial que atravessa nosso sistema processual penal. Em que pese à amplitude do verbo "investigar", não se pode negar que esta é a principal atribuição da polícia civil, o problema se situa no "bem como". Quando o autor estabelece uma ponte entre a investigação e a instrução e julgamento realizados pela autoridade judicial, outra coisa não faz a não ser desenhar a estrutura de um sistema inquisitorial (ou pós-inquisitorial, ou neoinquisitorial, em suma, não democrático). A figura do Ministério Público, principal destinatário do Inquérito, é, *prima facie*, olvidada, e, nesse primeiro momento, o que é realçado é a conexão aparentemente estreita entre investigação e instrução/julgamento.

1. Nereu Giacomolli chama atenção para a "clausura da abordagem aos meros aspectos legais e jurídicos [que], embora necessária, mergulha num monólogo científico vazio e paradoxal" (GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal*: crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 1, 2011.)
2. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 1. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 197, 1998.

Fazendo jus ao autor, de fato ele se recorda do Ministério Público mais adiante, quando conceitua "Inquérito Policial". Para ele, "Inquérito Policial é, pois, o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária para a apuração de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo".[3] Apenas um ponto de divergência: a fim de que o titular da ação penal possa *ou não* ingressar em juízo; não podemos esquecer que a principal função do Inquérito Policial é fundamentar o processo ou o não processo![4]

Ao discorrer sobre o que se referia com o termo "apuração", Tourinho Filho revela:

> [...] colher informações a respeito do fato criminoso, [...] buscando tudo, enfim, que possa influir no esclarecimento do fato. Apurar a autoria significa que a Autoridade Policial deve desenvolver a necessária atividade visando a descobrir, conhecer o verdadeiro autor do fato infringente da norma, porquanto, não se sabendo quem o teria cometido, não se poderá promover a ação penal.[5]

O autor não se atenta para o fato de que o Inquérito Policial é instrumento de cognição sumária, ou seja, deve buscar o *fumus commissi delicti* necessário para fundamentar o processo ou o não-processo[6] e jamais se aprofundar em demasia, exaurindo a cognição, "buscando tudo, enfim, que possa influir no esclarecimento do fato".[7]

---

3. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 1. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 198, 1998.
4. LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 109 2013.
5. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 1. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 198, 1998.
6. LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 124-125, 2013.
7. É justamente nesse ponto que se situa um dos paradoxos da investigação preliminar: ao passo que precisa ser bem desempenhada para se alcançar (ou não, caso não existam) prova do crime e indícios suficientes de autoria, não pode, por outro lado, exaurir a matéria probatória, sob pena de reduzir a fase de instrução judicial à mera legitimação do que já fora colhido. Para tal, é crucial desenvolver mecanismos de controle da duração do inquérito, tanto quantitativa – fiscalização dos prazos – quanto qualitativamente – controle da imersão no grau de cognição –, além de expandir mecanismos de regulamentação dos elementos de informação obtidos (*exclusionary rules*, por exemplo) e exigir maior clareza quanto à fundamentação decisória na (re)

Ao apontar suas principais características, afirma que

> Se a Autoridade Policial tem o dever jurídico de instaurar o inquérito, de ofício, isto é, sem provocação de quem quer que seja [...]; se a Autoridade Policial tem poderes para empreender, com certa discricionariedade, todas as investigações necessárias à elucidação do fato infringente da norma e à descoberta do respectivo autor; se o indiciado não pode exigir sejam ouvidas tais ou quais testemunhas nem tem o direito, diante da Autoridade Policial, às diligências que, por acaso, julgue necessárias, mas, simplesmente, pode requerer a realização de diligências e ouvida de testemunhas, ficando, contudo, o deferimento ao prudente arbítrio da Autoridade Policial [...]; se o inquérito policial é iminentemente *não contraditório*; se o inquérito policial, por sua própria natureza, é sigiloso; podemos, então, afirmar ser ele uma investigação inquisitiva por excelência. Durante o inquérito, o indiciado não passa de simples objeto de investigação.[8]

Na mesma linha, Frederico Marques entende o inquérito policial como um simples procedimento, no qual o Estado "exerce um dos poucos poderes de autodefesa que lhe é reservado na esfera de repressão ao crime", o que evidencia seu caráter inquisitivo. O indiciado é, outrossim, *mero objeto da investigação*.[9]

Tendo como escopo um diagnóstico do cotidiano as palavras dos autores são extremamente adequadas, mas com vista às expectativas normativas há, no mínimo, um dissenso crasso. Nesse momento nos interessa mais propriamente sua função diagnóstica, o discurso científico legitimador do *real-construído*. É por essa via que poderemos, por ora, fundamentar nosso pensamento divergente.

A narrativa dos autores se encontra em total consonância com a matéria tratada por nosso CPP, de 1941, de manifesta inspiração no Código Rocco, da Itália fascista. A sobreposição de seu texto com o constitucional trazia (e ainda traz) "conflitos aparentes de normas" que eram (e ainda são) insistentemente

construção do acontecimento. Não são medidas simples, mas é o custo do manejo de dispositivos de tendências autoritárias em um regime democrático: a constante vigília para se evitarem arroubos pulsionais inquisitivos.

8. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 1. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 213-214, 1998.

9. MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. 1. Campinas: Bookseller, 1997. p. 148/9. É possível encontrar na própria doutrina contemporânea expoentes que ainda seguem essa linha, por todos cf. BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 110, 2009.

resolvidos pelas instituições ao dar proeminência ao discurso presente no CPP. É nessa senda que se insere Tourinho Filho e Frederico Marques.

O tratamento fornecido não é outro senão o de mero objeto da investigação. O indiciado é visto como fonte de prova e de "comércio midiático"[10] e toda tentativa legal de preservar seu espaço enquanto sujeito da investigação é obnubilada por mecanismos interpretativos que, ao passo que restringem os efeitos das normas que lhe atribuem direitos, ampliam os das normas que lhes impõem limites, em uma "interpretação conforme" (a vontade do príncipe).

Sobrepondo o tratamento constitucional ao pensamento exarado pelo autor – como, aliás, exigem as regras de resolução de aparentes antinomias – observamos mais claramente as divergências. Nesta senda não podemos esquecer da suprema garantia constitucional às matérias submissas aos "prudentes arbítrios" das autoridades encarregadas para decidi-las, qual seja o art. 93, incisos IX e X. É completamente descabido permitir que, em um Estado democrático de direito, permita-se a apreciação de matéria – seja ela jurídica ou administrativa – com base em "arbítrios prudentes". Não existe, em sede de poder público, decisões autofundamentadas; a reserva mental do decisor é obstáculo instransponível para o exercício de direitos e garantias constitucionais, de modo que *nunca é demais reafirmar a premência da fundamentação de toda decisão exarada pelo poder público*.[11]

A racionalização dos motivos de fato e de direito (fundamentação) democratiza a investigação criminal, reduz a arbitrariedade, possibilita a sua fiscalização e a sua contestação administrativa ou judicial, tornando a decisão entendível e legítima (controle interno e externo). É a fundamentação que permite aos interessados saber o porquê da conclusão num sentido ou em outro; permite desvendar o aspecto positivo (o explicado) e o negativo (o motivo da conclusão diferente).[12]

10. A mídia não se furta de divulgar o nome completo do(s) suspeito(s), fotografias, imagens da sua casa, família, trabalho, divulgação de conversas telefônicas, bem como quaisquer outros elementos que contribuam para a estruturação do circo-midiático (cf. GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal*: crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 54-55, 2011.).
11. No mesmo sentido, cf. GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal*: crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 55. Em sentido parecido, mas falando da decisão que instaura o *status* de "indiciado", cf. p. 56.
12. GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal*: crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 103.

Ainda que o art. 93, IX e X da Constituição Federal nada tivesse dito quanto à fundamentação das decisões, é ínsito ao Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF) fundado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), protetor do estado jurídico de inocência (art. 5º, LVII, da CF), que haja em seu funcionamento apenas decisões fundamentadas, máxime as que impliquem na restrição de direitos fundamentais.[13]

Com efeito, diante de requerimento de diligências por parte da defesa (como também na instauração do inquérito, na lavratura do auto de prisão em flagrante, no indiciamento,[14] no relatório de conclusão das diligências etc.)[15], a Autoridade Policial deve externar as razões de sua decisão, sobretudo diante de uma negativa, quando, então, está-se criando um empecilho para que o indiciado possa tentar evitar o futuro e ainda hipotético processo penal.[16]

Lembremos, a propósito, do direito português, no qual o *status* de "indagado" – equivalente ao nosso "indiciado" – é um direito da pessoa, e não uma discricionariedade estatal, propiciando a ele um plexo de direitos oriundos de sua nova situação jurídica.[17]

Prosseguindo com sua citação, o autor evidencia a inquisitoriedade do (com o perdão da redundância) inquérito policial, apoiando-se, entre outras, nas características acima enfrentadas e em seu caráter sigiloso, que, em tese, inviabilizaria o exercício do contraditório nessa fase. Aqui precisamos esmiuçar um pouco mais nossa análise.

O sigilo existe e é necessário em uma investigação criminal, isso não questionamos. O ponto nodal seria a demarcação dos contornos desse sigilo em um inquérito policial. Não é possível abrir mão dele por completo, visto que

13. GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal*: crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 104.
14. Em relação ao indiciamento a Lei 12.830/2013 trouxe expressamente a necessidade da fundamentação do indiciamento no § 6° do seu art. 2° ("O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias").
15. GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal*: crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 104.
16. No mesmo sentido, cf. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 117, 2015.
17. Cf. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 101, 2006. GIACOMOLLI, Nereu José. A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 56, 2011.

possivelmente prejudicaria a investigação, e nem tampouco levá-lo ao extremo, em respeito ao modelo processual penal erigido por nossa Constituição Federal.

Grosso modo, trata-se de uma conciliação de interesses: de um lado a instituição policial, visando proteger o sigilo da investigação fundada na crença de que isso asseguraria uma maior efetividade na apuração, de outro o indiciado (ou suspeito), que, ao vislumbrar a espada de Dâmocles sendo erguida por sobre sua cabeça, busca realizar o que estiver ao seu alcance para evitar o *status* extremamente danoso de réu em um processo penal.

A solução legal encontrada, referendada pela doutrina,[18] provoca uma cisão no sigilo investigativo. Ele é, então, encarado em sua bidimensionalidade, ou seja, dividido em sigilo interno – para os sujeitos envolvidos na investigação – e sigilo externo – para a população. Aquele sendo parcial, este total. Expliquemos. Para os envolvidos na investigação criminal (suspeitos ou indiciados), o sigilo deverá ser sempre o menor possível, ou seja, apenas aquele indispensável para assegurar a realização da diligência.[19] Por outro lado, para os não envolvidos, o sigilo deve ser total, não só para assegurar o melhor desenrolar investigativo como, sobretudo, para proteger a imagem do(s) investigado(s), minimizando a fome estigmatizante da persecução criminal.

Chegamos, então, no ponto em que queríamos. Ao nos debruçarmos por sobre a praxe investigativa, deparar-nos-emos com uma situação destoante, se comparada à descrita acima. No que tange ao sigilo externo, esse é balizado em sintonia à ânsia informativa dos *media*; quanto mais propício a constituir *informação*[20] – seja pela crueldade do fato, modo excêntrico de cometimento ou por

18. No presente item nos apoiamos precipuamente em GLOECKNER e LOPES JR., mas detalhes cf. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 194-205, 2013. Vale ressalvar que Fernando Capez exara o entendimento de que, caso seja decretado judicialmente o sigilo na investigação, o próprio advogado não poderá acompanhar a realização dos seus atos (*Curso de processo penal*. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 78, 2007.).

19. "O direito à informação surge mesmo antes da imputação formal da autoridade policial, inserida na possibilidade genérica de contradição, de modo a evitar surpresas incoativas (primeiro aspecto do contraditório)" (GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal*: crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 55, 2011.).

20. "Embora a verdade ou a suposição de verdade seja indispensável para as notícias e as reportagens, os meios de comunicação não seguem o código verdade/não-verdade, mas, mesmo em seu âmbito cognitivo de programação, o código informação/não-informação. Reconhece-se aí que o não-verdadeiro não é utilizado como valor reflexivo [de contraste]" (LUHMANN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Paulus, p. 70, 2005.).

ter tido como vítima alguém que, por ser dotado de certo poder simbólico, não o é costumeiramente – maior será o rompante "investigativo" jornalístico, que se valerá da estrutura legal à sua disposição – proteção ao sigilo da fonte, *e.g.* – e, mesmo apelando para artifícios ilegais – divulgação de imagens não autorizadas, *e.g.* – , mas escudados pela irrestrita proteção à liberdade de informação, para difundir informações que são sigilosas em sua essência.

Não podemos nos olvidar da postura de Autoridades Policiais que se valem dos holofotes para aparecerem de fronte das câmeras assegurando a certeza na culpabilidade de determinado suspeito, quando não chamam eles mesmos os agentes da *media*, seja por vaidade ou qualquer outro interesse pessoal. Em última instância, a instituição policial se utiliza dela estrategicamente para obter a legitimação da opinião pública em seu agir, ainda que "bem intencionada", visando conseguir mais recursos para a investigação em questão.[21] Os danos colaterais são evidentes: risco para as futuras diligências e, principalmente, à imagem e honra do sujeito passivo da investigação e de seus familiares.

Ironicamente, nos casos célebres, o investigado acaba por saber mais sobre sua investigação pela *media* do que pelo acesso direto às peças de informação.[22] Eis outro ponto importante, o sigilo interno.

É elementar, pelas próprias características da investigação, que sua publicidade interna não deva ser plena, sob pena de frustrar diligências estritamente dependentes do segredo, como escutas telefônicas, *e.g.*. Por outro lado não podemos deixar de ressaltar a aversão que a democracia possui (também por suas próprias características definidoras) com relação ao segredo. Democracia impende transparência, publicidade, mas o tema não pode ser tratado de maneira tão simplista.

A preservação de uma configuração democrática demanda que haja a conciliação de garantias que, grosso modo, parecem contraditórias. O conflito se manifesta, *prima face*, no (falso) contraponto entre social e individual, tão caro aos que sustentam a tese da "primazia do interesse público sobre o privado". Talvez o conflito fosse mais bem localizado na dimensão axiológica, aparentemente paradoxal, que irrompe do contato entre o Estado Democrático e o Estado de Direito.

21. Em sentido similar, cf. GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal*: crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 92-93, 2011.

22. Para um relato mais detalhado, cf. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; VASCONCELLOS, Fernanda Bestestti de; FOSCARINI, Léia Tatiana. O inquérito policial na cidade de Porto Alegre. MISSE, Michel (org.). *O inquérito policial no Brasil*: uma pesquisa empírica. Rio de Janeiro: NECVU/IFCS/UFRJ; BROOKLIN, p. 336, 2010.

Obviamente que não estamos falando de antagonismos, mas de complementaridades. A irrupção de um Estado Democrático de Direito implica na conciliação de pressupostos aparentemente antagônicos, mas que em última análise fortalece ambos os valores (democracia e justiça). Destarte, a opção político-criminal pela presença de um sistema penal – não se registram (ainda) estados modernos que tenham aberto mão desse expediente – requer que haja instituições por meio das quais o direito penal possa ser realizado. Seguindo o raciocínio, deparamo-nos com outra opção política, de cariz procedimental, qual seja, a investigação criminal como primeiro momento de contato entre um fato aparentemente criminoso comunicado ao Estado.

Esse suposto conflito axiológico entre valor democrático – transparência – e de direito – investigação criminal – só possibilita, dentro dessa configuração, ressaltemos, uma solução lógica: toda investigação criminal deve, no que tange ao(s) investigado(s), possibilitar toda a publicidade possível, resguardando à dimensão do sigilo apenas o que for indispensável para a realização do ato de investigação, o qual deverá, assim que alcançado seu termo, ser posto à disposição da defesa.

Certamente que essa estrutura – otimizando a matriz democrático-constitucional da investigação – inviabiliza o exercício pleno do contraditório. Por outro lado, trazer o contraditório (pleno) para a instrução preliminar poderia provocar um duplo transtorno: primeiramente, inviabilidade lógica da realização de diligências que demandam imperiosamente um sigilo em seu curso,[23] em segundo lugar, a presença inequívoca de duas fases de instrução, uma presidida pela Autoridade Policial e outra pelo Magistrado.

Para Marques, *e.g.*, o contraditório poderia fadar a investigação ao fracasso. "A investigação policial não pode ser tumultuada com a intromissão do indiciado".[24] Entendemos que o contraditório pode levar algumas diligências – para as

23. OLIVEIRA entende que o contraditório, em tese, poderia ser até útil na investigação, mas haveria o risco da perturbação (*Curso de processo penal*. 16. Ed. São Paulo: Atlas, p. 55, 2012). CHOUKR alerta que "ao lado da construção de um processo penal de garantia, resta a preocupação com a sua eficácia. Isto porque uma das críticas ao sistema de garantias é seu possível insucesso enquanto mecanismo de punição, num tortuoso raciocínio no sentido de ser um modelo repressivo tão mais confiável (entenda-se estritamente punitivo) quanto menor for o grau de possibilidade de manifestação da defesa (*Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 124, 2006.).

24. MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. 1. Campinas: Bookseller, p. 151, 1997.

quais o sigilo seja *estritamente indispensável* – ao fracasso, mas a "intromissão do indiciado" nada mais é do que ocupação de um espaço que é seu por direito. Em todos os demais tipos de diligência o indiciado não é um "intrometido", é o sujeito de uma investigação que limita direitos fundamentais seus e que, por isso, deve prover-lhe certo espaço de deslocamento endo e exoprocedimental, com o escopo de minimizar os eventuais excessos investigatórios. Ou, parafraseando o autor, minimizar a excessiva "intromissão", não do indiciado, sujeito passivo da investigação, mas do poder desmesurado.

O que se percebe hoje é uma forte intromissão do inquérito policial nas decisões do julgador, até mesmo em sua sentença, imprimindo nela a marca do circuito epistêmico erigido ainda na fase preliminar e propiciado justamente pelo discurso ora profanado. Uma investigação policial com plenitude contraditória iria certamente dotá-la do incremento de legitimação necessário para ratificar a presença do Magistrado como órgão meramente referendador de atos findos. Pensamos, assim, que o contraditório está bem situado, pelo menos normativamente. Não podemos, outrossim, desconsiderar que, no plano fático, esse "contraditório mitigado" permitido para essa frase preliminar é usualmente obstaculizado, o que apenas fortalece a tese ora encampada.[25]

25. Giacomolli e Gloeckner e Lopes Jr. defendem que a expressão "acusados em geral", posta no art. 5º, LV, da Constituição Federal, abarcaria o suspeito, em virtude de ter sido utilizada fórmula propositadamente ampla e genérica (GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal*: crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 88-89, 2011. e LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 469-470, 2013.). Sem entrar no mérito, questionamos não sua demarcação constitucional, mas como funcionaria esse contraditório na fase investigativa; se mitigado, como defendem os autores, impediria que a fase investigativa se metamorfoseasse em instrutória, porém, até que ponto um contraditório "mitigado" é contraditório? O contraditório se sustenta em um eixo dúplice, a saber, o quantitativo e o qualitativo. Quantitativamente, não existe "meia informação" para um "meio contraditório", ou se tem ciência plena do ato em questão e máxima possibilidade de reação ou não existe contraditório. Qualitativamente o contraditório está atrelado a um fator temporal inexorável que liga dois momentos: o da produção da informação com o da ciência da parte contrária e este com o de sua reação (Em sentido parecido, cf. CORDERO, Franco. *Ideologie del processo penale*. Milano: Giuffrè, p. 159, 1966.). Sinteticamente, "meio" contraditório não é contraditório e tampouco será o contraditório tardio. Manifestar-se sobre um documento produzido semanas, meses ou até mesmo anos antes do início da fase processual é tão eficaz quanto se medicar meses após a manifestação dos sintomas de uma doença (SAMPAIO, André Rocha; FAYET, Fábio Agne. Aproximação do conceito de contraditorio ao inquérito policial a partir da obra de Fazzalari. *In*: *Olhares Plurais*, vol. 2, n. 13, 2015).

Deixemos claro que as considerações aqui expostas em momento algum compactuam com a visão de um investigado como "mero objeto da investigação". O mero termo empregado – "investigado como objeto" – grita sua inconstitucionalidade. Não precisamos nos aprofundar no estudo da "dignidade da pessoa humana" encampada como valor fundante do Estado brasileiro para provarmos que o único *status* que o investigado pode ter em um inquérito policial é o de "sujeito passivo da investigação", e nenhum outro.

Tourinho se vale, na defesa de sua tese, da natureza inquisitorial da investigação criminal, do argumento de que seria sintomática a inexistência de exceção de suspeição à autoridade policial (art. 107),[26] o que, para ele, apenas ratificaria o lugar da Autoridade Policial, livre de compromissos com a imparcialidade. Aqui não podemos discordar, sem dúvida trata-se de dispositivo inquisitorial. Gostaríamos, apenas, de destacar essa "natureza" sobre outras lentes.

A impossibilidade de interposição de exceção de suspeição em face da Autoridade Policial, que, ressalte-se, não impede que ele mesmo possa se declarar suspeito e se afastar das investigações, expressa muito mais do que aparenta. Em um primeiro momento poder-se-ia deduzir disso o reconhecimento da parcialidade da polícia, entretanto o que se quer dizer quando se elenca como argumento favorável à polícia como órgão oficial de investigação sua suposta "imparcialidade"?

Obviamente que, sendo coerente com nossa linha de raciocínio, a atividade policial de gestora das provas indiciárias despe a polícia de qualquer dever, ou melhor, de qualquer possibilidade de sustentar o *status* de "órgão imparcial", mas certamente essa não foi a preocupação do legislador. Tampouco estamos preocupados com a "vontade do legislador", mas sim com os efeitos que irrompem do enunciado que veda a "exceção de suspeição" em face da Autoridade Policial.

O que percebemos é o alargamento do espaço de exercício de poder policial. Expliquemos. Submeter a Autoridade Policial à via da exceção da suspeição significaria impor a ela uma "zona de imparcialidade objetiva", ou seja, impor limites em seu agir, em seu arsenal de *presunções* que muitas vezes funcionam como estopim de uma investigação, o que colocaria em risco a cruzada em prol da "verdade dos fatos", ou, grosso modo, do operador epistêmico "*evidência*",[27] conforme melhor delinearemos adiante.

26. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 1. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 214, 1998.

27. "É evidente o que dispensa uma prova, é verdadeira a descrição daquilo que é; a evidência é uma verdade redobrada, uma afirmação que não precisa de justificação" (GIL, Fernando. *Tratado da evidência*. Imprensa Nacional Casa da Moeda, p. 9, 1996.)

Com efeito, o que fica muito claro do cruzamento do discurso normativo com práticas não discursivas como a atuação das corregedorias de polícia, *e.g.*, é a tendência expansionista do espaço de atuação policial, além de qualquer compromisso para com a imparcialidade e, muitas vezes, diga-se de passagem, para com a legalidade, espaço este sempre delineado por discursos do medo e legitimado pela sobreposição do código de justiça material por sobre a formal.[28]

Por fim, convém salientar a expressão utilizada por Frederico Marques, "poder de autodefesa", seria para ele o inquérito policial. Essa visão eivada de forte carga ideológica de defesa social situa a investigação no gênero "agressão", afinal de contas o que seria a autodefesa (quando legítima) senão uma agressão se valendo de força proporcional para afastar outra agressão injusta em andamento ou na iminência de ocorrer? Assim, o "poder de autodefesa" do Estado seria uma agressão contra o agressor "injusto", o que primeiro iniciou a agressão à margem do Ordenamento Jurídico.

À parte de um questionamento pela via da coculpabilidade estatal, por meio da qual poderíamos questionar quem, de fato, iniciou a agressão injusta, nossos questionamentos são de outra ordem – até porque a resposta à pergunta de tamanha complexidade demandaria espaço muito maior para a descrição do anel que irrompe do cruzamento da agressão estatal à do particular. Entender o inquérito como instrumento de autodefesa é partir da premissa de que há um agressor e, além disso, sua agressão foi injusta. Diante desse tipo de observação, para que serviria a fase processual, senão mera legitimação do exercício do "poder de autodefesa" do Estado?

Não queremos, aqui, recusar a visão do inquérito policial como dispositivo, ou seja, instrumento de poder. Mas se trata de poder muito mais versátil, insidioso, penetrador, sutil do que o explicitado em uma situação de autodefesa. Ademais, não atribuamos esse poder à fantasmagoria chamada "Estado", o titular desse poder tem endereço, qual seja, a instituição policial, nomeadamente a polícia investigativa (civil ou federal, em regra). É na dinâmica dos (ab)usos de micropoderes que percebemos a tessitura da grande malha de poder em exercício.

Abandonando, por ora, a análise da doutrina "clássica", vamos realizar um aporte perfunctório nos autores contemporâneos, exclusivamente nos limites necessários ao objetivo deste trabalho. Para tal, valeremo-nos, sobretudo, da doutrina de Paulo Rangel, dada sua melhor sistematicidade no tema, e as de

28. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, p. 361, 2009.

Edilson Mougenot Bonfim e de Fernando Capez nos pontos de dissonância. Dada a hercúlea tarefa de mapear todo o pensamento doutrinário brasileiro no campo do processo penal, a utilização desses expoentes será suficientemente válida, visto que os pontos tratados por eles são em maior ou menor monta repetidos por grande parte dos doutrinadores.[29] Eventualmente utilizaremos da doutrina de Gustavo Henrique Badaró, Nereu José Giacomolli, Aury Lopes Jr. e Ricardo Gloeckner para efetuarmos algum tipo de contraponto.

Em virtude da clareza e abrangência atribuída ao tema, iniciemos nossa análise pelo que Rangel aponta como características do inquérito policial: sua inquisitoriedade – todo o poder de direção concentrado nas mãos do delegado, formalidade – peças escritas e assinadas (prática fiscalizadora do delegado), sistematicidade – sequência lógica das peças para se entender a cronologia dos fatos, unidirecionalidade – escopo único de apuração dos fatos objeto de investigação, sem emissão de juízos de valor pela autoridade policial, sigilo e discricionariedade – autoridade policial desvinculada a qualquer forma previamente determinada.[30] Para ele, arbitrariedade é "a capacidade de operar ou não, movido por impulsos nitidamente pessoais, sem qualquer arrimo na lei".[31]

Capez e Mougenot trazem aspectos bastante convergentes quanto à "inquisitoriedade" e "sigilo", o que Rangel trata por "formalidade" eles tratam como "procedimento ou forma escrita".[32] Badaró, ainda que em um tom mais crítico, também trabalha com as categorias de "inquisitoriedade", "sigilo" e "forma escrita.[33]

Retomemos, inicialmente, as características analisadas por Rangel, quais sejam a inquisitoriedade, formalidade, sistematicidade, unidirecionalidade,

29. Podemos perceber, por exemplo, que as características abordadas por Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (*Curso de direito processual penal*. 6. Ed. Salvador: Jus-Podivm, 2011. pp. 94-100) e por Norberto Avena (*Processo penal*: esquematizado. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, p. 154-156, 2012.) já estão contempladas na doutrina de ao menos um dos autores que elencamos para análise.
30. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 11. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 84--89, 2006.
31. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 11. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 89, 2006.
32. CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 78-80, 2007; BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 104-110, 2009.
33. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 116-118, 2015.

sigilo, discricionariedade e ausência de juízos de valor por parte da autoridade policial. Quanto à sua inquisitoriedade, cremos já termos abordado o suficiente, de modo que superaremos, por ora, essa dimensão, que não será, porém, por completo abandonada, máxime por sobreviver nas entranhas das demais.

É inquestionável, também, o caráter formal do inquérito policial, pelo menos em sua dimensão estética. Mas não basta afirmá-lo. É imperioso questionarmos seus fundamentos, modos e graus de existência e efeitos, pelo menos. Sabemos que o processo de aplicação do direito é – e na maioria das vezes precisa ser – formal. Aliás, em um processo penal, forma é garantia,[34] o que infelizmente ainda não entendeu nosso Supremo Tribunal Federal ao acatar em sede de processo penal princípios do tipo "*pas de nullitè sans grief*". É importante mencionar que o formalismo não é essencial a todo tipo de ato que surta efeitos jurídicos. Lembremo-nos do modelo de investigação americano, *e.g.*, no qual os atos realizados pela polícia são, em regra, informais, sobretudo antes da declaração de um "indiciado".

No que tange ao modelo investigativo brasileiro, cremos que o modelo informal seria muito mais danoso. Porém, precisamos superar a dicotomia formal/informal e começar a abordar a temática pela via dos "graus de formalidade". Figueiredo Dias e Costa Andrade, ressaltam, por exemplo, que o incremento do nível profissional e burocrático da polícia pode dificultar a averiguação de delitos em locais mais pobres, ao passo que as delegacias já situadas em bairros pobres tendem a "absorver os critérios e as tendências subculturais do meio", violando, em ambas as situações, o princípio da legalidade.[35]

Se buscamos, por ora, ratificar nossa hipótese de inquérito policial enquanto dispositivo, precisamos subverter um pouco a visão clássica e observar o que

34. Para BINDER o correto é partir da presunção de dano sempre que uma norma constitucional for descumprida, devendo-se, ao contrário, não demonstrar a ocorrência do dano, mas restar provada sua ausência diante do descumprimento do formalismo constitucional (BINDER, Alberto M.. *O descumprimento das formas processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Trad. Angela Nogueira Pessôa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 17, 2003.). Adiante, o autor prossegue em sua análise da deturpação funcional da "forma": "a forma se associa às rotinas dessas burocracias, é expressão de um mecanismo do Estado e, portanto, não tende à segurança e o compromisso pessoal, mas, ao contrário, à rotina e à despersonalização. Já não se trata de assegurar a integração social, mas de proteger as rotinas que sustentam a organização" (p. 25).

35. DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manoel da Costa. *Criminologia*: o homem delinquente e a sociedade criminógena. 2ª reimpr. Coimbra: Coimbra, p. 454-462, 1997.

é aparente "desfuncionalidade" como sendo "funcionalidade". Logo, a quem (e como) serviria essa duplicidade de percepção de sua forma? O formalismo em excesso pode perfeitamente ser encarado como uma barreira de compreensão. Linguagem rebuscada, estruturação litúrgica, são elementos que blindam o inquérito policial de alto grau de publicidade, possibilitando uma atuação mais "às escuras".

Na mesma senda, a "segurança jurídica" frustrada, nas expectativas dos segmentos mais altos, justificar-se-ia em seu próprio benefício. Não só, mas no benefício de ambos, incluindo aqui os investigadores. Existir uma estruturação "maleável", passível de "improvisos" e artifícios paralegais, em que pese em um primeiro momento afetar expectativas de formalidade, revela-se importante para fazer prosperar o papel de certo *ethos* policial na construção do circuito epistêmico erigido com o inquérito policial. Um formalismo mais duro possibilitaria um maior controle, uma maior fiscalização, de modo que podemos afirmar que o inquérito policial é suficientemente formal para evitar uma maxipublicização e suficientemente informal para permitir sua manipulação em nome de um *ethos* policial, agindo, em ambas as dimensões, para obstruir o andamento de uma justiça democrática.

Em relação à sua "sistematicidade" e "unidirecionalidade", entendemos aquela como expressão do (in)formalismo já abordado e esta como imperiosidade investigativa que, porém, não descarta elementos relevantes em nossa abordagem. É justamente essa unidirecionalidade que justifica toda uma nova fase de instrução com plena abertura ao contraditório.

Tendo já tratado suficientemente do sigilo e da discricionariedade policial, reflitamos um pouco sobre a "ausência" de juízo de valor ínsita às peças de informação. Sabemos que o inquérito policial, em sendo instrumento de apuração fática, precisa narrar os fatos com objetividade, evitando-se, assim, a emissão de juízos de valor.[36] Partindo da estrutura analítica do delito, a polícia deve agir a partir da fumaça da ocorrência de um injusto penal, apurando elementos que possam facilitar a avaliação de sua tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade sem, entretanto, realizar tal juízo de valor, ou seja, ela deveria se ater aos elementos objetivos componentes da estrutura analítica do delito, deixando os subjetivos de lado.

A relevância social do crime, bem como seu poder de afetação individual em nível psíquico, fazem com que essa narrativa objetiva do apurado possua

36. LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 290, 2013.

extremado nível de raridade (ou seria de possibilidade?). Aliás, a própria estruturação analítica do crime torna essa cisão no mínimo problemática.

Superada a dicotomia objetivo/subjetivo, sabemos que toda narrativa "objetiva" possui bastante subjetividade. Com efeito, da descrição policial do flagrante ao relatório final, passando por pedidos de medidas cautelares e outras diligências, o subjetivismo policial estará sempre presente, seja em um nível mais sutil, mais ardiloso, seja de modo escancarado, mas não menos pernicioso.

Longe de significar uma "falha no sistema", há um estímulo claro às condições que possibilitam a penetração desse tipo de discurso. Enquanto que a linguagem técnica da legislação evita, *e.g.*, a utilização de termos como "perigo" ou "perigoso" – reservando-os para deficientes mentais inimputáveis quase sempre –, a praxe se encarrega da construção dessa categoria, criando, destarte, uma dimensão de valoração paralela, uma dimensão de comunicação interinstitucional, por meio da qual a polícia e o Judiciário dialogam mais facilmente.

Não podemos desconsiderar a natureza valorativa do crime, que, ao ser submetido à positivação do rito processual, cria zonas de intersecção do jurídico-legal com o profano, escavando, assim, uma via porosa por onde termos como "cruel", "mau" e "perigoso" transitam livremente. À defesa resta questionar onde se situa tal medidor de crueldade ou periculosidade, mas ao fazê-lo se coloca na armadilha arquitetada pela positividade aparente da morfologia processual. Em última análise, resta a ela entrar na lógica valorativa do discurso subcutâneo – tentando demonstrar como o réu é "bom" ou "não tão mau" – ou atacar o próprio manejo do instrumento, clamando ao bom senso do próprio aparelho para seu uso adequado.

Ademais, essa dimensão valorativa sobreposta é sintomática da atuação policial que, sobre seu *ethos*, funciona como uma "crença ancestral" ou "condições que possibilitam o discurso", erige a narrativa investigativa. Narrativa a qual, sobretudo nos *hard cases*, lança mão de se relacionar com a fala do sujeito passivo (afinal, mero objeto de investigação...) e se constrói se valendo de estigmas policiais e do senso comum veiculado ou não pelos *media*.

Tudo isso contribui enormemente para a irrupção de operadores de contágio, tais quais a *confiança*, a *presunção* e a *antecipação*, verdadeiros "antecipadores do futuro",[37] que se intercalam na ritualística do procedimento investigativo

37. Cf. LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996, p. 15.

e são normalizados por conduto do exercício de poder emanado do dispositivo inquisitorial para a irrupção da evidência.[38]

Nessa camada discursiva, o medo ocupa espaço privilegiado, revelando o uso obsceno do dispositivo chamado inquérito policial como instrumento de uma política-criminal "combatente da criminalidade". Trata-se de medo de dupla entrada, uma oficialmente objetivada, vinculada à intimidação inerente ao poder de polícia, e outra desejada de modo para-oficial, qual seja, a desconfiança e descrédito das práticas policiais, geradoras de medo,[39] sobretudo nas classes mais desprovidas de capital simbólico, econômico e cultural.[40]

Finalmente, uma última característica do inquérito policial apontada por Rangel e tratada por grande parte da doutrina nos chama atenção: sua natureza de procedimento administrativo. Longe de se tratar de afirmação neutra, sua enunciação traz elementos que corroboram a tese ora defendida.

Giacomolli destaca a prática de atos jurisdicionais na fase preliminar possivelmente interferindo em direitos fundamentais alheios, mas é taxativo ao afirmar que isso não retira do inquérito sua natureza administrativa.[41] Tratar-se-ia de uma natureza em função do *locus* onde a polícia investigativa se situa, uma polícia judiciária administrativa.

Para Paulo Rangel, por sua vez, o inquérito é "um procedimento de índole meramente administrativa, de caráter informativo, preparatório da ação penal", o que redundaria na necessidade de estudá-lo à luz do direito administrativo, mas dentro do direito processual penal (?).[42] Para ele não existiria contraditório em razão de sua natureza de procedimento administrativo e em função dos

38. Mais detalhes no item seguinte.

39. LEMGRUBER, Julita; MUSUMECI, Leonarda; CANO, Ignacio. *Quem vigia os vigias?* Um estudo sobre o controle externo da polícia no Brasil. Rio de Janeiro: Record, p. 43, 2003

40. LEMGRUBER, MUSUMECI e CANO afirmam que, apesar de o medo da polícia ser generalizado nos segmentos sociais – 59% dos brasileiros tem mais medo do que confiança na polícia e apenas 37% tem mais confiança do que medo (pesquisa realizada pelo Datafolha em 2002), ele é maior entre os negros do que entre os brancos (1/3 dos negros entrevistados e 19% dos brancos alegam ter mais medo da polícia do que dos bandidos) (*Quem vigia os vigias?* Um estudo sobre o controle externo da polícia no Brasil. Rio de Janeiro: Record, p. 43-44 e nota 16, p. 47, 2003.).

41. GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal*: crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 52-53, 2011.

42. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 11. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 69, 2006.

atos administrativos possuírem o atributo de presunção de legitimidade e, por fim, por ser uma investigação prévia a uma contingente acusação que pode não vir a ocorrer.[43]

É bastante sintomática a afirmação de que o Inquérito precisa ser estudado à luz do direito administrativo, mas dentro do direito processual penal. Parece-nos que o autor se refere à utilização do código inerente ao sistema de direito administrativo, mas submetido a um sobrecódigo processual penal, provavelmente de direitos e garantias processuais constitucionais. Nosso propósito aqui é outro. Interessa-nos evidenciar o umbral em que o inquérito é situado, entre o direito administrativo e o direito processual penal.

Não há dúvidas de que seus sujeitos (ativos) estão vinculados ao regime administrativo. Não há dúvida que os efeitos dos atos desses agentes (sujeitos ativos) não possam, grosso modo, gerar efeitos jurídicos. Tampouco é impossível negar a importância que "meras peças de informação", como são as investigações, têm para o processo penal.

A situação do inquérito nesse espaço, em uma zona erigida sobre o direito administrativo, mas circundada pelo direito processual penal, simboliza perfeitamente a teratológica natureza que se busca atribuir-lhe atualmente. Sob uma perspectiva mais sociológica, são inegáveis os efeitos nitidamente jurídicos emanados de atos desses "meros" agentes administrativos. Por outro lado, são inegáveis os efeitos práticos do enunciado do art. 155 do nosso CPP, ou seja, a plena *inqueritofagia* realizada por nosso processo penal.

O que podemos concluir disso? Essa esquizofrenia por que passa a investigação criminal brasileira, levada às últimas consequências, longe de prejudicar o exercício do poder, contribui para seu aspecto disciplinar: como colocou Rangel, por estar submetida a um regime de direito administrativo, seus atos possuem o "atributo da presunção da legitimidade", ou seja, inverte a polaridade da carga probatória para a defesa, ferindo de morte a presunção de inocência e *preenchendo expectativas* (fundadas eventualmente em *presunções*) que são então *normalizadas*,[44] nesse processo de (re)construção de verdade ameaçado pela contaminação da *evidência*.

43. *Ibidem*, p. 70.

44. "Se a expectativa é um efeito de gramática, ela será preenchida pelo facto de que *algo* acontecerá que havia sido anunciado como devendo produzir-se: a antecipação do facto consiste em que se produzirá o facto que está ainda *por produzir*" (GIL, Fernando. *Modos da evidência*. Imprensa Nacional Casa da Moeda, p. 76, 1998.).

Ora, se é regido pelo direito administrativo, não pode gerar nenhum efeito jurídico, mas se é regido pelo direito processual penal, não pode em hipótese alguma lesar a presunção de inocência, um dos pilares de um sistema processual democrático!

Valendo-se da mesma lógica, Bonfim também aplica códigos do direito administrativo para justificar, *e.g.,* o sigilo absoluto dos atos ainda em realização pela polícia, o que faz lastreado no princípio da prevalência do interesse público sobre o privado,[45] princípio que grande importância para a administração pública, mas que não se coaduna completamente com os primados de um processo penal democrático.

É ainda mais espantosa a afirmação de que não poderia haver contaminação da ação pelo inquérito por se tratarem de fases distintas de persecução criminal, com disciplinas próprias.[46] Primeiramente porque onde se lê "ação" provavelmente quis-se dizer "processo", já que a ação, enquanto *potestad*, pode e muitas vezes deve estar contaminada pelo inquérito policial. Em segundo lugar, mais uma vez o direito administrativo expulso pela porta da frente, entra pela janela. Se se trata de dispositivo submetido às normas de um direito administrativo inserto num círculo processual penal – no qual está inserido o processo penal – como retomar o falacioso argumento de que se tratam de disciplinas distintas?

É ingênuo atribuir a uma aparente descontinuidade – distinção de fases – a impossibilidade de contaminação do processo, mais nomeadamente da sentença, pelo inquérito policial.[47] Por mais grosseira que seja a análise arqueológica realizada, é manifesta a continuidade entre as "distintas" fases da persecução criminal em nível discursivo. Aliás, abramos mão, por ora, da análise arqueológica. Os autos do inquérito policial seguem anexos aos autos do processo penal até seu fim. A única separação existente entre esses dois expedientes é a frágil cartolina

45. BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 109, 2009.

46. BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 107, 2009; RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 11. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 82, 2006.

47. Em sentido parecido, cf. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Teoria da nulidade no processo penal*. São Paulo: Noeses, p. 471, 2016. O autor afirma que "A relação entre normas de ilicitude e de invalidação do ato reconhecido como defeituoso na fase pré-processual tem estrutura similar às normas do processo penal inseridas no sistema de nulidades processuais penais", do que concluirá sua perfeita possibilidade de aplicação.

que serve de capa para às peças de informação, em qualquer outra análise sua continuidade é crassa, logo extremamente danosa.

Não podemos negar a existência de esforços políticos para a correção de alguns dos problemas aqui tratados. Nesta senda surgem a Lei 12.830/2013 e a Lei 13.245/2016. Desde a perspectiva assumida, é possível extrair da confecção de ambas o reconhecimento oficial de algumas das mazelas abordadas, porém o que se percebe é a atuação do sistema político em sua forma mais usual: a elaboração de leis que correm o risco de desvirtuamento, reduzindo-se a mera manifestação simbólica.

O reconhecimento do direito do advogado de assistir o seu cliente nos atos de investigação, por exemplo. Ainda que revele uma aparente preocupação política, visto que atribui expressamente a sanção de nulidade absoluta ao seu descumprimento, a linguagem mais uma vez se emprenha de sua sabotagem potencial: é direito do advogado assistir seus clientes, mas não é direito dos investigados serem acompanhados por defensores, ou seja, em um cenário no qual grande maioria da clientela penal não tem condições financeiras para contratar um advogado, percebe-se aqui o sério risco de drástica redução da efetividade da norma aludida.

Seria muito mais eficaz, por parte do sistema político, a exigência de um número mínimo de defensores públicos em delegacias de polícia, com a consequente necessidade de ampliação de seu efetivo, o que demandaria um investimento estatal não desejado por este e substituído de forma muito mais econômica pela simbologia da normatização.[48]

Por fim convém advertir que a análise ora traçada não deve ser interpretada como uma crítica a nenhum dos discursos doutrinários utilizados. No fito de produzir uma explanação do sistema positivado todos os autores mencionados neste item atingem com maior ou menor precisão seu desiderato; o nó górdio da questão se situa na busca do negativo. Este, almejado por nós, é que possui o condão de cartografar a situação da exceção que tanto suspende a regra como a funda; o negativo do inquérito policial, erigido a partir da confrontação de discursos divergentes, pode propiciar o sendero necessário para escavarmos a matriz biopolítica em curso, no exercício de certa governamentalidade refratária de garantias constitucionais fundamentais.

48. A implementação de audiências de custódia pode ser concebida de fato como medida capaz de minimizar alguns dos aspectos perniciosos da fase pré-processual, todavia ainda é muito cedo para traçarmos qualquer análise acerca de sua empiria, assim, sigamos aguardando seus efeitos concretos para evitar qualquer conclusão açodada.

3. Os operários e seus dispositivos

O por-em-prática da biopolítica demanda o emprego de estratégias que conectam discursos e práticas. O domínio da *zoè* impende que os aparelhos de Estado se valham dos mais diversificados dispositivos nessa empreitada. Uma vez ultrapassada a barreira entre o "deixar viver e fazer morrer" e o "fazer viver e deixar morrer",[49] os mais sofisticados aparelhos, os mais versáteis dispositivos são mantidos à disposição e estrategicamente operados nos momentos adequados, e é a polícia judiciária, operando seu dispositivo ao qual se destina, que consegue alcançar a *zoè* em suas mais recônditas clivagens.

No item anterior buscamos friccionar o positivo dos discursos científicos acerca das características principais do inquérito policial com seu negativo, oriundo de matriz criminológica crítica. O resultado esperado foi tanto o de desvelar o discurso subjacente ao oficial, que se vale deste como elemento escamoteador, como demonstrar a lacuna entre discursos e práticas, além da óbvia e esperada lacuna ontológica entre a linguagem e a realidade, o que nos apresentou sumariamente o funcionamento de alguns operadores epistêmicos, como a *confiança*, *estabilização*, *normalidade*, *presunção* e *antecipação*.

Em um sistema de justiça organizado em torno da verdade, ou, melhor dizendo, da *evidência*,[50] é necessário haver dispositivos configurados e postos de maneira que haja uma proteção de suas práticas por meio de um verniz democrático, mas que, ao mesmo tempo, permita que as verdades (re)construídas advenham verticalmente, minimizando a porosidade paritária do discurso.

Essa estratégia, esse modo de conduzir a produção da verdade, encontra seu clímax na fase de investigação. O objetivo continua sendo o mesmo, qual seja a produção de uma verdade, mas longe da publicidade dos atos – afinal se trata de expediente sigiloso – e se esquivando de imperativos democráticos, como a fundamentação das decisões e o contraditório – visto ser mero procedimento administrativo, de caráter "apenas informativo" –, irrompe-se uma verdade unilateral, descendente, porosa à opinião pública e blindada das versões dos sujeitos passivos da investigação.

A "mera natureza administrativa" do inquérito policial não tem o condão de imunizá-lo em face de uma necessidade de constrangimento da *evidência*, cujo

49. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermatina Galvão. 2. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, p. 202, 2010.

50. Para mais detalhes sobre a evidência cf. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*: the Brazilian lessons. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 4-8, 2011.

fascínio resta demonstrado, *e.g.*, pelo excessivo apego à prova testemunhal e à confissão do suspeito, ou seja, para a "verdade exteriorizada", *in*-corporada.

O termo "dispositivo" deve ser concebido como aquilo pelo qual se realiza uma atividade pura de governo sem qualquer fundamento no ser, implicando, por isso, em um processo de subjetivação, de produção do sujeito. Aprofundemo-nos agora em seus meandros, buscando entrelaçar seu regime de verdade com a imperatividade de constritores de uma evidência contaminante/contaminada.

Agamben busca sintetizar três pontos característicos de um dispositivo: primeiramente, a malha que se estabelece na reunião de discursos, instituições, instalações, leis, medidas de policia, proposições filosóficas etc., em segundo lugar, a existência de uma função estratégica concreta, inscrita em uma relação maior, de poder, e, por último, seu aspecto de resultado de um cruzamento entre relações de poder e relações de saber.[51]

São três características que se constituem reflexivamente, cuja emersão de um dispositivo depende de sua sincronização, geradora de uma temporalidade particular. Ainda que o dispositivo inquisitorial – ou inquérito policial, caso prefiram – tenha a função primária de produção de uma verdade, não se pode esquecer suas variadas funções latentes, ortogonais, cujas principais já foram suficientemente ventiladas no item anterior.

Para a devida compreensão da irrupção da verdade tecida pelo dispositivo inquisitorial, precisamos relacionar práticas e discursos, instituições e medidas. Justamente esse quiloma, no qual a praxe policial encontra-se com o dispositivo inquisitorial, funciona como o grande constritor do regime de verdade operado pela polícia investigativa. Uma constrição de manifesta insuficiência, sumamente porosa a um regime de *evidência*.

Sua zona periférica é constituída pela intersecção do *ethos*[52] 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").[53]

51. AGAMBEN, Giorgio. *Che cos'è un dispositivo*? Roma: Nottetempo, p. 7, 2006.

52. Por "*Ethos*" nos referimos à ordem simbólica subjacente à oficial estruturante das agências policiais.

53. GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal*: crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 106, 2011.

Assim, sua natureza administrativa, de função meramente informativa, sigilosa, formal, unilateral, seriam apenas a face visível dos artefatos de gestão as ilegalidades que pulsam latentes na norma, a exceção que a funda.

Os arquétipos da inquisição (corporativismo, burocratização, súditos dóceis, estamentos, verticalidade, controle disciplinar) ainda rondam e assombram a fase preliminar do processo penal, ansiando o retorno do juiz instrutor (inquisidor), de modo a constranger os direitos fundamentais do sujeito atingido pela investigação, pondo o Estado-jurisdição a serviço do Estado-acusação, invertendo e mesclando funções, rompendo qualquer possibilidade de paridade de forças (juiz, promotor e polícia frente ao investigado) e cunhando com o dogma da fé imodificável, absoluta, os elementos probatórios colhidos.[54]

Situam-se aqui os elementos de um circuito epistêmico da produção dessa verdade. Rui Cunha Martins, tratando do tema de construção da convicção, narra acerca do circuito epistêmico que segue essa linearidade: *crença* → *dúvida* → *assentimento* → *confiança* → *aceitação* → *convicção* → *decisão* → *justificação*.[55] Transportado para a dinâmica investigativa e partindo do pressuposto de ausência de expectativas de justificação – basta uma exposição dos fatos apurados, "objetiva e impessoalmente – e de convicção – a única convicção que é demandada é a que se traduz em "indícios suficientes de autoria e do crime", mesmo assim a ser realizada pelo Ministério Público, de modo que a Autoridade Policial visa satisfazer uma expectativa de convicção alheia – esse circuito ganha contornos diferenciados.

Com efeito, o circuito epistêmico operado pelo dispositivo inquisitorial pode ser mais bem descrito da seguinte forma: *crença* → *dúvida* → *assentimento* → *confiança* → *aceitação* → *decisão* [orientada por uma (expectativa de) *convicção*]. Ainda que dispostos linearmente, trata-se de circuito no qual todos seus elementos se comunicam e que será integrado, adiante, ao circuito epistêmico próprio do processo penal, que visa a construção de uma decisão produtora de uma verdade, ou melhor, da verdade (jurídica).

A crença é a sede da ideologia, ou seja, está vinculada a pré-concepções engendradas por dispositivos de poder oriundos de aparelhos de toda ordem. É possível afirmar, sob certa perspectiva, que a crença que funda o circuito epistêmico erige-se, em última análise, da fricção entre o campo e o *habitus*. Para Bourdieu,

54. GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal*: crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 57, 2011.

55. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*: the Brazilian lessons. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 21, 2011.

> Um campo [...] se define entre outras coisas através da definição dos objetos de disputas e dos interesses específicos que são irredutíveis aos objetos de disputas e aos interesses próprios de outros campos. [...] Para que um campo funcione, é preciso que haja objetos de disputas e pessoas prontas para disputar o jogo, dotadas de *habitus*, que impliquem no conhecimento e no reconhecimento das leis imanentes do jogo, dos objetos de disputas, etc.[56]

Observar é distinguir. Observar objetos de disputas é traçar uma distinção. No campo policial, em questão, tais distinções engendram categorias dicotômicas como cidadão de bem/vagabundo, crime/contravençãozinha, violência boa/violência má, que serão o ponto de partida, o estopim do circuito epistêmico policial. Grosso modo, os estigmas produzidos e aproveitados pela organização policial, serão aqui de grande valia. Em sua estreita relação com a ideologia, e sendo esta mera faísca do poder, vemos na crença o resultado consolidado de observações traçadas redundantemente e estruturadas no *habitus* policial.

Não podemos nos furtar de tratar da íntima relação entre "*crença*" e "*convicção*". "Crer" é estar e não estar ao mesmo tempo a um passo de "se convencer". Ou seja, há uma relação pulsional que sedimenta certa força de atração entre a *crença* e a *convicção*, de modo que, em não sendo suficientemente manejados, uma falha dos constritores da evidência pode resultar em uma convicção que seja puro reflexo da crença.

A *convicção* possui uma forte dimensão afetiva (pulsional) pronta para servir de reduto para a *crença*, esta sempre imbricada com a *adesão*. O resultado disso é uma "vontade de aderir" ínsita ao que crê.[57] Agregado a um cenário de carência de preparo, insuficiência de seleção, salários aviltantes, estruturas precárias e vícios funcionais, é possível afirmar que "crer" e, já de imediato, não "se convencer" se torna tarefa hercúlea.

Em conseguindo preservar as fronteiras entre *crença* e *convicção*, aquela segue seu trajeto pela via da *dúvida*, seguida pelo *assentimento* até alcançar a *confiança*. Para Martins, "o exercício da confiança corresponderá a uma crença declaradamente não fundada. Ela é um redobramento, um 'crer na crença', uma disponibilidade para aderir que sai para fora da lógica da argumentação".[58] Em suma, estamos diante de um forte "operador de contágio".

---

56. BOURDIEU, Pierre. *Questões de sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero Limitada, p. 89, 1983.
57. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*: the Brazilian lessons. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 42-43, 2011.
58. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*: the Brazilian lessons. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 46, 2011.

Como artifício redutor do risco e da complexidade,[59] as mazelas ora delineadas acabam servindo de catalisador da *confiança*. O que não se vê, todavia, é que a própria confiança é um empreendimento que tem seus próprios riscos.[60] Há aqui uma tentativa não de anular a desconfiança, mas de "domesticá-la". Nesse diapasão, a desconfiança reforça o sistema, tornando-se um "mecanismo produtor de estabilidade social".[61]

Trata-se de um operador de contágio que pode se metamorfosear em um "putativo *operador de estabilização*".[62] Grosso modo, operado o contágio, o circuito epistêmico entra em curto e corre o risco de seguir pelo seguinte percurso: confiança → estabilização → normalidade → homogeneidade → presunção → antecipação → plausibilidade → *evidência*.[63]

Em uma polícia altamente dependente da produção de uma verdade *in*-corporada, extraída até mesmo à força do corpo do sujeito ou meticulosamente costurada por meio das "perguntas mais adequadas", em depoimentos, seguidas das respostas com uma cautelosa distribuição de ênfases na hora da redução a termo, a evidência é a tônica de sua atuação. Afinal, tanto em sua forma mais brutal – força física – como na mais sutil – escultura linguística – a força policial está presente.

Com efeito, o uso direto do poder policial amplificado, seja constrangendo um suspeito a falar o que quer ouvir, seja construindo um depoimento no qual "é melhor a testemunha assinar para não ter problemas futuros", revela a face mais recôndita da governamentalidade[64] e por isso precisa ser escondida, vigorosamente negada, publicamente reprovada e até mesmo punida;[65] situações

59. LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología, Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 51, 1996.

60. LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología, Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 43, 1996.

61. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*: the Brazilian lessons. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 48, 2011.

62. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*: the Brazilian lessons. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 49, 2011.

63. Cf. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*: the Brazilian lessons. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 47-49, 2011.

64. Para mais detalhes sobre o conceito de "governamentalidade" cf. FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012.

65. Derrida afirma que a violência mais temida pelo Estado é a "fundadora", a única capaz de suscitar e tornar possível uma "crítica da violência", que desnaturaliza, o

que se articulam muito bem no campo da política policial, sede de um *ethos* que contempla a noção de um "nós" que "sabe melhor" o que "é melhor para eles", assim se imuniza às reprovações públicas e punições ao passo que prosseguem incentivando o uso subterrâneo da força ilícita.

Tudo se resume à necessidade de se preservar uma "estética de lisura", depoimentos assinados (por semianalfabetos ou analfabetos funcionais, muitas vezes, a clientela preferencial do sistema) e subscritos por duas testemunhas (funcionários das delegacias na quase totalidade das vezes), procedimento de reconhecimento de pessoas netamente reduzido a termo, expressão, aliás, muitíssimo feliz: "reduzir a termo", redução suprema que comprime e deturpa uma realidade de "reconhecendos" algemados, surrados e dotados do fenótipo dos segmentos populacionais mais vulneráveis,[66] tudo posto em seu devido lugar para que a "crença" seja reforçada e o circuito epistêmico flua, ainda que curto-circuitadamente.

Derrida indaga, na senda de Benjamin, se não seria isso sintoma de uma democracia que não consegue proteger o cidadão da violência policial fora da lógica político-polícia; uma degenerescência do princípio democrático pelo princípio do poder policial,[67] que, apesar de originariamente destinado à defesa daquele, rende-se à sua fome incontrolável permitindo, assim, a instalação ou preservação de dispositivos totalitários no campo democrático.

Comparando esse modo de existir policial na monarquia e na democracia, Derrida conclui que

> Na democracia, pelo contrário, a violência já não é concedida ao espírito da polícia. Em razão da separação presumida dos poderes, ela se exerce de modo ilegítimo, sobretudo quando, em vez de aplicar a lei, ela a faz. (...) Na

regular exercício da força (DERRIDA, Jacques. *Força de lei*: o "fundamento místico da autoridade". São Paulo: Martins Fontes, p. 81-82, 2010.). A violência expressa pela tortura faz parte dessa espécie; a expressão mais ancestral da violência fundadora, a mesma utilizada em um momento pré-político, no qual a guerra ainda se instaura declaradamente, e, por isso, precisa ser escamoteada e oficialmente censurada.

66. Giacomolli delineia as mazelas que orbitam o reconhecimento de pessoas, com seu alto grau de sugestionabilidade, já pendendo para uma resposta afirmativa de reconhecimento, visto que há uma tendência ao "não querer atrapalhar" o ritual e muito menos "frustrar as expectativas" da autoridade presente que, nas entrelinhas de seu discurso, implora por um "sim, foi ele!" (cf. GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal*: crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 157, 2011.).

67. DERRIDA, Jacques. *Força de lei*: o "fundamento místico da autoridade". São Paulo: Martins Fontes, p. 104-105, 2010.

> monarquia absoluta, por mais terrível que seja, a violência policial mostra-se tal qual é e tal qual deve ser em seu espírito, enquanto a violência policial das democracias nega seu próprio princípio, legislando de modo sub-reptício, na clandestinidade.[68]

Derrida se coloca, então, em uma encruzilhada: ou a democracia é uma degenerescência do direito, ou ainda não existe democracia; ela está por vir.[69] A emulsão da violência policial expõe os nervos da biopolítica e fortalece mecanismos de adesão e confiança.

Somemos a isso a *presunção* de veracidade que gozam as peças de informação, afinal, produzidas por funcionários públicos, diz o discurso legitimador previamente analisado. 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".[70] Com efeito, o inquérito policial se rende a uma "ditadura da normalidade".[71]

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 contraintuitivo, 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",[72] que obnubilam qualquer possibilidade de limitação por constritores da evidência.

---

68. DERRIDA, Jacques. *Força de lei*: o "fundamento místico da autoridade". São Paulo: Martins Fontes, p. 107-108, 2010.
69. DERRIDA, Jacques. *Força de lei*: o "fundamento místico da autoridade". São Paulo: Martins Fontes, p. 108, 2010.
70. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*: the Brazilian lessons. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 75-76, 2011.
71. Expressão trazida à tona por Rui Cunha Martins em "*O ponto cego do direito*: the Brazilian lessons" (2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 54, 2011.).
72. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*: the Brazilian lessons. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 77, 2011.

A verdade erigida dessa dinâmica, em função da total impossibilidade de sua *de*-composição,[73] menos por ser produzida unilateralmente do que pela obscuridade do seu processo de composição, torna-se uma verdade antidemocrática, autoritária. Essa será a verdade sobre a qual o Judiciário pautará suas decisões interlocutórias e sentença, inclusive.

O contato com o Judiciário, por sua vez, implica um uso mais sutil da governamentalidade, em nível meramente discursal. Prisões são requeridas e facilmente concedidas por ser o investigado "perigoso", "cruel" ou simplesmente "mau", e as cautelares investigativas violam qualquer constrangimento legal-dogmático, sendo concedidas quase que exclusivamente com base em uma melhor "eficiência investigativa" (afinal de contas é melhor para o "bom" investigado ter sua intimidade devassada do que ser vitimado por uma pena injusta – mal sabem, ou não querem saber, que já o está sendo).

Todos esses elementos são estrategicamente pinçados, coletados, esquadrinhados e postos à disposição do relatório da Autoridade Policial. O trabalho, nesse momento, reduz-se a basicamente unir os pontos, cujo desenho final já está previamente claro como se o produto dos atos de investigação se dispusesse em um jogo de pontilhados.

Eis o funcionamento desse dispositivo chamado inquérito policial. Como conter seus excessos? Agamben aponta para a "profanação" como "contradispositivo", mas alerta:

> [...] vemos que os dispositivos modernos apresentam, porém, uma diferença em relação àqueles tradicionais, que torna particularmente problemática a sua profanação. Cada dispositivo implica de fato um processo de subjetivação, sem o qual o dispositivo não pode funcionar como dispositivo de governo, mas se reduz a um mero exercício de violência.[74]

Processo de subjetivação cunhado pelo inquérito policial (mas não iniciado por ele) que adquire maior nível de articulação, de delicadeza ao adentrar as sutis malhas do Judiciário. É aqui que esse circuito epistêmico característico do dispositivo inquisitorial adquire, de acordo com a configuração de nosso

73. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*: the Brazilian lessons. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 91, 2011.

74. "[...] vediamo che i dispositivi moderni presentano, però, una diferenza rispetto a quelli tradizionali, che rende particolarmente problematica la loro profanazione. Ogni dispositivo implica infatti un processo di soggettivazione, senza il quale il dispositivo non può funzionare come dispositivo di governo, ma si riduce a un mero esercizio de violenza." (AGAMBEN, Giorgio. *Che cos'è un dispositivo*? Roma: Nottetempo, p. 28-29, 2006.).

sistema jurídico, o *status* de crença e se torna, por si só, um forte operador de contágio do processo penal.

4. Considerações finais

É esperado que o tratamento atribuído à abordagem da temática "inquérito policial" pelos manuais em geral possua um deslocamento natural se comparado com sua empiria. Os manuais analisam os textos normativos desde diversas hermenêuticas, mas pouco se preocupam com as rotinas policiais, que acabam sendo relegadas ao campo da criminologia.

Entretanto, o colidir do tratamento observado pelas abordagens normativas e empíricas acabam por fornecer uma visão muito mais rica do fenômeno; não por uma mera questão de maior acúmulo de informações, mas pela própria informação que subjaz o trato pelos manuais, revelando um entrecaminho rico a ser explorado.

Assim, ao aplicarmos alguma espécie de análise de discurso a partir de arsenal foucaultiano, podemos provocar a irrupção de uma série de características que, em seu conjunto, cartografam um verdadeiro dispositivo de controle a serviço de uma certa governamentalidade.

Para alcançar seu objetivo, ela, esta governamentalidade, pauta-se por uma política da verdade; legitimada pela busca da verdade "real", determinados elementos são carreados aos autos do inquérito para delimitar certo "regime de verdade", cuja dinâmica pôde ser analisada por conduto do circuito epistêmico desenhado por Rui Cunha Martins.

Todavia, em virtude das características próprias desse dispositivo, o circuito epistêmico se "curto circuita", correndo risco concreto de possuir a seguinte configuração: confiança → estabilização → normalidade → homogeneidade → presunção → antecipação → plausibilidade → *evidência*, sendo esta o mais potente elemento de contágio à verdade reproduzida processualmente.

Diante desse cenário é possível constatar certa degenerescência democrática a partir do momento que há não só a preservação das condições de manutenção de um dispositivo autoritário (inquérito policial) em pleno estado democrático de direito, mas principalmente o seu estímulo silencioso, ardiloso, obnubilado por um verniz jurídico ilusório.

5. Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Che cos'è un dispositivo*? Roma: Nottetempo, 2006.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Teoria da nulidade no processo penal*. São Paulo: Noeses, 2016.

AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Trad. Angela Nogueira Pessôa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BOURDIEU, Pierre. *O senso prático*. Trad. Maria Ferreira. 3. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

BOURDIEU. *Questões de sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero Limitada, 1983.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CORDERO, Franco. *Ideologie del processo penale*. Milano: Giuffrè, 1966.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei*: o "fundamento místico da autoridade". Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manoel da Costa. *Criminologia*: o homem delinquente e a sociedade criminógena. 2. reimpr. Coimbra: Coimbra, 1997.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermatina Galvão. 2. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT. *História da sexualidade* I: a vontade de saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhom Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012.

GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal*: crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GIL, Fernando. *Modos da evidência*. Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1998.

GIL. *Tratado da evidência*. Trad. Maria Bragança. Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1996.

LEMGRUBER, Julita; MUSUMECI, Leonarda; CANO, Ignacio. *Quem vigia os vigias?* Um estudo sobre o controle externo da polícia no Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2003.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUHMANN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. Trad. Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005.

LUHMANN. *Confianza*. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. 1. Campinas: Bookseller, 1997.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*: the Brazilian lessons. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MISSE, Michel (org.). *O inquérito policial no Brasil*: uma pesquisa empírica. Rio de Janeiro: NECVU/IFCS/UFRJ; BOOKLINK, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 11. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SAMPAIO, André Rocha; FAYET, Fábio Agne. Aproximação do conceito de contraditorio ao inquérito policial a partir da obra de Fazzalari. In: *Olhares Plurais*, vol. 2, n. 13, 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 6. Ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 1. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A verdade como ferramenta de investigação criminal à luz do garantismo penal, de Roberto Antônio Darós Malaquias – *RT* 952/265-293 (DTR\2015\766);
- Justiça criminal, organizações e sistemas de interação: discursos sobre o inquérito policial, de Bruno Amaral Machado – *RBCCrim* 104/205-234 (DTR\2013\9086);
- Lei 13.245/2016: uma análise do caráter democrático do inquérito policial, de Eujecio Coutrim Lima Filho – *RBCCrim* 126/161-180 (DTR\2016\24551);
- O inquérito policial na formação da culpa, de Arthur Cogan – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 2/111-116 (DTR\2012\450168);
- O sigilo do inquérito policial e os advogados, de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho – *RBCCrim* 18/123-134 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 2/229-243 (DTR\2011\2931);
- Principais instituições do processo penal brasileiro e elaboração legislativa de novo Código de Processo Penal: inquérito policial, de Maria Elizabeth Queijo – *RT* 697/269-279 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 2/277-297 (DTR\1993\552); e
- Valor probatório do inquérito policial, de Ranulfo de Mello Freire – *RBCCrim* 0/133-138 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 2/351-359 (DTR\1992\387).

A crise da atividade jurisdicional e o hiperencarceramento como resposta estatal

The crisis of judicial activity and response state as hyperincarceration

Alexandre de Almeida Turela

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (2016). Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF (2009). Advogado.
aturela@gmail.com

Diogo Lentz Meller

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Graduado em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC (2012). Membro do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens (GRUPECA). Professor da Escola Superior de Criciúma (ESUCRI).
lentzmeller@gmail.com

Recebido em: 16.10.2016
Aprovado em: 20.03.2017
Última versão dos autores: 30.03.2017

Área do Direito: Penal

Resumo: A população vê a impunidade como a causa da insegurança, ainda que o encarceramento em massa consequente não resulte na queda da violência. O objetivo do presente artigo, nesse cenário, é demonstrar a ligação entre a crise do modelo jurisdicional moderno e a solução do hiperencarceramento, e tratar criticamente essa relação e suas consequências. O método a ser utilizado é o dedutivo, e a técnica de pesquisa adotada é a bibliográfica e documental. Dessa forma, no presente artigo contextualiza-se o momento histórico em que o Estado apropriou-se do monopólio da atividade, baseado em paradigmas modernos. É apresentado, após, o cenário de crise da prestação jurisdicional, o qual tem relação direta com os novos desafios postos à apreciação do Estado-Juiz, o qual não foi moldado a enfrentá-los. Finalmente, é analisada

Abstract: Impunity is seeing as the main cause of insecurity, although mass incarceration contrasts with violence drop. In this scenery, the aim of this work is to demonstrate the link between the crises of the modern jurisdiction model and hipper incarceration solution, their relation and consequences. The method to be used is deductive, and the adopted research technique is the bibliographical and documentary. As such, it contextualizes the historic moment when the State monopolizes the activity, based on modern paradigms. Thereafter, the adjudication crises scenery is presented, which has direct relation to the new challenges, forwarded to the appreciation of the legal states commitment, not molded to cope with them. Finally, the way the State reacts to the crises is analyzed and criticized for using the hipper incarceration to

e criticada a forma como o Estado reage à crise: através do hiperencarceramento, para satisfazer o anseio punitivista da população, fortemente influenciada pela mídia, e para justificar seu monopólio do uso da violência legítima.

Palavras-chave: Jurisdição – Modernidade – Crise – Punitivismo – Hiperencarceramento.

satisfy the punitive wishes of the people who suffer from large influences of the media and to justify its monopoly when using the legitimate violence.

Keywords: Jurisdiction – Modernity – Crisis – Punitivism – Hyperincarceration.

Sumário: 1. Introdução. 2. O Estado-nação e a apropriação do monopólio da jurisdição. 3. Os novos desafios e a crise na prestação jurisdicional. 4. A pretensa solução do hiperencarceramento. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente artigo tem como objetivo analisar o momento de crise pelo qual passa o Estado, especialmente no exercício de seu poder-dever de prestação jurisdicional, bem como relacioná-lo com o fenômeno do hiperencarceramento. Busca-se demonstrar como o encarceramento em massa decorre como resposta estatal à ineficácia do Poder Judiciário em solucionar conflitos.

Para tanto, inicia-se o presente artigo por analisar o momento histórico em que o Estado apropriou-se do monopólio da atividade jurisdicional, quais os motivos que levaram a essa monopolização e levantar quais os elementos estruturais, filosóficos, sociais e econômicos que possibilitaram a concentração da violência legítima junto ao órgão estatal.

Na sequência, é analisada a realidade atual e como o Estado não foi moldado para atender aos desafios contemporâneos. É demonstrado como a globalização, os novos movimentos sociais, a nova filosofia não mais centrada na liberdade e individualidade e a relativização da soberania nacional causam uma explosão de litigiosidade e escancaram a crise da atividade jurisdicional.

Finalmente, analisa-se a resposta dada pelo Estado à crise na esfera criminal: o encarceramento em massa. Defende-se que essa resposta é dada pelo Estado em razão do não cumprimento de suas obrigações e do apelo midiático, tornando o sistema penal altamente seletivo e violador de garantias processuais e de direitos humanos.

2. O Estado-nação e a apropriação do monopólio da jurisdição

A existência do conflito é própria da natureza humana. Os indivíduos não têm todos os mesmos interesses, de tal forma é esperado que, em dado momento, os interesses sejam conflitantes. A forma de resolver os conflitos,

todavia, sofre modificações com o decurso do tempo, de tal modo que, na atualidade, é poder-dever do Estado a pacificação social, o que faz por meio do monopólio da violência legítima.

Não cabe ao Estado, todavia, eliminar os conflitos, tendo em vista que o mesmo é "elemento estrutural de toda a relação com os outros e, por conseguinte, de toda a vida social"[1]. A ausência de conflitos aparentes reflete um sistema único de valores, próprio de regimes totalitários, em que as individualidades são sufocadas. Um regime democrático, em sentido inverso, deve reconhecer a existência permanente de conflitos dentro de sua ordem política como forma de dar voz a grupos minoritários, os quais não podem ser sufocados. Nesse sentido, cabe reconhecer aspectos positivos na conflituosidade:

> Partindo do pressuposto de que o conflito possui importância para o desenvolvimento e amadurecimento democrático das relações sociais, observa-se que possui não somente os aspectos negativos, mas também aspectos positivos da interação coletiva. Assim, não obstante todo conflito ser considerado uma perturbação que rompe com a harmonia e equilíbrio constituidores do *estado normal* da sociedade, ele é importante, uma vez que impede a estagnação social. Por conseguinte, o conflito não pode ser visto somente como uma patologia social. Conflito é também vitalidade[2]. (grifo do original)

Os conflitos são tratados mediante a aplicação do Direito. Dentre as características do Direito moderno, destaca-se o monopólio estatal na prestação jurisdicional, ou seja: cabe ao Estado decidir sobre os conflitos, pois somente ele pode exercer a violência de forma legítima.

Entretanto, nem sempre foi assim. O Direito medieval tinha, como uma de suas características, a pluralidade jurídica, reflexo da pluralidade de centros de poder, ainda não centralizados na figura do soberano. O direito feudal não apresentava um poder judiciário vinculado ao Estado, de modo que a resolução dos conflitos era realizada pelos indivíduos, como lembra Foucault:

> Em primeiro lugar, não há ação pública, isto é, não há ninguém – representando a sociedade, o grupo, o poder, ou quem detém o poder – encarregado de fazer acusações contra os indivíduos. [...]

1. MULLER, Jean-Marie. *O princípio da não-violência.* Percurso filosófico. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 18.
2. SPENGLER, Fabiana Marion; MORAIS, José Luis Bolzan de. *O conflito, o monopólio estatal do seu tratamento e a construção de uma resposta consensuada: a "jurisconstrução"*. Seqüência (Florianópolis), v. 55, 2007, p. 303-326.

> A segunda condição era que, uma vez introduzida a ação penal, uma vez que um indivíduo se declarasse vítima e reclamasse reparação a um outro, a liquidação judiciária devia se fazer como uma espécie de continuação da luta entre os indivíduos. Uma espécie de guerra particular, individual se desenvolve e o procedimento penal será apenas a ritualização dessa luta entre os indivíduos[3].

Nesse momento, não há poder jurisdicional por parte do Estado, de tal forma que os conflitos são resolvidos na seara particular. Esse cenário começa a ser alterado com a expansão do comércio e a melhoria dos meios de comunicação. O poder jurisdicional foi visto como um meio de acumular riquezas e acabou sendo confiscado por aqueles que detinham mais poder. A partir de então, o conflito deixou de ser visto somente como um problema particular, devendo o mesmo ser submetido ao poder político:

> Uma justiça que não é mais contestação entre indivíduos e livre aceitação por esses indivíduos de um certo número de regras de liquidação, mas que, ao contrário, vai-se impor, do alto, aos indivíduos, aos oponentes, aos partidos. Os indivíduos então não terão mais o direito de resolver, regular ou irregularmente, seus litígios; deverão submeter-se a um poder exterior a eles que se impõe como poder judiciário e poder político[4].

O poder centralizado deu origem ao Estado Absolutista, o qual detinha o poder soberano e era o responsável pela manutenção da paz. Para legitimar a autoridade do soberano e seu poder jurisdicional, Hobbes, através do contratualismo, afirma ser a condição natural dos homens a condição de guerra, sendo necessária a criação de um ente superior, o Estado, o qual deve monopolizar a violência para a promoção da autoconservação da espécie.

> A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade[5].

3. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Trad. Eduardo Jardim Morais e Roberto Cabraç de Melo Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2002, p. 56.
4. FOUCAULT, Michel, op. cit., p. 65.
5. HOBBES, Thomas. *Leviatã:* ou material, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 105.

A centralização do poder na figura do soberano faz-se necessária, a partir de tal entendimento, para a segurança dos indivíduos, nem que para isso tenham que abdicar de sua liberdade. O Estado, para Hobbes, é o ente que tudo pode, dono de um poder soberano e ilimitado, dentro do qual está inserido o poder jurisdicional, já que "só o Estado prescreve e ordena a observância daquelas regras a que chamamos leis, portanto o Estado é o único legislador"[6]. A centralização jurídica também era do interesse da burguesia, que ainda não havia ascendido ao poder e que necessitava da centralização política e administrativa para que seus negócios pudessem prosperar, em um ambiente de segurança quanto ao direito a ser aplicado em todo o território.

O individualismo se faz presente a partir do contratualismo, quando se busca explicar a sociedade em razão do indivíduo, representando "a nota dominante das concepções jurídico-políticas depois da Idade Média"[7]. Sendo a ordem política um encontro de vontades, o indivíduo é visto como um fim em si mesmo, que não pode ser instrumentalizado para outros fins. Para Reale, Hobbes "foi tão individualista que chegou, paradoxalmente, à negação da liberdade do homem para salvaguardar e garantir a sua esfera de interesses"[8].

A centralização jurídica junto ao Estado ocorre para a satisfação dos interesses absolutistas ao resultar no fortalecimento das monarquias ocidentais, pois a apropriação da justiça lhes permitia a aplicação de mecanismos de confiscação, já que o culpado não é mais somente responsável pela reparação do dano que cometeu, mas também pela reparação da ofensa cometida em face do Estado, mediante o pagamento de multa[9].

Atendeu, também, aos interesses da burguesia ao criar uma ordem jurídica uniforme em todo o Estado, favorecendo as práticas mercantis em um ambiente de segurança jurídica. A consequência é que a burguesia, ascendendo o poder, preocupou-se com a limitação do poder absolutista, mas não com a mudança do paradigma jurídico vigente, o qual também atende aos seus interesses. Daí decorre que o paradigma jurídico vigente deriva do pensamento hobbesiano:

6. Op. cit., p. 162.
7. REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 128.
8. Op. cit., p. 132.
9. FOUCAULT, Michel, op. cit., p. 67.

> O paradigma jurídico prevalecente tem matriz hobbesiana, uma vez que institui a lei como técnica disciplinar exclusiva das relações sociais, concebendo o Direito como um instrumento de cessação da guerra de todos contra todos e reafirmando a paz civil típica do Estado de Direito de feição liberal clássica[10].

Para limitar o poder autoritário, surgem teorias liberais, como a teoria da separação dos poderes de Montesquieu, que introduziu a ideia da divisibilidade dos poderes do Estado, os quais devem ser exercidos por entes distintos. Para Montesquieu, a liberdade dos cidadãos depende da separação dos poderes, servindo um como contrapeso ao outro.

Com o mesmo objetivo de prevenir arbitrariedades em face dos cidadãos, Rousseau descreve o homem como bom em sua essência, sendo que, "por desvio de suas tendências naturais, vive em um estado de desigualdade e de guerra, sendo, porém, capaz de se libertar dessa ordem irracional para assentar a vida social sobre novas bases postas pelas exigências da razão"[11].

O poder soberano não pertence mais à figura do príncipe, mas sim ao povo, o qual deve guiar a atuação estatal para alcançar o bem comum. O poder soberano pertence ao povo, o qual o exerce através do Estado, que mantém o monopólio jurisdicional, eis que "o Estado, perante seus membros, é senhor de todos os seus bens pelo contrato social, que no Estado serve de base a todos os direitos"[12].

Montesquieu e Rousseau colaboraram ao condenar o Regime Absolutista e criar uma justificativa propícia à Revolução Francesa. Com a ascensão da burguesia ao poder e nascimento do Estado Liberal, assumem protagonismo as promessas da cultura jurídica moderna:

> Essa concepção veio baseada na manutenção e defesa da teoria da colaboração/especialização de funções que, por sua vez, foi resultado da Revolução Francesa. O objetivo de sua criação foi prevenir o arbítrio do Judiciário francês e italiano, porém suas raízes também se encontram espraiadas sobre o racionalismo. Também tiveram como base a crença de que o Direito pudesse ser claro e certo de modo que o indivíduo pudesse conhecê-lo sem

10. SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação:* por uma outra estratégia no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010, p. 146.

11. REALE, Miguel, op. cit., p. 151.

12. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

> a necessidade de intervenção da ação judiciária, tudo isso porque a certeza é um aspecto da Justiça, que foi um dos objetivos da revolução europeia.
>
> Na verdade, o que o povo aspirava era a justiça, que seria obtida por meio de um ordenamento jurídico uniforme em sua aplicação, claro e simples[13].

Esse é o cenário a partir do qual o Estado passou a contar com o monopólio da jurisdição, atividade que antes lhe era estranha. O Direito passou a ser produzido, por sua vez, com base em quatro paradigmas típicos da modernidade: a) o paradigma econômico, em razão da emergência do modo de produção capitalista; b) o paradigma social, a partir da ascensão de uma classe social burguesa, que chega ao poder; c) o paradigma filosófico, com o predomínio de uma filosofia centrada na liberdade e no individualismo; e d) o paradigma estrutural, com o surgimento do Estado-nação soberano[14].

Com a fragilidade desses paradigmas, surgiu também a crise na prestação jurisdicional, tendo em vista que o Direito contemporâneo foi construído em cima de tais bases. Necessário estudar, então, quais são as novas condições existentes no mundo contemporâneo para que se entenda por que o Estado não está conseguindo exercer seu poder/dever de prestação jurisdicional de forma adequada.

3. Os novos desafios e a crise na prestação jurisdicional

O momento que presenciamos apresenta a fragilidade das bases sobre as quais foi construída toda a cultura jurídica moderna, o que é resultado da ascensão de novos elementos que anteriormente não se faziam presentes. Esses elementos são todos interrelacionados e fazem com que a resposta dada pelo Estado ao conflito não seja adequada, resultando na crise do modelo adotado.

Spengler aponta a crise do Poder Judiciário como uma crise de identidade e eficácia, a primeira constatada no

> (...) embaçamento do papel judicial como mediador central de conflitos, perdendo espaço para outros centros de poder, talvez mais aptos a líder com a complexidade conflitiva atual, mais adequados em termos de tempo e espaço.

13. SPENGLER, Fabiana Marion, op. cit., p. 154.
14. WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico:* fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 25.

e a segunda pelo fato de que,

> (...) impossibilitado de responder de modo eficiente à complexidade social e litigiosa com a qual se depara, o Judiciário sucumbe perante a inovadora carga de tarefas a ele submetidas[15].

Dentre esses novos elementos, o primeiro que merece atenção especial é a intensificação das interações econômicas, sociais, políticas e culturais, resultando no fenômeno da globalização[16]. A globalização acelera as relações sociais, de tal forma que tarefas que anteriormente levavam muito tempo para serem realizadas, hodiernamente são realizadas de forma quase instantânea. A globalização acelerou a vida, fazendo com que exista uma expectativa de resposta imediata por parte dos indivíduos. O processo, todavia, não acelerou da mesma forma, uma vez que foi e continua a ser construído sobre as mesmas bases da modernidade, em uma concepção liberal-individualista. Portanto, a forma como foi estruturado o Poder Judiciário, sobre as bases da modernidade, cria uma desarmonia entre o tempo do processo e o tempo da vida:

> Em termos organizacionais, o Poder Judiciário foi estruturado para atuar sob a égide dos códigos, cujos prazos e ritos são incompatíveis com a multiplicidade de lógicas, procedimentos decisórios, ritmos e horizontes temporais hoje presentes na economia globalizada. Nestes termos, o tempo do processo judicial é um tempo diferido[17].

O que se vê, portanto, é um descompasso entre o tempo da vida e o tempo do processo, fazendo com que a prestação jurisdicional não ocorra de forma tempestiva. O processo, ao não acompanhar a velocidade com que ocorrem as relações cotidianas, viola direitos fundamentais dos cidadãos. Nesse ponto reside um dos grandes problemas da forma como ocorre a prestação jurisdicional no modelo atual:

> O problema verdadeiro o qual discutimos hoje, enquanto que a urgência é o "justo processo", é a relação entre o tempo do direito e o tempo da vida;

15. SPENGLER, Fabiana Marion, op. cit., p. 109-110.
16. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A globalização e as ciências sociais*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 26.
17. SPENGLER; Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *O acesso* à *justice como "direito humano básico" e a crise da jurisdição no Brasil*. Scientia Iuris (UEL), v. 15, 2011, p. 54.

> não é tema de pouca importância, visto que o direito anula a intertemporalidade das identidades individuais, governa e decide o tempo de maneira prepotente e irracional[18].

Além de acelerar o tempo da vida de tal forma que o processo moldado na modernidade não consegue acompanhá-lo, a globalização afeta diretamente a questão da soberania do Estado-nação. Na modernidade, o Estado-nação é concebido com um poder soberano, acima do qual não existe outro. Com a globalização, a partir da década de 80, empresas multinacionais assumem o protagonismo no cenário econômico mundial e passam a contar com grande poder na cena política. Houve, então, uma concentração de poder na mão de empresas multinacionais, resultando na subordinação dos Estados e relativização de sua soberania[19].

Hoje, o que se decide dentro de um Estado não visa a atender necessariamente ao interesse de seus cidadãos, mas sim ao interesse de grandes empresas que, graças ao seu poder político-econômico, exercem pressão e moldam a atuação estatal. Dessa forma, o Direito é produzido, em grande escala, para proteger interesses dessas grandes empresas, as quais buscam um ordenamento jurídico que lhes seja favorável para que possam realizar investimentos. A prestação jurisdicional, assim, não ocorre a contento, tendo em vista que o Estado passa a proteger, por meio de seu Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, interesses econômicos de empresas multinacionais.

O fator social também apresenta modificações que fazem com que o modelo de prestação jurisdicional esteja em crise. Na modernidade, o Poder Judiciário foi formado para atender aos interesses da burguesia que ascendia ao poder, a qual exigia a mínima interferência do Estado e um ambiente de liberdade para o êxito de seus negócios. No século XX, há a consolidação do Estado de Bem-Estar Social, no qual há a obrigação do Estado de intervenção na economia para a redistribuição de riquezas[20].

Tal fato ocorre a partir do reconhecimento de direitos econômicos, sociais e culturais, os quais exigem uma postura prestativa por parte do Estado e tem origem com a ascensão de uma sociedade civil proletária que angaria parcela de poder a ponto de ter seus direitos reconhecidos. Além desses

18. RESTA, Eligio. *Tempo e processo.* Trad. Fabiana Marion Spengler. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014, p. 34.
19. SANTOS, Boaventura de Sousa, op. cit., p. 31.
20. SÁNCHEZ, Jordi. El Estado de Bienestar. In: BADIA, Míquel C. (ed.) *Manual de ciencia política.* 3. ed. Madrid, Tecnos, 2006, p. 268.

direitos, passam a ser reconhecidos também outros direitos com origem em movimentos civis, como o direito ao meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável, que se originam de lutas travadas por movimentos sociais preocupados com as condições de vida futura. Esses direitos não foram reconhecidos voluntariamente pelo Estado, mas sim conquistados por meio de luta e enfrentamento, em que os movimentos sociais figuravam como principais demandantes frente ao Estado[21]. Trata-se de uma nova sociedade que exige nova forma de atuação do Poder Judiciário, o qual entra em colapso ao não conseguir atendê-las, muito em razão de não ter sido concebido para atender a essa nova sociedade:

> Uma sociedade que se internacionaliza economicamente, que enfraquece os Estados-nação, que produz conflitos complexos e desterritorializados, desafia a racionalidade de uma Jurisdição que foi concebida para atuar em espaços geográficos definidos e para solucionar demandas individuais e previamente tipificadas[22].

Há o reconhecimento de inúmeros novos direitos, que não havia quando do surgimento do Estado Moderno. Esses grupos sociais que obtiveram êxito no reconhecimento de seus direitos, todavia, ainda não os têm efetivamente concretizados pelo Estado, uma vez que o poder ainda está em grande parte concentrado nas mãos da burguesia. Ocorre, então, que os direitos são reconhecidos, o Estado é responsável pela sua garantia, mas, por outro lado, não atua de forma a satisfazê-los por estar voltado a perpetuação das classes privilegiadas e do poder econômico.

O Estado, sob esta perspectiva, tem suas funções degradadas, o que também ocorre em razão do fenômeno da globalização, visto estar o Estado submisso pela "crescente influência de poderosos atores econômicos nacionais e internacionais, fazendo com que os mandatos democráticos sejam subvertidos por mandatos de interesses minoritários mas muito poderosos"[23].

Houve, assim, um aumento exponencial na demanda judicial, tendo em vista que esses novos direitos devem ser "diretamente garantidos pelo Estado

21. GALLARDO, Helio. *Teoría crítica:* matriz y posibilidad de derechos humanos. Murcia: David Sanchez Rubio, 2008.

22. LUCAS, Doglas Cesar. *A jurisdição entre crises e desafios*. Direito em Debate, Ijuí, v. 1, n. 21, 2004, p. 11.

23. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2013, p. 52.

e aplicados coercitivamente pelos tribunais: direitos cívicos, políticos, sociais, econômicos e culturais"[24]. A explosão da litigiosidade ocorre porque o Estado é obrigado a prestações que antes lhe eram estranhas e, como não houve uma transferência efetiva do poder às classes populares, tais direitos são constantemente violados, sendo que o cidadão enxerga, no Poder Judiciário, a esperança da defesa de seus direitos.

Os dois elementos acima identificados, a globalização e os novos atores sociais, combinados, dão origem à crise do Estado-nação concebido na modernidade, Estado Liberal e soberano. O Estado em que vivemos é um Estado que tem a obrigação não só de garantir a liberdade (de cunho negativo) dos cidadãos, mas também de atuar de forma a concretizar seus direitos, devidamente reconhecidos, pondo em crise também o paradigma filosófico liberal. Da mesma forma, a soberania do Estado é ameaçada e está em crise em razão do poder econômico-político das empresas multinacionais e pelo imperialismo praticado pelos países economicamente poderosos, que invadem fronteiras (visível e invisivelmente), impondo suas políticas.

Sob tal perspectiva, pode-se apontar que "a crise do Judiciário é um aspecto da crise do próprio Estado. Sem se organizar e dar eficiência ao Estado-administrador e ao Estado-legislador, deficiente continuará o Estado-justiça[25]."

O quarto paradigma em crise é a filosofia individualista. As novas condições existentes no mundo contemporâneo criaram direitos que extrapolam os limites da individualidade. É devido, pelo Estado, proteção aos direitos coletivos difusos transindividuais, como o direito ao meio ambiente, que não podem ser garantidos a certos indivíduos isolados. O Poder Judiciário não foi projeto para atender a essas demandas, mas sim em uma lógica formal através da "adoção de fórmulas e conceitos reducionistas e afinados com uma cultura de conservação do passado liberal-individualista"[26].

Isso não significa, todavia, que os direitos individuais devam ser sufocados pelos direitos coletivos. O Estado deve tanta atenção ao direito individual como ao coletivo, não havendo o que se falar em supremacia de um sobre outro, sendo que o resultado ideal é um equilíbrio entre ambos. A defesa dos interesses

24. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2014, p. 22.

25. RIBEIRO, Antônio de Pádua. *O Judiciário como poder político no século XXI*. Estudos Avançados (online), v. 14, n. 38, 2000, p. 301.

26. LUCAS, Doglas Cesar, op. cit., p. 17.

coletivos e a violação dos direitos individuais, em busca de uma unidade social, é característica própria aos sistemas totalitários, como ensina Garapon:

> A democracia suscita o conflito, sendo essa uma das diferenças que a distingue do sistema totalitário. [...] O sistema totalitário caracteriza-se, inversamente, pela recusa dessa divisão originária e pela afirmação da unidade social, pela supressão das classes e pela identidade entre o Estado e o povo. Se o totalitarismo se alimenta do fantasma do possível ressurgimento da divisão, já a sociedade democrática assume essa "fragmentação interna" até as últimas consequências[27].

Todas essas novas condições geraram um sobrecarregamento da atividade jurisdicional, fruto de uma explosão de litigiosidade oriunda da nova complexidade conflituosa. Direitos antes não reconhecidos são oponíveis pelo cidadão em face do Estado, como se pode apontar com o direito à saúde, hoje dever estatal, dando causa à propositura de inúmeras demandas visando a tal fim. Novos serviços e novos padrões de consumo criaram ações em massa, que abarrotam cada vez mais o Poder Judiciário, como são as inúmeras ações consumeristas visando ao recebimento de indenizações por danos morais. Para dar conta de suas tarefas, como a educação, o Estado conta com grande número de servidores públicos que, por sua vez, acionam o Poder Judiciário em razão da violação de seus direitos por parte do agente estatal, como são as demandas pleiteando o recebimento de reajustes não concedidos. Esses são apenas alguns exemplos dentro de um universo muito maior de novos conflitos que tem que enfrentar o Poder Judiciário diariamente, apesar de não ter sido criado para essa finalidade.

São inúmeras as consequências desse novo modelo econômico, estrutural, filosófico e social que faz com que o Estado não consiga dar resposta adequada aos conflitos, culminando na crise da prestação jurisdicional que facilmente é constatada. Observa-se, segundo estudo do Conselho Nacional de Justiça que, no ano de 2014, o Poder Judiciário teve despesas de aproximadamente R$ 68,4 bilhões, contou com a atuação de 16.927 magistrados e iniciou com um estoque de 70,8 milhões de processos, o que significa mais de quatro mil processos por magistrado[28]. Somente na Justiça Estadual, maior canal para os cidadãos reivindicarem seus direitos, o ano de 2014 iniciou com a tramitação

27. GARAPON, Antoine. *Bem julgar:* ensaio sobre o ritual judiciário. Trad. Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 238.

28. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em números 2015:* ano-base 2014. Brasília: CNJ, 2015.

de 57,2 milhões de processos e com a atuação de 11.631 magistrados. Ainda que existam tantos processos judiciais em trâmite, há a observância que o verdadeiro acesso à justiça não é assegurado a todos os cidadãos, como constata a Anistia Internacional:

> O acesso satisfatório à Justiça continuou fora do alcance de muitas pessoas, sobretudo nas comunidades mais desfavorecidas. Entre as barreiras à Justiça estavam a ineficiência dos sistemas judiciais, a falta de independência do poder Judiciário e a disposição de alguns setores a recorrer a medidas extremas para evitar a prestação de contas e proteger interesses políticos, econômicos e criminosos particulares[29].

A crise do Poder Judiciário é de conhecimento de todos os envolvidos (e também dos não envolvidos) no processo judicial. Nesse cenário, o povo pede a resposta imediata, a mídia reivindica o poder de julgar e o juiz confunde velocidade com pressa e suprime garantias processuais. Na esfera criminal, o resultado é o hiperencarceramento das classes vulneráveis, o que é objeto da análise seguinte.

4. A pretensa solução do hiperencarceramento

A sociedade tem conhecimento da crise da atividade jurisdicional, buscando cada vez mais acelerar a resposta do Estado em relação aos conflitos. Nesse sentido, há pressão exercida pela sociedade para que o Estado atue de forma efetiva, aplicando a lei ao caso concreto de forma mais célere para que o conflito seja resolvido. Todavia, a sociedade é fortemente influenciada pela mídia, a qual se apresenta como neutra em relação aos conflitos e com poder para apontar, de forma clara e precisa, quem são os culpados e de que forma o conflito deve ser resolvido. Há, como consequência disso, uma tendência a alterar o local de julgamento dos indivíduos, passando do Poder Judiciário à mídia, a qual, com o apoio popular, passa a ter grande poder. O Judiciário perde, assim, sua característica de ser um poder contramajoritário, o qual foi "formado com o especial intuito de se opor ao desenfreio da multidão, racionalizando o escândalo e substituindo o linchamento por uma sanção com limites legais"[30].

29. ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe 2014/15:* O estado dos direitos humanos no mundo. 2015, p. 15.

30. VASCONCELOS BARBOSA, M. G.; FRANCK JUNIOR, W. *Do escudo de Aquiles à capa do Batman:* o heroísmo togado e seus riscos à democracia. Sistema Penal & Violência (online), v. 05, n. 02, 2013, p. 150.

Forte crítica deve ser dirigida à mídia por tentar apresentar um mundo livre de conflitos de interesses, o que caracteriza um risco à democracia. Os meios de comunicação buscam abolir os discursos, partindo-se da ideia de que não existem conflitos. Aos conflitos, basta a aplicação técnica do Direito Penal, o que traz como consequências a estereotipização e o autoritarismo:

> Ao afirmar o aspecto aparentemente técnico das respostas penais a determinado conflito social, a mídia tradicional despolitiza esse conflito e o apresenta por meio de categorias utilizadas para homogeneizar os autores de práticas delitivas e reforçar a imagem do delinquente desprovido de humanidade, naturalmente violento. Assim, o discurso midiático, por meio de seus rótulos e categorias, influencia de modo decisivo – se não determina – a opinião pública e a legitimação social das instâncias repressivas penais e de leis autoritárias e, tantas vezes, inconstitucionais[31].

Perante a ausência de conflito de interesse, o que existem são mal-entendidos, os quais podem ser solucionados a partir do momento em que os sujeitos tiverem conhecimento da realidade. A demonstração da realidade e dos valores a serem defendidos, por seu turno, cabe à própria mídia. Assim, a sociedade vai harmonizar-se espontaneamente a partir do momento em que a mídia refletir a opinião pública, em um sistema totalizante. A grande influência da mídia constitui-se, nesses termos, em um risco à democracia.

Grande parte dessa deslocalização do espaço de julgamento se dá como consequência do progresso tecnológico, que "estimulou o impulso de querer ver e, ao mesmo tempo, anestesiou o desejo de compreender para além do visível"[32]. Não se busca, portanto, compreender além daquilo que a mídia mostra, pois se acredita que a mídia é neutra, que apresenta o ocorrido de forma transparente e que não existem interesses mascarados, especialmente porque a própria mídia não divulga que está, em grande parte, concentrada na mão de poucas pessoas e a serviço de seus interesses. O medo fomentado pela mídia, por sua vez, cria o clima de perigo em que vivem os indivíduos:

> A angústia da morte cria em nós o medo do outro, desse desconhecido, desse estrangeiro, desse indesejável, desse intruso. Desde logo, consideramos o

31. WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. *A fábrica midiática de inimigos e o risco à democracia:* uma análise do papel dos grandes meios de comunicação na elaboração e adoção de leis penais casuísticas no Brasil. Sistema Penal & Violência (online), v. 07, n. 01, 2015, p. 56.

32. GARAPON, Antoine, op. cit., 2001, p. 274.

> outro como um inimigo e atribuímos-lhes a intenção de nos matar, mesmo quando ele não manifesta qualquer hostilidade a nosso respeito. O medo cria o perigo com mais frequência do que o perigo cria o medo[33].

A mídia tende a propagar a cultura do medo e explorar escândalos para aumentar sua audiência, ao mesmo tempo em que fomenta o "clamor social por 'mais do mesmo': penas mais graves, mais tipos penais, mais cárcere, mais polícia"[34]. O processo judicial tem como uma de suas funções a domesticação da violência. A mídia, todavia, expõe a violência de forma crua e absurda, fomentando junto à sociedade o sentimento de vingança. Nesse sentido, estudo elaborado pela Pesquisa Social Brasileira apontou que quase 40% da população brasileira concordam que alguém condenado por estupro seja estuprado na cadeia, 36% concordam com o espancamento de presos como meio de obtenção de confissão do crime e 30% concordam que a polícia deve matar assaltantes e ladrões depois de prendê-los[35].

O Estado monopolizou a violência e proibiu a autotutela. Como consequência, assumiu o compromisso de punir aquele que transgredisse a lei. O sucesso do Estado consiste, portanto, na realização do objetivo pelo qual foi criado: proporcionar a sensação de segurança aos indivíduos como retribuição à abdicação da violência privada efetuada pelos indivíduos. O objetivo primordial do Poder Judiciário, portanto, é "solucionar, de forma adequada, efetiva e em tempo hábil, os litígios ou lides que ocorrem no seio da sociedade"[36].

Entretanto, a dificuldade que encontra o Poder Judiciário em solucionar as lides e aplicar sua violência legítima põe em risco a credibilidade da monopolização da violência e do poder jurisdicional, por parte do Estado. Nesse sentido, surgem grupos sociais pregando a aplicação da justiça pelas próprias mãos, dispensando a atuação do Estado, por considerá-la ineficaz.

Em resposta a essa onda retrógrada, o Estado, para manter sua credibilidade, passa a fortalecer sua ferramenta punitiva, prendendo em massa para satisfazer os anseios punitivistas de parcela barulhenta da sociedade. O Poder Judiciário, ao encarcerar motivado a dar resposta célere à sociedade, por vezes assim o faz de forma velada ou até mesmo inconsciente. Em outras, entretanto, tal prática

33. MULLER, Jean-Marie, op. cit., 1995, p. 41.
34. WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi, op. cit., 2015, p. 55.
35. ALMEIDA, Alberto Carlos. *A cabeça do brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 135.
36. RIBEIRO, Antônio de Pádua, op. cit., p. 302.

ocorre de forma manifesta e é de fácil percepção. Analisando ordens de habeas corpus concedidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, percebe-se que é comum a decretação de prisão preventiva com o intuito de dar uma resposta célere à sociedade, mesmo quando não preenchidos os requisitos legais.

Exemplificativamente, pode-se citar a prisão preventiva decretada no dia 07.11.2014 pelo juízo da Quarta Vara Criminal da Comarca de Canoas – RS, onde o magistrado assim o fez "como forma de resposta à sociedade que não suporta mais a banalidade da violência e a permanência em liberdade de criminosos de qualquer espécie" e ante a necessidade de demonstrar aos acusados "que as consequências por seus atos podem e devem ter uma resposta imediata"[37].

Em outro caso, no dia 13.03.2015, o juízo da Vara Judicial da Comarca de São José do Ouro – RS decretou a prisão preventiva de Réu acusado de tentativa de homicídio qualificado, deixando claro que tal decisão apresentou "certo vínculo com a premente necessidade de dar uma resposta à sociedade, já tão desiludida com a Justiça e seus tortuosos caminhos, que muitas vezes levam a um cenário cada vez mais recorrente de impunidade[38]."

Pode-se citar, também, a decisão do juízo da Vara Criminal da Comarca de Sapiranga que, no dia 04.11.2016, decretou a prisão preventiva de Réu acusado de tráfico de drogas por entender "necessária medida mais grave, a fim de dar uma pronta resposta à sociedade e evitar que novos fatos criminosos sejam cometidos"[39].

Não se busca um levantamento exaustivo de casos em que houve a segregação cautelar como forma de dar resposta célere à sociedade, até porque tal tarefa não seria possível, mas sim de apontar a relação existente entre as decisões judiciais segregatórias e a demora na prestação jurisdicional. Observa-se, nos julgados acima relacionados, a existência de tal vínculo, ressaltando-se que muitas vezes tais situações não chegam ao conhecimento dos tribunais ou, ainda, contam com sua complacência, o que resulta no encarceramento em massa.

37. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS. Ação Penal n. 008/2.14.0015352-5. Disponível em: [http://www.tjrs.jus.br/]. Acesso em: 23.03.2017.

38. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS. Ação Penal n. 127/2.15.0000353-2. Disponível em: [http://www.tjrs.jus.br/]. Acesso em: 23.03.2017.

39. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS. Ação Penal n. 132/2.16.0004216-9. Disponível em: [http://www.tjrs.jus.br/]. Acesso em: 23.03.2017

Dados do sistema prisional referentes a junho de 2014 apontam que a população prisional no Brasil é de 607.731 presos, sendo que existem 376.669 vagas, representando um déficit de 231.062 vagas e uma taxa de ocupação de 161%, o que demonstra a grave situação do sistema penitenciário brasileiro[40].

Do total de presos, 41% não foram condenados, o que corresponde a 250.213 indivíduos[41]. Significa dizer que quase metade da população carcerária do Brasil foi presa sem ter qualquer condenação transitada em julgado. Trata-se de claro sinal da tentativa do Estado de dar resposta rápida à sociedade e saciar o desejo de vingança. O Estado não faz sua parte, pois não dá uma resposta ao conflito no momento em que não consegue julgar o indivíduo, mas, mesmo assim, efetua sua prisão como forma de responder aos anseios sociais. A consequência de tal fato é que direitos fundamentais dos indivíduos encarcerados são violados, como constata a Anistia Internacional:

> Superlotação extrema, condições degradantes, tortura e violência continuaram sendo problemas endêmicos nas prisões brasileiras. Nos últimos anos, vários casos relativos às condições prisionais foram encaminhados à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e à Corte Interamericana de Direitos Humanos, enquanto a situação nos presídios continuava preocupante[42].

Soma-se à tendência ao pré-julgamento a alta seletividade própria do Estado punitivo e o resultado será uma classe social vulnerável, à qual o Estado não responde com políticas públicas de inclusão, mas sim através do Estado punitivo para dar satisfação aos interesses defendidos pela mídia. A mídia instaura o pânico junto à sociedade e propaga que a única forma de garantir a segurança é por meio da punição aos indivíduos, os quais devem ser retirados do convívio social. Não se divulga, todavia, que mais de 36% das prisões efetuadas se deram em razão de crimes contra o patrimônio, excluindo aqueles com resultado morte, e cerca de 18% em razão de crimes contra a vida:

> Viável concluir, pois, que a formação do imaginário social sobre crime, criminalidade e punição se estabelece a partir de imagens publicitárias, sendo os problemas derivados da questão criminal, não raras vezes, superdimensionados. A hipervalorização de fatos episódicos e excepcionais como regra

40. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). *Levantamento nacional de informações penitenciárias INDOPEN:* junho de 2014. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 11.

41. Op. cit., p. 20.

42. ANISTIA INTERNACIONAL, op. cit., 2015, p. 74.

> e a distorção ou incompreensão de importantes variáveis pelos agentes formadores da opinião pública, notadamente os meios de comunicação de massa, densificam a vontade de punir que caracteriza o punitivismo contemporâneo[43].

A pretensão punitiva por parte da população, fortemente influenciada pela mídia, reflete no modo de agir dos Poderes Públicos, ocasionando uma grande elevação no número de presos nos últimos anos sem que isso signifique o aumento no número de crimes. Comparando o número de crimes violentos e os números do encarceramento, percebe-se a ausência de relação entre ambos:

> Os fenômenos são, definitivamente, distintos e operam igualmente a partir de lógicas autônomas. O interessante de se notar, contudo, é que o discurso do incremento da violência, que legitima as campanhas para o aumento do número de encarcerados, não encontra fundamento empírico[44].

Juntamente com o fortalecimento do Estado punitivo, há um pré-julgamento dos indivíduos apontados como culpados, buscando-se, após, a ratificação judicial. Os indivíduos são inicialmente presos e posteriormente julgados. A pena imposta, por sua vez, na grande maioria das vezes é desproporcional, pois muitos indivíduos são presos por cometer crimes contra o patrimônio e a resposta dada pelo Estado é encarcerá-los em um ambiente insalubre, onde direitos humanos são violados sistematicamente. Há, portanto, desproporcionalidade entre delito e pena.

Esse Estado penal, todavia, não atinge a todos, uma vez que o mesmo é altamente seletivo, fruto dos seus processos de criminalização. A autoridade policial e a autoridade judiciária não têm condições de identificar todos os crimes cometidos e seus autores, de tal modo que acabam por selecionar aqueles indivíduos que serão responsabilizados[45]. O crescimento do encarceramento é realizado através de um modelo causal bem apresentado por Wacquant:

> O núcleo do modelo causal passa do econômico ao social para a política penal da seguinte forma: (i) a desregulamentação econômica gera insegurança social ao pé das classes e escadas espaciais, (ii) para empurrar o

43. CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 14.

44. CARVALHO, Salo de, op. cit., 2010, p. 46.

45. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal:* parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 8.

> precário trabalho assalariado para as frações não qualificadas da classe trabalhadora, o Estado reduz a proteção do bem-estar, o que só intensifica instabilidades e distúrbios urbanos, reais e percebidos, (iii) para conter essas desordens, bem como para encurtar o déficit de legitimidade que sofrem devido ao retrocesso das funções de proteção do Estado, elites governamentais implementam o Estado penal. Este implemento é altamente seletivo pela classe e local: é treinado nos bairros de exclusão urbana que tanto incubam e incorporam as perturbações da idade no material e registros morais, o que implica seletividade étnica na medida em que estas áreas são segregadas em sua origem[46].

Grande parte dessa seleção é efetuada com o auxílio da mídia, a qual aponta à opinião pública quem são os criminosos, apresentando os culpados que devem ser retirados da sociedade para que seja restabelecida a ordem. A partir desses fatos, surge o perfil do preso brasileiro: 67% são negros e 68% não têm sequer o ensino fundamental completo[47]. Para punir tais indivíduos, princípios jurídicos consagrados são menosprezados, pois o que se busca é a resposta célere do Estado à sociedade (e à mídia):

> Um dos mais destacados desses equívocos, hoje, consistiria em menosprezar certos princípios jurídicos que claramente transcendem a ocasião histórica na qual foram produzidos. Assim, por exemplo, os princípios da reserva legal, da culpabilidade pessoal, da ampla defesa, do juiz natural, da instrução contraditória, da certeza objetiva como pressuposto da condenação etc. Reduzi-los a meras construções do direito burguês, para negá-los ou para tolerar modos oblíquos de sua violação, é um equívoco monstruoso, pelo qual se paga o mais caro dos preços. Tais princípios em verdade integram um acervo inalienável de direitos humanos fundamentais, sobre os quais as garras do Leviatã punitivo não podem estender-se. Isso não é idealismo ou universalismo a-histórico; a conquista desses princípios se fez *na* história e *como* história, e de nenhuma outra se poderia dizer, com mais propriedade, ter sido escrita com sangue[48] (grifo do original).

Quanto à ênfase que se tem dado ao papel da mídia, ainda que reconheça sua contribuição na revelação de grandes escândalos, é imprescindível resguardar

46. WACQUANT, Loïc. *A penalidade neoliberal em ação:* uma resposta aos meus críticos. Sistema Penal & Violência (online), v. 05, n. 02, 2013, p. 269.

47. DEPEN, op. cit.

48. BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos:* violência, justice, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 112.

o papel jurisdicional do Estado, de modo que não é possível a substituição do palco judiciário pelo palco midiático, movimento que costuma acontecer em casos de grande exposição.

A mídia não é neutra, mas esconde a seleção que faz dos fatos que pretende mostrar. O que a mídia mostra, todavia, orienta a seleção efetuada pelo Estado Penal. Neste cenário, fica fácil apontar quem são os mais vulneráveis à seletividade criminal:

> 7. (a) El poder punitivo criminaliza seleccionando, por regla general, a las personas que encuadran en los estereotipos criminales y que por ello son vulnerables, por ser sólo capaces de obras ilícitas toscas y por asumirlas como roles demandados según los valores negativos –o contravalores– asociados al estereotipo (*criminalización conforme a estereotipo*). (b) Con mucha menor frecuencia criminaliza a las personas que, sin encuadrar en el estereotipo, hayan actuado con bruteza tan singular o patológica que se han vuelto vulnerables (autores de homicidios intrafamiliares, de robos neuróticos, etc.) (*criminalización por comportamiento grotesco o trágico*). (c) Muy excepcionalmente, criminaliza a alguien que, hallándose en una posición que lo hace prácticamente invulnerable al poder punitivo, lleva la peor parte en una pugna de poder hegemónico y sufre por ello uma caída em la vulnerabilidad (*criminalización por retiro de cobertura*)[49] (grifo do original).

Fica claro, a partir de tais apontamentos, que o fortalecimento do punitivismo estatal, como forma de ganhar credibilidade junto à sociedade, não tem se mostrado um meio adequado para superar a crise da prestação jurisdicional. Esse modelo de atuação estatal produz e reproduz vítimas, não domestica a violência e viola direitos humanos de uma população à qual estes foram, e continuam sendo, negados, em flagrante atentado ao Estado Democrático de Direito. Essas minorias, por sua vez, não são assistidas pelo Estado Social, através de políticas públicas que emancipem o cidadão. Quando o Estado aparece é através do Estado Penal, encarcerando como forma de criar um sentimento de relativa segurança aos demais indivíduos proprietários.

5. Considerações finais

Como visto, a política estatal de encarcerar em massa surge como resposta à crise na prestação jurisdicional. Essa resposta é direcionada às elites e representa uma tentativa de criar um ambiente de sensação de segurança, uma vez

49. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, op. cit., p. 11.

que o Estado proibiu a autotutela e apoderou-se da violência legítima. A necessidade de criar a sensação de segurança surge, em grande medida, em razão do apelo midiático, o qual escancara e superdimensiona a violência para alavancar a audiência e atender a interesses hegemônicos, fomentando o pânico social e exigindo respostas imediatas dos agentes estatais.

A consequência é a estereotipização de indivíduos situados nas classes vulneráveis em um sistema penal altamente seletivo e a criação do perfil do criminoso brasileiro: negro, pobre e sem escolaridade, em contraposição ao "homem de bem": branco, rico e estudioso. O que se vê, então, são sujeitos vulnerabilizados tendo seus direitos mais básicos sistematicamente violados pela estrutura social e econômica posta, e que quando tem contato com o Estado é por meio de sua pior face: o Estado penal violador de direitos humanos.

O encarceramento em massa, por sua vez, não tem qualquer relação direta com o número de crimes, tratando-se mais de uma política de exclusão social do que de pacificação. Nesse cenário, surge a urgente necessidade de repensar a política de solução de conflitos e concentrar esforços em políticas públicas de inclusão social que alcancem os cidadãos vulneráveis a fim de lhes dar uma vida digna.

6. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Alberto Carlos. *A cabeça do brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe 2014/15*: O estado dos direitos humanos no mundo. 2015. Disponível em: [https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/02/Informe-2014-2015-O-Estado-dos-Direitos-Humanos-no-Mundo.pdf]. Acesso em: 08.12.2015.

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos*: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS. Ação Penal n. 008/2.14.0015352-5. Disponível em: [http://www.tjrs.jus.br/]. Acesso em: 23.03.2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS. Ação Penal n. 127/2.15.0000353-2. Disponível em: [http://www.tjrs.jus.br/]. Acesso em: 23.03.2017.

BRASIL .Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS. Ação Penal n. 132/2.16.0004216-9. Disponível em: [http://www.tjrs.jus.br/]. Acesso em: 23.03.2017.

CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em números 2015:* ano-base 2014. Brasília: CNJ, 2015.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). *Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN*: junho de 2014. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Trad. Eduardo Jardim Morais e Roberto Cabral de Melo Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2002.

GALLARDO, Helio. *Teoría crítica*: matriz y posibilidad de derechos humanos. Murcia: David Sanchez Rubio, 2008.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar*: ensaio sobre o ritual judiciário. Trad. Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

HOBBES, Thomas. *Leviatã*: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

LUCAS, Doglas Cesar. *A jurisdição entre crises e desafios*. Direito em Debate, Ijuí- RS, v. 1, n.21, 2004, p. 9-43.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MULLER, Jean-Marie. *O princípio da não-violência*. Percurso filosófico. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RESTA, Eligio. *Tempo e processo*. Trad. Fabiana Marion Spengler. Santa Cruz do Sul – RS: Essere nel Mondo, 2014.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. *O Judiciário como poder político no século XXI*. Estudos Avançados (online), vol.14, n.38, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SÁNCHEZ, Jordi. El Estado de Bienestar. In: BADIA, Míquel C. (ed.) *Manual de ciencia política*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A globalização e as ciências sociais*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2014.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação*: por uma outra estratégia no tratamento de conflitos. Ijuí. Unijuí, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *O acesso à justiça como "direito humano básico" e a crise da jurisdição no Brasil*. Scientia Iuris (UEL), v. 15, 2011.

SPENGLER, Fabiana Marion; MORAIS, José Luis Bolzan de. *O conflito, o monopólio estatal do seu tratamento e a construção de uma resposta consensuada*: a "jurisconstrução". Seqüência (Florianópolis), v. 55, 2007.

VASCONCELOS BARBOSA, M.G.; FRANCK JUNIOR, W. *Do escudo de Aquiles à capa do Batman*: o heroísmo togado e seus riscos à democracia. Sistema Penal & Violência (online), v. 05, n. 02, 2013.

WACQUANT, Loïc. *A penalidade neoliberal em ação*: uma resposta aos meus críticos. Sistema Penal & Violência (online), v. 05, n. 02, 2013.

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. *A fábrica midiática de inimigos e o risco à democracia*: uma análise do papel dos grandes meios de comunicação na elaboração e adoção de leis penais casuísticas no Brasil. Sistema Penal & Violência (online), v. 07, 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico:* fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal:* parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A responsabilidade do judiciário brasileiro no encarceramento em massa juvenil: um estudo de caso do HC 346.380-SP, STJ, de Flora Sartorelli Venâncio de Souza e Hamilton Gonçalves Ferraz – *RBCCrim* 129/257-284 (DTR\2017\383);
- Continuidade autoritária: as bases para o grande encarceramento, de Ricardo C. de Carvalho Rodrigues – *RBCCrim* 129/349-373 (DTR\2017\386);
- Editorial dossiê "encarceramento em massa": do conceito à prática – um enfrentamento criminológico da política criminal a partir da realidade marginal, de *Érica* Babini L. do Amaral Machado – *RBCCrim* 129/17-38 (DTR\2017\392);
- Futuro pretérito da prisão e a razão cínica do grande encarceramento: três momentos de emergência de discursos, expectativas e experiências acumuladas em torno do conceito de prisão, de Hugo Leonardo Rodrigues Santos – *RBCCrim* 131/145-185 (DTR\2017\907); e
- O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no Brasil, de Carolina Costa Ferreira – *RBCCrim* 129/137-180 (DTR\2017\380).

Esquerda punitiva e criminologia crítica: um diálogo possível?

Punitive left and critical criminology: is it possible a dialogue?

Mariana David German

Mestranda em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (2014). Graduada pelo Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba (2012). Advogada criminal.
marianadgerman@gmail.com

Victor Sugamosto Romfeld

Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC (2014-2015). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR (2009-2013). Assessor no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.
victorromfeld@gmail.com

Recebido em: 21.10.2016
Aprovado em: 26.11.2016
Última versão dos autores: 11.12.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo tem como questão central avaliar as possibilidades de diálogo entre a criminologia crítica e os movimentos sociais. Para tanto, pretende revisitar o conceito de esquerda punitiva a partir dos textos de Maria Lúcia Karam, apresentando os seus desdobramentos nos debates criminológicos para compreender os méritos e as dificuldades na utilização do referido conceito. Reconhecendo a necessidade de ampliação do horizonte teórico da criminologia crítica, destaca a urgência de diálogo entre esta vertente e os movimentos sociais, na tentativa de sintetizar uma criminologia atenta à intersecção entre as desigualdades estruturais das sociedades contemporâneas.

Palavras-chave: Criminologia crítica – Esquerda punitiva – Sistema penal – Controle social.

Abstract: The present article aims to evaluate the possibilities of dialogue between critic criminology and social movements. To achieve this objective, it intends to revisit the punitive left concept from the texts produced by Maria Lúcia Karam, presenting its repercussions on criminological debate, as well as analyzing merits and difficulties related to the mentioned concept. Recognizing the necessity of enlarging the theoretical horizons of critic criminology, the article points the urgency on synthesizing an intersectional perspective.

Keywords: Critical criminology – Punitive left – Criminal system – Social control.

Sumário: 1. Introdução. 2. Denunciando as contradições: o que é a esquerda punitiva?. 3. Desdobramentos e repercussões na criminologia crítica. 3.1. Defensores do pensamento de Karam. 3.2. Críticos do pensamento de Karam. 4. Controle social formal e informal: "quem é o sistema penal?". 5. Quem é a esquerda punitiva?. 6. Esquerda punitiva e criminologia crítica. 6.1. Necessidade de ampliação do horizonte teórico da criminologia crítica. 6.2. Existem possibilidades de diálogo?. 7. Considerações finais: afinal, o que queremos?. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A criminologia crítica, enquanto campo do saber relativamente recente nas ciências criminais, foi e tem sido responsável por denunciar os pressupostos e orientações ideológicas da criminologia etiológica, a qual está centrada na investigação das causas da criminalidade e do criminoso. Essa corrente do pensamento criminológico esteve ligada a setores políticos conservadores, justamente por encararem a criminalidade como um dado ontológico, inerente a determinados indivíduos.

Ao revés, diversos autores da criminologia crítica demonstraram em seus estudos que a questão criminal se trata de uma realidade socialmente construída. Nesse sentido, a criminalidade seria um *status* distribuído na sociedade de forma desigual, considerando o caráter seletivo do sistema penal como um todo.

Apesar desta vertente ser mencionada no singular, pode-se afirmar que, após o seu surgimento na década de 1970, esta se ramificou em diversas tendências, que se assemelham mais no que criticam do que em suas propostas (ANITUA, 2008, p. 657), como o minimalismo penal, o realismo de esquerda, a criminologia radical, o abolicionismo ou mesmo a criminologia feminista.

Se entre essas vertentes existe consenso quanto às críticas formuladas à criminologia positivista, o mesmo não pode ser dito a respeito do uso do direito penal nas seguintes esferas: criminalidade dourada, violência de gênero, crimes ambientais e informáticos, racismo, LGBTfobia, entre outras.

Há uma tensão constante nas criminologias críticas, tendo em vista as divergências que este tema ensejou, qual seja, o uso simbólico do direito penal. Isso ficou evidente na academia criminológica brasileira especialmente após a publicação do artigo A esquerda punitiva de Maria Lúcia Karam, publicado em 1996 na *Revista Discursos Sediciosos*, do Instituto Carioca de Criminologia (ICC). Na ocasião, a criminóloga expôs a problemática, alertando para o caráter cada vez mais repressivo por parte das "esquerdas", que acabaria por legitimar e reforçar os discursos conversadores acerca da criminalidade.

German, Mariana David; Romfeld, Victor Sugamosto. Esquerda punitiva e criminologia crítica: um diálogo possível?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 134. ano 25. p. 411-435. São Paulo: Ed. RT, ago. 2017.

A partir dessa breve imersão, percebe-se que o objeto de estudo deste artigo – a questão da *esquerda punitiva* – é marcado por polêmicas. Por isso, na primeira parte serão apresentadas as reflexões de Karam em linhas gerais, assim como os desdobramentos da temática entre penalistas e criminólogos críticos. Por fim, será realizada uma crítica desse embate, com o intuito de aproximação e diálogo entre academia e movimentos sociais.

2. Denunciando as contradições: o que é a esquerda punitiva?

Segundo Karam, a esquerda passou a se interessar pela repressão da criminalidade em meados da década de 1970, tendo em vista as condutas tradicionalmente imunes à intervenção do sistema penal, o que fez com que se distanciasse das linhas teóricas abolicionistas e minimalistas (KARAM, 1996, p. 79). Sendo assim, vários setores da esquerda aderiram ao ideal do "bom magistrado", que supostamente condenaria com rigor indivíduos oriundos das classes dominantes, no que tange à criminalidade de colarinho branco, atendendo a uma demanda popular por combate à corrupção (KARAM, 1996, p. 80).

Ao pleitearem punição, nesses termos, a jurista defende que grupos progressistas estariam se aproximando da direita neoliberal, olvidando que a pena privativa de liberdade é, na sua essência, manifestação de poder do Estado capitalista, e, assim, prioritariamente direcionado às classes subalternas.

Seguindo esta lógica, a responsabilização penal de membros de classes sociais dominantes somente ocorreria em casos excepcionais, nos quais a vulnerabilidade decorreria de conflitos internos entre grupos hegemônicos (KARAM, 1996, p. 81). Dessa forma, a persistência no clamor contra a impunidade ofuscaria a busca por outras soluções mais eficazes para além da seara penal, gerando um impasse incômodo: luta-se por transformações sociais, mas acaba-se por aderir a mecanismos que garantem interesses e valores dominantes (KARAM, 1996, p. 82-83).

Nesse primeiro texto, Maria Lúcia Karam sustenta a necessidade de rompimento com a ideologia da repressão, tese que encontra uma série de obstáculos diante do crescimento de um medo coletivo e difuso. Assim, surge um contexto favorável à intensificação do controle social, ampliando-se, por conseguinte, o poder punitivo do Estado (KARAM, 1996, p. 90-91). Em suas conclusões, defende que a esquerda alinhada com o punitivismo contraria as próprias utopias e ideais igualitários que historicamente a acompanharam, na contramão da garantia da liberdade individual e do direito à diferença (KARAM, 1996, p. 92).

A criminóloga abolicionista não estacionou nesse raciocínio, estendendo-o, dez anos depois (2006), à violência de gênero, em artigo publicado no *Boletim*

do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Em apertada síntese, entende que o enfrentamento da violência contra as mulheres não pode se dar de forma limitada, recorrendo ao sistema penal, como acreditam determinados grupos sociais que festejam o rigor penal trazido pela Lei 11.340/2006, conhecida por Lei Maria da Penha (KARAM, 2006).

De acordo com o posicionamento adotado pela jurista, os movimentos sociais, especialmente o feminista, seriam responsáveis pela desmedida expansão do poder punitivo, com a consequente supressão de direitos e garantias fundamentais, como o afastamento da aplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/1995) nos casos de violência doméstica (KARAM, 2006).

A autora também alerta para o fato da suposta "superproteção" das mulheres, empreendida pela Lei Maria da Penha (LMP), que, mesmo com esse escopo, tem o potencial de discriminá-las ainda mais, como na hipótese do art. 16, retirando a possibilidade de tomarem decisões por si próprias (KARAM, 2006).

Por essas razões, a criminóloga sustenta que é preciso buscar instrumentos mais eficazes e menos nocivos do que o sistema penal, pois este não cumpre os seus objetivos declarados (proteção de bens jurídicos, prevenção de condutas danosas e solução de conflitos), produzindo violências e injustiças decorrentes de seu viés violento, estigmatizante e seletivo.

Passados praticamente vinte anos de suas ideias iniciais, Maria Lúcia Karam manifestou-se através de um terceiro artigo, publicado no endereço eletrônico da Editora Empório do Direito, decorrente do lamentável episódio de estupro coletivo no Rio de Janeiro, que teve projeção nacional.

A interpretação de Karam sobre os fatos é bastante peculiar: estes teriam sido instrumentalizados para

> (…) servir como uma suposta demonstração de uma construída "cultura do estupro" que se faria presente no Brasil, não obstante a evidência de que o estupro é objeto de intenso repúdio pela imensa maioria da população brasileira, a ponto de acusados e condenados por tal conduta, quando presos, não poderem, em regra, ficar no "convívio" com os demais presos, sendo mantidos, ainda em regra, no chamado "seguro" como forma de garantir sua integridade física. Ao pretenderem confundir resquícios da ideologia patriarcal, que ainda se revelam com lamentável frequência em atitudes machistas, com uma suposta "cultura do estupro", movimentos feministas e muitos homens, talvez necessitados de expiar uma culpa ancestral, formularam um discurso manipulador, em perfeita tradução do "dialeto penal" (KARAM, 2016).

Para a autora, o discurso *manipulador* da cultura do estupro criaria um clima artificialmente emocional, alimentando a expansão do poder punitivo.

Além disso, tal discurso não seria a forma mais adequada de tratar a questão, pois se trataria de resquício da ideologia patriarcal.

Nesse complexo processo de divulgação da notícia, mesmo doutrinadores tidos como *garantistas* teriam esquecido lições elementares de Direito, como o fato de que não há nenhuma verdade antes e no curso de um processo penal, seara na qual a palavra do ofendido é sempre questionável, levando-se em consideração a presunção de inocência do acusado. Desse modo, a situação narrada e sua repercussão serviriam para fortalecer clamores por punições mais rigorosas, estimulando, ainda, desejos de vingança (KARAM, 2016).

Na mesma oportunidade, a criminóloga resgata o conturbado contexto político brasileiro, constatando igualmente a presença da lógica típica de *esquerda punitiva*, segundo a qual existiria uma atuação pautada em "dois pesos e duas medidas", ou seja, o silêncio de políticos garantistas quando seus adversários são alvos de escutas e gravações ilegais, delações premiadas, ao arrepio da Constituição Federal (KARAM, 2016). Isso caracterizaria um tratamento diferenciado para "amigos" e outro distinto para os "inimigos", consistente na afirmação de direitos para uns, e negação para outros, atingindo até setores que se apresentam como abolicionistas.

Dos textos produzidos por Karam nesses três momentos depreende-se que, primeiramente, a autora faz críticas de cunho mais amplo, direcionadas aos setores de esquerda em geral e às suas pautas pelas "novas criminalizações". Depois, valeu-se das mesmas bases teóricas para analisar as reivindicações feministas relativas à violência de gênero. Ao final, seu último escrito sobre o tema resgatou a ideia de esquerda punitiva, aplicando-a aos acontecimentos nacionais de destaque, como o caso de estupro coletivo e a crise política.

Uma vez elencados os principais textos de Karam nesta temática, importante abordar como a questão da *esquerda punitiva* reverberou nos debates da criminologia crítica.

3. Desdobramentos e repercussões na criminologia crítica

O conceito de *esquerda punitiva*, como exposto por Maria Lúcia Karam, insere-se num âmbito que abarca uma série de "criminalizações", desde a criminalidade política do "alto escalão", passando pela tutela do meio ambiente e pela questão das discriminações decorrentes de preconceito, sejam eles de gênero, étnico-raciais ou orientação sexual.

Entretanto, pode-se afirmar que a pauta atualmente mais debatida pelos penalistas e criminólogos críticos têm sido a violência de gênero, especialmente

no que tange à Lei Maria da Penha, e a recente tipificação do feminicídio no Código Penal brasileiro.

Há, de um lado, uma quantidade expressiva de autores que endossam os pensamentos de Karam, os quais reprovam a estratégia de utilizar o sistema penal para combater condutas enraizadas em práticas estruturais, como o machismo, o racismo e a LGBTfobia. De outro, alguns teóricos críticos, aparentemente minoritários, apesar de reconhecerem o seu caráter seletivo, entendem que é possível recorrer ao direito penal em determinadas circunstâncias, a depender da tática elaborada pelo movimento social respectivo.

Necessário, então, mapear como os juristas das ciências criminais se situam nesta discussão específica, expondo, de início, aqueles que seguem a linha adotada por Karam.

3.1. Defensores do pensamento de Karam

Fala-se, recentemente, numa "nova esquerda punitiva", que teria como demandas prioritárias a criminalização da homofobia e do feminicídio, marcada por uma "obsessão punitiva" incompatível com as conquistas dos direitos das minorias, inviabilizando soluções alternativas localizadas no controle social informal, por meio da educação e da socialização dos indivíduos (BAZO, 2016).

Além disso, adverte-se para o fato de que as mulheres sempre foram alvo de uma repressão penal descontrolada e, paradoxalmente, estariam investindo no mesmo aparato que as estigmatizava, repudiando não exatamente o direito penal, mas o modo como estava sendo utilizado (AMARAL; PILAU, 2015, p. 150). Com esta linha argumentativa, os criminólogos críticos não insinuam a desnecessidade de proteção da mulher e enfrentamento da violência de gênero, mas esclarecem que o poder punitivo não seria o meio adequado para tais medidas, sendo mais coerente a criação de condições materiais, econômicas, sociais e políticas para efetivação dos direitos fundamentais negados à população feminina (Idem, p. 151).

Essas discussões, permeadas tanto pela criminologia crítica como pelo feminismo, repercutiram para o âmbito da Lei Maria da Penha. Para Nilo Batista, trata-se de uma lei que tem como principal característica político-criminal exprimir uma demanda por sofrimento penal físico, depositando todas as esperanças no poder punitivo para o tratamento da violência doméstica (BATISTA, 2007, p. xvi e xix).

Na mesma sintonia dos autores até então mencionados, Batista aduz que a Lei Maria da Penha contribui tanto para a expansão do poder punitivo como para o processo de grande encarceramento que está em curso (nacional e

internacionalmente), sendo previsível que agressores negros e pobres tenham muito mais chances de ser presos do que agressores brancos e de classe média (BATISTA, 2007, p. xxi).

Isabella Miranda faz denúncias semelhantes, discorrendo sobre a elevação das penas privativas de liberdade na Lei 11.340/2006, a qual recairia numa neocriminalização, convertendo problemas sociais (igualdade de gênero) em problemas penais (crimes), corroborando com um discurso punitivo-retribucionista e legitimando a irracionalidade do sistema penal (MIRANDA, 2016, p. 86). Nos termos colocados pela autora, a concretização de pautas feministas deve abandonar a lógica punitiva, apostando em outros ramos do Direito (constitucional, civil, trabalhista), no sentido da positividade de direitos (MIRANDA, 2016, p. 112).

Encerrando o rol de criminólogos críticos da Lei Maria da Penha e do uso do direito penal pela esquerda, Marília Montenegro diz que a lei em destaque confere um tratamento diferenciado para a mesma situação: quando a mulher é vítima de uma agressão doméstica e familiar, aplica-se a Lei 11.340/2006, e quando o homem é vítima da referida agressão, aplica-se um direito penal mais "brando", ou seja, aquele da Lei 9.099/1995, que rege o funcionamento dos Juizados Especiais Criminais (MONTENEGRO, 2015, p. 29).

Outra ressalva de Montenegro seria de que a lei afronta a impessoalidade, exigindo que todas as mulheres sejam percebidas como *Maria da Penha*, vítimas de seus algozes, desejosas a todo custo de uma medida punitiva, situação excepcional diante da maioria dos casos, nos quais a mulher quer somente o fim das agressões (MONTENEGRO, 2015, p. 109-110).

3.2. Críticos do pensamento de Karam

A divisão inserida no presente artigo pode ter dado a impressão de que o debate situa-se numa dicotomia facilmente explicável: "defensores x críticos" das pautas típicas de *esquerda punitiva*. Contudo, os autores citados neste tópico apenas fazem *ressalvas* ao pensamento de Karam, o que não significa que discordem *completamente* dele.

Nesse sentido, Ricardo Timm de Souza elogia o primeiro escrito de Karam, dizendo que precisa ser retomado e revivido, repensando alguns de seus pontos a partir das circunstâncias materiais em que vivemos, para que os autores não se limitem à sua mera repetição (SOUZA, 2012, p. 3-4).

O autor questiona qual função tem desempenhado os posicionamentos contrários à "esquerda punitiva", trazendo uma conclusão surpreendente: o

discurso abolicionista tem sido instrumentalizado para nivelar as desigualdades típicas da hierarquia social brasileira, ocultando as relações reais de poder a partir de uma visão jurídico-liberal (SOUZA, 2012, p. 4).[1] Significa dizer que, não raro, os abolicionistas costumam analisar as pautas das criminalizações (da corrupção, da violência de gênero, da LGBTfobia, do racismo e da poluição contra o meio ambiente) como se tivessem o mesmo significado e os mesmos efeitos do que a agenda dos movimentos conservadores de "lei e ordem".

Trata-se de um dos poucos juristas críticos que não recepciona os pensamentos de Karam *na sua integralidade*, colocando dúvidas importantes em relação a este pensamento, que não mereceria ser descartado, mas reinterpretado em sintonia com a complexidade e os meandros do sistema penal.

Buscando compreender esta problemática, Soraia da Rosa Mendes aduz que o grande desafio consiste em encontrar uma resposta que não seja legitimadora do poder punitivo, e que, simultaneamente, não represente um déficit de proteção do qual as mulheres historicamente são vítimas (MENDES, 2014, p. 177).

Nesse contexto, penalistas e criminólogos críticos que se posicionam dessa forma são minoritários, sendo rotulados imediatamente como "punitivistas" quando apresentam qualquer tipo de discordância às críticas de Karam. Seguindo esta linha de raciocínio, os juristas seriam classificados de forma bastante artificial em dois extremos: ou como abolicionistas (negando em toda e qualquer hipótese a intervenção do sistema penal em questões sociais) ou como punitivistas (grupos que reivindicam, em maior ou menor intensidade, a atuação do referido sistema, ainda que abarque um espectro político-ideológico consideravelmente heterogêneo).

Nesse emaranhado de posições conflitantes, Salo de Carvalho e Carmen Hein de Campos rejeitam o suposto caráter repressivo da Lei Maria da Penha, alegando que o número de prisões efetivamente realizadas em decorrência da

1. Nas palavras do próprio autor: "Comparar o negro da favela que sofre operações de extermínio chanceladas socialmente e alvo de apologias cinematográficas com a punição de empresários que enriquecem à custa da corrupção e apodrecimento das instituições políticas, coronéis que promovem a matança de índios e desterrados em territórios cuja lei é o revólver do pistoleiro, empreiteiros que dizimam favelas com incêndios intencionais em aliança com o olhar seletivo do poder punitivo e assim por diante é simplesmente chancelar as hierarquias sociais brasileiras, deixando-se levar ingenuamente por um discurso que – repleto de boas intenções (ou de boas recompensas) – acaba servindo de pretexto teórico para algo que se explica por outros meios" (SOUZA, 2012, p. 4).

lei afasta as afirmações corriqueiras de que estaria contribuindo para o encarceramento em massa (CAMPOS; CARVALHO, p. 150).[2]

Em harmonia com essa perspectiva, existem criminólogos que defendem a possibilidade de conciliação da Lei Maria da Penha com os princípios estratégicos da criminologia crítica apresentados por Baratta, desde que a lei não seja distorcida por clamores punitivistas com o consequente aumento das penas privativas de liberdade (ROMFELD, 2016, p. 401). Esta compatibilidade depende de um processo de intenso diálogo entre a criminologia crítica e o feminismo, que sintetize numa criminologia crítica feminista e interseccional (ROMFELD, 2015-a, p. 225-227).

4. Controle social formal e informal: "quem é o sistema penal?"[3]

A questão criminal geralmente é pensada desde o binômio crime-pena. A partir da programação normativa feita pelo legislador penal (criminalização primária), as demais agências do sistema penal orientam a sua atuação visando a reprimir a prática de condutas delitivas através da imposição de uma pena (criminalização secundária).

Contudo, como já revelou a criminologia crítica, os processos de criminalização, tanto no plano abstrato quanto no concreto, são menos "técnicos" e mais complexos do que isso e o horizonte de projeção do sistema penal não se restringe à programação normativa (ZAFFARONI; BASTISTA, 2011), incidindo sobre praticamente todas as áreas da vida, inclusive fora do contexto criminal. Como aponta Alessandro Baratta:

> O cárcere representa, em suma, a ponta do *iceberg* que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social etc. O cárcere representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminosa (BARATTA, 2011, p. 167).

2. Pesquisa recente chegou às mesmas conclusões, a partir da análise dos dados contidos nos Relatórios do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), a respeito da população carcerária brasileira, em especial quanto ao crime de violência doméstica (ROMFELD, 2015-b).

3. Indagação feita por Vera Regina Pereira de Andrade no artigo Da criminologia crítica à criminologia feminista: a violência sexual, a mulher e feminino no controle penal, publicado no livro *Criminologia e feminismo*, organizado por Carmen Hein de Campos, e utilizado como um dos marcos teóricos deste ensaio.

Foram os teóricos do *labeling approch* que, percebendo que o crime não é um dado ontológico, mas um processo complexo de interação social, romperam com o paradigma etiológico da criminologia tradicional, alterando o objeto da criminologia para os processos de criminalização, em oposição ao criminoso individualmente considerado. Nesse momento é que a criminologia passou a estudar as instâncias de controle social (BÚDO, 2013, p. 37-39).

Dessa leitura decorre que nenhuma conduta é naturalmente desviante, sendo que a criminalidade é uma construção social. A identificação de uma conduta como "criminosa" depende primeiro de uma reação social que enseje sua tipificação abstrata como crime e, posteriormente, da reação social diante de sua materialização. Nem todas as condutas socialmente danosas são definidas como delito e nem todas as condutas delitivas serão criminalizadas. Logo, as agências oficiais do sistema penal não são alheias à reação social diante da questão criminal, operando através das lógicas de seletividade e imunização.

O *labeling approach* produziu uma verdadeira ruptura paradigmática com a criminologia etiológica, sendo irreversível em seus resultados; contudo, seu enfoque microssociológico e liberal era ainda bastante limitado. A partir daí desenvolveram-se as teorias críticas que passaram a analisar a questão criminal com uma visão macroestrutural, desvelando, assim, as conexões entre processos de criminalização e relações políticas e econômicas, sendo fundada uma teoria materialista do desvio. Dessa forma, foi possível analisar o funcionamento e a funcionalidade do sistema penal em uma sociedade marcada pelo conflito e pela desigualdade social. Como aponta Baratta, o sistema criminal "reflete a realidade social e concorre para sua reprodução" (BARATTA, 1999, p. 42).

Nesse sentido, considerando que a aplicação concreta de uma pena como resposta estatal ao delito representa uma parcela ínfima do exercício de poder do sistema penal, cabe a reflexão sobre sua extensão e formação. Vera Andrade (ANDRADE, 2012, p. 132-133) coloca a questão de uma forma muito interessante e fértil: "*quem* é o sistema penal?". Destaca a autora que se trata efetivamente de um "*sujeito* monumental em abrangência e poder".

Do ponto de vista normativo ou institucional, o sistema penal é formado por agências formais de controle social (Legislativo, Executivo e Judiciário). Nesse aspecto, o sistema penal é o *outro*. Contudo, como nota a autora, o *outro* "não está só"! Ao seu lado, dentro de um mecanismo global de controle social, atuando de forma articulada e harmônica, encontram-se vários mecanismos de controle social informal (família, escola, religião, mídia, moral, mercado de trabalho etc.). Assim, agências formais e informais atuam conjuntamente nos processos de controle e criminalização, sendo que ambos se reproduzem e se

retroalimentam mutuamente. Nesse aspecto, o sistema penal *somos todos nós*! (ANDRADE, 2012, p. 133).

A "dimensão ideológica" do sistema de controle penal, representada pelos saberes oficiais das ciências criminais e pelo senso comum punitivo, é descrita por Andrade como a dimensão mais invisível e ao mesmo tempo expressiva do controle social, levando à conclusão de que "o sistema somos, informalmente, todos nós: em cada sujeito se desenha e opera, desde a infância, um microssistema de controle e um microssistema criminal (simbólico)" (ANDRADE, 2012, p. 134).

No âmbito dos mecanismos informais, como já destacou Lola Aniyar, as ciências humanas e sociais, com especial destaque para a criminologia, podem exercer um importante trabalho ideologizante (ANIYAR DE CASTRO, 2005, p. 67). A denúncia da criminóloga venezuelana evoca imediatamente os delírios da criminologia etiológica, que ainda são bradados em muitos espaços, institucionais ou não. Daí também cabe pensar no vácuo que muitas vezes é deixado pelos setores da crítica criminológica e qual a sua parcela de responsabilidade pelo avanço dos discursos punitivistas, tema que será abordado mais adiante.

Nesse contexto, os discursos oficiais legitimadores do sistema penal, longe de portarem a neutralidade científica que imaginam possuir, são ideologicamente construídos a partir dos interesses dominantes, influenciando na construção do senso comum punitivo e sendo por ele construído. Assim, discurso oficial e clamor popular se complementam.

A partir dessa percepção ampliada dos mecanismos de controle social, conclui-se que as pessoas não são individualmente punitivistas, mas são socialmente instadas a pensar dessa forma, assim como são construídas de acordo com as demais questões que marcam a nossa sociedade. Os indivíduos são formados numa sociedade que é, estruturalmente, racista, patriarcal, homofóbica, transfóbica, meritocrática e punitivista. Assim, ser racista, machista, homofóbico, transfóbico e punitivista, em geral, é muito mais uma reprodução acrítica de determinadas condutas diante das interações sociais do que uma manifestação de esforço pessoal.

Nesse aspecto, a questão criminal é especialmente sensível, pois o direito penal, ao se apresentar como o guardião da sociedade, aquele que só interfere nos casos mais extremos de lesões mais graves aos bens jurídicos mais relevantes, em nome da preservação da ordem, conta com um enorme poder para distinguir o normal do intolerável. Além disso, o direito penal também se estabelece como única instância adequada para lidar com a "situação problema", sendo, consequentemente, a pena a única resposta possível para "resolvê-la".

O exercício do poder de definição de crimes é politicamente orientado pelos interesses de quem detém o controle dos parlamentos. Na precisa colocação de Lola Aniyar: "Sabe-se que a criminalização começa pelas formulações legais (vertente 'legal' da criminologia), o que se faz basicamente segundo o pertencimento de classe. O chamado princípio da legalidade ou da reserva fará a distribuição dos ilegalismos, colocando uns em leis penais e outros em leis administrativas, civis ou mercantis, basicamente orientado no sentido da proteção da ordem burguesa inaugurada pela revolução francesa" (ANIYAR DE CASTRO, 2005, p. 48).

A forma como o sistema penal lida com a criminalidade – que ele mesmo constrói – é também bastante relevante e elucidativa de seu papel dentro de uma sociedade capitalista: diante do Direito, o crime é um problema individual que demanda uma solução igualmente individual (pena).

Dessa forma, o Direito Penal não trata o delito a partir de seu contexto histórico e político, mas como um problema meramente individual. Esse mecanismo de individualização permite a despolitização dos conflitos e o ocultamento de questões estruturais que, em última instância, os condicionam e influenciam. Assim, ao mesmo tempo que o conflito não é resolvido, pois a punição individual não pode solucionar questões sociais, e os fatores que o condicionaram continuam a existir, a pena se apresenta como um fator altamente criminógeno, contribuindo para a reprodução e o aumento da criminalidade.

Todavia, não se pode negar que a criminalização possui um forte efeito simbólico, na medida em que confere àquele que sofre algum tipo de violência o *status* de vítima, promovendo o reconhecimento jurídico de sua situação, bem como canaliza suas justificáveis pulsões de vingança. Assim se retroalimenta o mito de que criminalizar é resolver situações conflituosas (ZAFFARONI; BATISTA, p. 53-54).

O efeito simbólico da criminalização cria no público uma momentânea sensação de reconhecimento e proteção por parte do Estado, mas não tem o poder de efetivamente proteger bens jurídicos ou prevenir a criminalidade. De modo contrário, tal sistema possui o efeito latente de aumentar o controle penal e legitimar mais demandas de aumento da repressão penal.

5. Quem é a esquerda punitiva?

O termo *esquerda punitiva* pode englobar uma ampla gama de setores sociais que lutam por alguma pauta progressista não hegemônica e que, em alguma medida, apostam na repressão penal para proteção e efetivação de seus direitos:

> Na história recente, o primeiro momento de interesse da esquerda pela repressão à criminalidade é marcado por reivindicações de extensão da reação punitiva a condutas tradicionalmente imunes à intervenção do sistema penal, surgindo fundamentalmente com a atuação de movimentos populares, portadores de aspirações de grupos sociais específicos, como os movimentos feministas, que, notadamente a partir dos anos 70, incluíram em suas plataformas de luta a busca de punições exemplares para autores de atos violentos contra mulheres, febre repressora que logo se estendendo aos movimentos ecológicos, igualmente reivindicantes da intervenção do sistema penal no combate aos atentados ao meio ambiente, acaba por atingir os mais amplos setores da esquerda (KARAM, 1996. p. 79).

Primeiramente, cumpre destacar que as questões acima elencadas – às quais podemos adicionar as questões étnico-raciais e LGBT –, apesar de serem historicamente defendidas por setores da esquerda, também podem fazer parte da agenda de setores liberais e até mesmo conservadores, ou, inclusive, movimentos que não se consideram vinculados a outros projetos políticos para além de sua pauta específica.

Considera-se neste artigo, para fins argumentativos, que a autora está se referindo apenas aos movimentos que, de alguma forma, entendem-se como politicamente de esquerda e que, apesar de perceberem minimamente que as opressões que sofrem estão relacionadas a questões sociais estruturais, apostam em um projeto punitivo como instrumento de transformação social. Note-se, ainda, que o campo das "esquerdas" é também bastante vasto, podendo englobar desde projetos reformistas até projetos revolucionários.

Necessário observar o quão amplo esse rol pode ser (mera exemplificação sem pretensão de exaustividade): i) trabalhadores organizados na luta anticapitalista que entendem que o Estado é um instrumento de dominação de classe, mas apostam na pena para a repressão dos delitos patrimoniais dos quais constantemente são vítimas; ii) militantes do movimento LGBT que entendem que suas pautas não estão desvinculadas da luta de classes, mas acreditam que a criminalização da homofobia ajudará na prevenção dos crimes de ódio que os vitimizam e no reconhecimento de seus direitos; iii) aqueles que acreditam que o direito penal pode ser instrumentalizado na luta contra os poderosos, sendo um meio idôneo de combate à corrupção; iv) aqueles esperançosos de que o direito penal possa conter o genocídio da população indígena; v) ou, ainda, aqueles que pensam que a violência policial, que extermina a população negra, é fruto da impunidade.

Enfim, inúmeros são os exemplos de setores da esquerda, em especial de minorias mais vulneráveis aos processos de vitimização, que apostam no Direito Penal como um instrumento de proteção e garantia de seus direitos.

Importante destacar que dentro desses setores existem várias correntes distintas, não sendo possível falar em *um* movimento de mulheres ou *um* movimento LGBT, mas em vários, que, apesar de defenderem a mesma bandeira, podem ter projetos bastante diversos entre si.

Como observa Salo de Carvalho, a maioria desses movimentos sociais opera em uma dinâmica dupla: *política*, enquanto movimento de luta na defesa de determinada demanda, e *teórica*, com inserção acadêmica, que busca a formulação de sistemas de interpretação sobre os processos de exclusão e violência (CARVALHO, 2012, p. 191).

Falar genericamente de grupos tão heterogêneos é bastante difícil. Cada um deles e suas respectivas demandas devem ser analisados de forma autônoma, em sua complexidade. Por isso, deve-se restringir a análise a um ponto comum, qual seja, o *diálogo* travado com *eles* (campo teórico e político).

As demandas desses movimentos não se limitam à repressão penal de determinadas condutas, mas, em geral, possuem uma vasta agenda política na luta por igualdade e direitos civis, sendo a pauta criminalizadora secundária em relação a outras demandas. Contudo, nota-se que muitas vezes a questão da criminalização acaba centralizando o debate. Grande exemplo disso é a discussão sobre a Lei Maria da Penha no âmbito da criminologia crítica, que muitas vezes acaba reduzida aos seus dispositivos penais.

Porém, e por mais que isso gere antipatia dos movimentos, Karam foi certeira em uma de suas observações: o direito penal não é, nem pode ser, um instrumento de emancipação política de minorias nem de efetivação de direitos fundamentais.

Salvo em casos particulares de eficácia, o direito penal não cumpre – nem pretende cumprir – suas promessas. A criminalização abstrata de condutas, por mais severa que seja a pena culminada, não inibe a sua prática, visto que o fenômeno da violência é multifatorial e complexo. Por fim, a aplicação concreta da pena só ocorre depois que o bem jurídico foi violado. Então, além de atuar de forma reativa, a pena se mostra como uma resposta individual que não soluciona definitivamente o conflito, mas o suspende, tornando invisíveis as circunstâncias que o condicionaram.

Superadas as ilusões de proteção de bens jurídicos e prevenção da criminalidade, sobra o efeito simbólico dos processos de criminalização, cuja eficácia prática e valor tático são bastante questionáveis.

> Inebriados pela reação punitiva, estes setores da esquerda parecem estranhamente próximos dos arautos neoliberais apregoadores do fim da história, não conseguindo perceber que, sendo a pena, em essência, pura e simples manifestação de poder – e, no que nos diz respeito, poder de classe do Estado

> capitalista –, é necessária e prioritariamente dirigida aos excluídos, aos desprovidos deste poder. Parecendo ter se esquecido das contradições e da divisão da sociedade em classes, não conseguem perceber que, sob o capitalismo, a seleção de que são objeto os autores de condutas conflituosas ou socialmente negativas, definidas como crimes (para que, sendo presos, processados ou condenados, desempenhem o papel de criminosos), naturalmente, terá que obedecer à regra básica de uma tal formação social – a desigualdade na distribuição de bens. Tratando-se de um atributo negativo, o *status* de criminoso necessariamente deve recair de forma preferencial sobre os membros das classes subalternizadas, da mesma forma que os bens e atributos positivos são preferencialmente distribuídos entre os membros das classes dominantes, servindo o excepcional sacrifício, representado pela imposição de pena a um ou outro membro das classes dominantes (ou a algum condenado enriquecido e, assim, supostamente poderoso), tão somente para legitimar o sistema penal e melhor ocultar seu papel de instrumento de manutenção e reprodução dos mecanismos de dominação (KARAM, 1996, p. 81).

Nesse aspecto estamos de acordo com a autora e não podemos deixar de prestar uma justa homenagem a esse texto tão importante para a criminologia brasileira, a crítica à *esquerda punitiva* deve ser feita. Por outro lado, imperativo observar a forma como a expressão vem sendo utilizada e algumas problemáticas daí decorrentes.

6. Esquerda punitiva e criminologia crítica

Os debates acima elencados sobre a *esquerda punitiva* concentram-se no âmbito acadêmico, mais especificamente circulam entre os setores críticos da criminologia. Sua projeção para além da academia criminológica é bastante limitada e problemática: em geral, o termo *esquerda punitiva* é utilizado quase como um xingamento, uma etiqueta fixada em determinados movimentos (teóricos e políticos) que só serve para desqualificá-los e extinguir a possibilidade de qualquer debate sério.

Tal conclusão não parte da falta de fundamentação teórica da crítica. A produção nesse campo tem sido considerável: muitos artigos sendo escritos, muitos tópicos sendo debatidos em eventos de criminologia, em sala de aula, nos cursos de pós-graduação. Mas o problema reside exatamente aí: o lugar onde esse debate acontece e quem participa dele.

Generalizações são sempre arriscadas, mas, em geral, pode-se perceber que não há um diálogo consolidado entre criminologia crítica e estudos relacionados às minorias, bem como não há um diálogo diretamente travado entre criminologia crítica e movimentos sociais. Ou seja, são dois pontos de aproximação

distintos, mas não necessariamente desconectados: dialogar com outros movimentos teóricos e com os movimentos sociais, que de alguma forma atuam politicamente no combate às opressões e na consolidação de direitos. Considerando as limitações do presente ensaio, as reflexões serão feitas a partir dos movimentos relacionados a gênero e sexualidade.

6.1. Necessidade de ampliação do horizonte teórico da criminologia crítica

No campo da criminologia crítica brasileira, as desigualdades econômicas que se expressam nos processos de criminalização são ricamente debatidas e estudadas, endossando as conclusões de que o sistema penal é eminentemente um instrumento de controle da pobreza, atuando como reprodutor das relações sociais desiguais.

Seguindo essa linha, a intersecção entre questão racial e questão criminal realizada no âmbito da crítica criminológica trouxe importantes contribuições para a compreensão do sistema penal, mostrando que desigualdade econômica e racismo se cruzam na construção da seletividade penal (do genocídio da população jovem negra à sobrerrepresentação do negro na população carcerária), expressando de forma institucional o racismo estrutural.[4]

Ou seja, o sistema penal é um reprodutor e, simultaneamente, produtor das relações opressivas que permeiam a realidade social. Logo, assim como a questão de classe e a questão racial, outras formas de opressão também são por ele reproduzidas, especialmente nos processos de vitimização.

Dessa forma, analisar a expressão desses fenômenos dentro da questão criminal pode fornecer importantes ferramentas para a compreensão da ordem social e de seus mecanismos de manutenção, bem como contribuir para a elaboração de políticas criminais alternativas.

Nesse aspecto, a criminologia feminista obteve bastante êxito em demonstrar que o sistema penal, além de classista e racista, também é machista na medida em que se orienta por estruturas patriarcais e androcêntricas (ANDRADE, 2012).

Contudo, como ressalta Vera Andrade, especificamente sobre a temática de gênero, no Brasil há um *déficit* de produção de criminologia crítica feminista, bem como há um *déficit* de diálogo entre militância feminista e teorias críticas

4. Nesse sentido, imprescindíveis as conclusões do estudo de Ana Flauzina: "A partir de uma apropriação latino-americana da criminologia crítica, observamos que a forma de movimentação do sistema penal brasileiro, fundamentada na violência e na produção de mortes, tem o racismo como variável central" (FLAUZINA, 2008, p. 168).

do direito, em especial a criminologia crítica. As consequências desse quadro se expressam no campo da política criminal, pois "inexiste clareza a respeito da existência e especificidade de uma política criminal feminista no Brasil, que tem se exteriorizado, na prática, com um perfil reativo e voluntarista, como mecanismo de defesa a uma violência historicamente detectada" (ANDRADE, 1999, p. 111). Não se ignora o fato de que a edição da Lei Maria da Penha possa ter alterado um pouco esse cenário, mas é certo que ainda não há uma política criminal que dê conta da questão da violência de gênero.

Considerando as descobertas do feminismo sobre sistema penal e patriarcado, Baratta alertava para a necessidade de uma criminologia crítica e feminista, visto que não era mais possível examinar a questão criminal sem considerar as variáveis de gênero (BARATTA, 1999, p. 43).

Assim, analisar os processos de criminalização ignorando aspectos como classe, raça, gênero e diversidade sexual mostra-se cada vez mais inviável, visto que o sistema penal não é alheio às questões sociais, orientando-se por elas.

Como destaca Salo de Carvalho, investigar os problemas específicos de grupos marginalizados, entendendo como suas condições pessoais específicas os tornam mais vulneráveis diante de processos de criminalização e vitimização, não significa o abandono da análise da violência institucional. Ao contrário, fornece elementos para a compreensão de como as vulnerabilidades são convertidas em novas formas de violência (CARVALHO, 2012b, p. 160-161).

Por isso, interessa não somente estudar determinado grupo enquanto criminalizado, mas também enquanto sujeitos de processos de vitimização. Muitas vezes, a centralidade que os processos de criminalização têm na criminologia crítica acaba por ocultar a vitimização e até negar a vítima e os danos do crime. Ao mesmo tempo que se acusa o direito e o processo penal de excluírem a vítima, os estudos criminológicos também acabam se omitindo nesse aspecto. A vitimização é parte integrante do funcionamento do sistema penal, sendo que sua análise pode ser bastante útil na compreensão do próprio sistema.

As demandas criminalizadoras de alguns movimentos sociais podem também abrir caminho para uma análise muito interessante: partindo do pressuposto de que a sociedade é punitivista, o que a ausência de tipificação de determinadas condutas significa? Se a criminalização é uma forma de controle, será que a sua ausência também não o é?

Ao tratar das demandas do movimento feminista, em 1999, Baratta chamou a atenção para a questão:

> (…) na sua relação de residualidade face à esfera privada, o sistema da justiça criminal deve ser estudado, sobretudo, nos seus *não-conteúdos*, ou seja, na

> sua seletividade negativa. Em outras palavras, naquilo que *não criminaliza*, seja não prevendo (ou fazendo de maneira limitada) na lei penal, certos comportamentos, seja com a não aplicação sistemática (ou com uma aplicação sistematicamente limitada) da lei a certos comportamentos. No estudo da seletividade negativa do direito penal, ao qual a criminologia feminista dedicou-se até agora com particular atenção, as mulheres, enquanto intérpretes de papéis femininos, não vêm sendo consideradas na qualidade de autoras de crime, mas sim na de vítimas das formas de violência masculina não previstas pelas normas penais, ou previstas, não sob a forma de ofensas a outros valores "objetivos", ou ainda como crimes em larga escala, justificados tanto pelo sistema da justiça penal como pelo senso comum. A seletividade negativa permite, talvez até mais do que a positiva, que se vislumbre a função real do sistema de justiça punitiva para a realidade social. Os processos de imunização constituem a interface negativa dos processos de criminalização. No que tange a esfera pública, os mecanismos de imunização de que gozam os homens de posição econômica e social elevadas viram-se largamente estudados internamente às correntes críticas ou progressistas da criminologia e da sociologia da justiça criminal. No que diz respeito à esfera privada, principalmente a criminologia feminista analisou a imunidade penal de que usufruem todos os homens, independentemente das suas posições soais, enquanto detentores do poder patriarcal (BARATTA, 1999, p. 53-54).

As demandas dos movimentos sociais, inclusive as criminalizadoras, podem fornecer importantes indicadores de como circunstâncias econômicas e ideológicas se cruzam na construção do sistema penal.

> No momento em que as especificidades sobre identidade de gênero e diversidade sexual se cruzam com a realidade do delito e dos processos de criminalização, entendo que a criminologia possui recursos interpretativos sofisticados para contribuir com a compreensão do fenômeno da violência em suas distintas dimensões (simbólica, institucional e interpessoal) e em seus diversos âmbitos de incidência (público, privado, institucional, discursivo). Além disso, em razão de a reflexão teórica e política sobre as violências misóginas e homofóbicas represar demandas (des)criminalizadoras, a criminologia (notadamente a criminologia crítica) dispõe de ferramentas metodológicas capazes de avaliar os ônus e os bônus da criminalização, inclusive como forma de prevenir determinados efeitos perversos ínsitos às políticas criminais, sobretudo as punitivas (CARVALHO, 2012b, p. 164).

Dessa forma, defende-se a necessidade de a criminologia crítica se apropriar dos debates que vêm sendo desenvolvidos em outros ramos do conhecimento e no seio dos movimentos sociais, em especial no que diz respeito à luta de

determinados grupos de excluídos, tanto para investigar como essas contradições se expressam no controle penal, quanto para fornecer ferramentas de análises e participar da construção de políticas criminais alternativas.

6.2. Existem possibilidades de diálogo?

Se no campo teórico o diálogo entre criminologia crítica e estudos de opressões é escasso, é no plano político – encontro entre criminologia e movimentos sociais – que a situação fica realmente conflituosa.

De um lado, minorias que buscam instrumentalizar o direito penal visando a reduzir a sua vulnerabilidade, e de outro, as análises criminológicas que, diante da expansão do direito penal e do encarceramento em massa, apontam para a urgência de uma política criminal despenalizadora e desencarceradora. Nesse cenário se intensificam as denúncias e críticas à *esquerda punitiva*.

Apesar de todas as observações já feitas, o objetivo do presente artigo não é dar uma resposta imediata para o uso estratégico do direito penal na defesa de minorias, mas refletir sobre a utilização do termo *esquerda punitiva*.

O que se pode observar é que o referido termo muitas vezes é utilizado de forma mecanicista, autoritária e preconceituosa, servindo não como um elemento de construção coletiva das lutas sociais, mas como um fator que acirra ainda mais as divergências.

Os setores identificados como *esquerdas punitivas* geralmente se encontram em situação de maior vulnerabilidade social, a qual se reflete em maiores índices de vitimização. A resposta da punição é imediatista e sedutora, no entanto, o que pode ser oferecido como alternativa, diante dela? Em muitos espaços, infelizmente, o que resta é hostilidade e preconceito.

Não por um acaso, muitos movimentos de minorias têm uma certa aversão em relação à criminologia crítica: longe de ser um espaço de acolhimento, empatia e de construção de lutas coletivas, acaba-se propagando exclusão e opressão. Em outras palavras, as demandas empiricamente justificadas das vítimas são ignoradas e/ou desqualificadas como uma pauta típica da *esquerda punitiva*. Situação que, sem dúvida, reflete a falta de permeabilidade que debates de opressões têm nesse ramo do conhecimento, supostamente crítico.

Os teóricos costumam permanecer no conforto do espaço acadêmico somente tecendo críticas, não oferecendo alternativas factíveis àqueles que pertencem a grupos historicamente oprimidos. Como observa Zaffaroni (ZAFFARONI, 2012, p. 19), os criminólogos se isolam em guetos acadêmicos, falando um dialeto próprio, enquanto o discurso midiático brada delírios punitivistas em linguagem popular.

E antes que os autores deste ensaio sejam acusados de agentes infiltrados da *esquerda punitiva*, imperioso esclarecer que trazê-la para o debate não significa endossar suas demandas repressivas, nem ceder aos apelos punitivistas como instrumento de unificação das minorias. Defende-se que a crítica deve ser dialogal e construtiva. E para isso, é necessário assumir alguns pressupostos:

1) as demandas criminalizadoras das *esquerdas punitivas* não são fruto de delírios punitivos, mas possuem uma base material sólida: são setores extremamente vulneráveis diante dos processos de criminalização e vitimização. O delito bem como algumas formas de violência atípicas causam danos reais às suas vítimas diretas e indiretas (ZAFFARONI, 2012, p. 327);

2) a relação entre as opressões sofridas pelas minorias – sejam em razão de gênero, raça, orientação sexual ou vulnerabilidade econômica – e o sistema penal, enquanto instrumento de dominação, não é uma obviedade, mas relação extremamente complexa, que aos poucos vem sendo desvelada pela crítica criminológica e pelas ciências sociais;

3) os estudos produzidos pela criminologia crítica têm pouca permeabilidade fora da academia;

4) em uma sociedade punitivista, esperar que os movimentos sociais abdiquem espontaneamente da pauta criminalizadora significa assumir uma postura romântica e idealista (CARVALHO, 2012, p. 207);

5) a criminalização tem efeitos simbólicos (CARVALHO, 2012, p. 208), e para as minorias, que em geral têm seus direitos negados, ser reconhecida como vítima pelo direito penal é sim uma forma de visibilidade, podendo ser questionada apenas sua viabilidade tática e estratégica;

6) em geral, o objetivo dos movimentos não é a mera criminalização de agressores, mas o fim da violência que sofrem e o reconhecimento de seus direitos.

Essas são algumas constatações que devem ser levedas em conta quando a *esquerda punitiva* é abordada, e, principalmente, quando se pensa em *dialogar* com esses setores. A forma da crítica também importa: enquanto os criminólogos críticos não perceberem isso, continuarão relegados ao isolamento.

7. Considerações finais: afinal, o que queremos?

Ainda que a criminologia crítica abarque uma vasta gama de correntes teóricas, é possível afirmar que todas as suas vertentes se unificam a partir do esforço de desvelamento e de contenção do poder punitivo.

Conclui-se, das reflexões realizadas neste artigo, que os esforços empreendidos na teorização sobre a *esquerda punitiva* têm, em sua origem, um compromisso de limitação e/ou superação do sistema penal, entendido como um mecanismo de manutenção e reprodução das desigualdades, inerentes ao sistema capitalista.

Nesse sentido, como toda teoria de base materialista marxista, os esforços mencionados não se completam em si mesmos, mas objetivam uma intervenção na realidade. Assim, verifica-se que a crítica deste ensaio não é uma "crítica pela crítica", mas tem um propósito específico, alertando para a necessidade de dialogar com os movimentos sociais e, ao mesmo tempo, apontar as armadilhas do punitivismo, contribuindo com o debate no seio dos movimentos, para que isso seja instrumentalizado em intervenções práticas.

Se o objetivo não for esse, cabe a questão: para que(m) serve o conhecimento da criminologia crítica?

A postura, diante de tal indagação, não pode ser outra que não a de diálogo e disputa política, pois:

1) o materialismo filosófico, que embasa a maioria das criminologias críticas, afasta a ilusão de que as transformações ocorrem individualmente, dentro da academia. Sendo assim, é imprescindível articular o discurso nas ruas, aliado à participação dos espaços de organização coletiva;

2) na medida em que o senso comum é punitivo e todos integram os sistemas informais de controle social, a contenção do controle penal passa não apenas a ocupar as instâncias institucionais de poder, mas também pelo convencimento das pessoas, individual e coletivamente consideradas, visto que todas as instâncias formais e informais estão implicadas no processo de criminalização (ANIYAR DE CASTRO, 2005, p. 237).

Dessa forma, entende-se que a conceituação da *esquerda punitiva*, não obstante sua relevância teórica, é extremamente indesejável quando utilizada de forma pejorativa e desqualificadora.

Enquanto os criminólogos se enclausurarem na academia, os discursos punitivistas ocupam o vácuo deixado pelas teorias críticas. É preciso fazer análises sérias sobre a viabilidade estratégica das mais diversas formas de criminalização pautadas por esses movimentos, convocando-os para o debate.

O crescimento seria mútuo, os saberes desenvolvidos no seio da crítica criminológica poderiam auxiliar na construção de alternativas para a solução de conflitos. As necessidades materiais e experiências empíricas dos movimentos, por sua vez, poderiam fazer avançar o debate criminológico.

Nesse sentido, parece interessante apresentar a proposta de Zaffaroni sobre uma *criminologia cautelar* (ZAFFARONI, 2012). A partir da percepção de que o exercício de poder do sistema punitivo configura um massacre a conta-gotas, o autor propõe uma criminologia de cautela e prevenção.

Essa criminologia tem três frentes de atuação que se desdobram em várias ações táticas:

1) monitorar as condições sociais favoráveis à criação midiática de um mundo paranoico e desarmá-las antes que surtam efeito;

2) levar a sério os danos reais dos delitos, a vitimização e suas consequências, produzindo pesquisa de campo a respeito;

3) investigar e propor publicamente meios eficazes de redução dos massacres e da criminalidade.

Nas linhas propostas pelo criminólogo argentino, para a realização desse projeto é necessário que os teóricos críticos da criminologia saiam do conforto da academia, produzam pesquisa de campo, dados capazes de orientar políticas criminais alternativas que tenham o condão de intervir na realidade, prevenindo massacres e reduzindo os índices de criminalidade, e não apenas um conhecimento resignado.

Uma questão interessante levantada pelo autor é que o delito gera danos reais para as vítimas, diretas e indiretas. Não raro, a atenção dos criminólogos (críticos) concentra-se nos processos de criminalização, deixando de lado os danos individuais e coletivos produzidos nos processos de vitimização. Uma forma de contrair o poder punitivo também se dá através da análise macro das situações conflituosas e elaboração de formas coletivas e não criminalizadoras de resolução desses problemas. Se uma das finalidades consiste em desmarcar o sistema penal enquanto instrumento de dominação, devem-se oferecer alternativas viáveis, que possam integrar o cotidiano das pessoas (ZAFFARONI, 2012, p. 328).

Acima de tudo, não se trata de uma tarefa individual, mas algo que requer organização coletiva, por isso deve ser uma *criminologia militante,* que vai disputar espaço com o discurso midiático e com os empresários morais.

O objetivo deste artigo, muito mais do que apresentar críticas e respostas prontas, ou mostrar a correção/incorreção de determinados posicionamentos, é tentar sinalizar outras frentes deste debate, estimulando a reflexão sobre este tópico tão turbulento e conflituoso. Caso contrário, corre-se o risco de assumir uma postura sectária, perdendo-se de vista as premissas que sustentam a própria criminologia crítica.

Deve haver transversalidade nas lutas dos excluídos. As violências estruturais das sociedades contemporâneas – desde a desigualdade socioeconômica até a heteronormatividade – não são fenômenos isolados, mas atuam dinâmica e harmonicamente no controle social. Por isso, a necessidade de diálogo, mediações e, quando possível, intersecção dessas lutas.

8. Referências bibliográficas

AMARAL, Augusto Jobim do; PILAU, Lucas Batista. Feminismos e esquerda punitiva: por uma criminologia de libertação do poder punitivo. *Panóptica*, v. 10, n. 2, p. 146-157, jul.-dez. 2015.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. In: BARATTA, Alessandro; Streck, Lênio Luiz; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANITUA, Gabriel Inácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. Só Carolina não viu – Violência doméstica e políticas criminais no Brasil. In: MELLO, Adriana Ramos de (Org.). *Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BAZO, Andressa Loli. A nova esquerda punitiva. *Revista Liberdades*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), n. 22, maio-ago. 2016. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_indice/27-Revista-no-22-Maio-Agosto-de-2016]. Acesso em: 25.09.2016.

BUDÓ, Marília De Nardin. *Mídia e controle social*. Da construção da criminalidade dos movimentos sociais à reprodução da violência estrutural. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Coord.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Salo de. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a Criminologia *Queer*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 99, ano 20, p. 187-211, nov.-dez. 2012.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão*: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, v. 1, n. 1, p. 79-92, jan.-jun. 1996.

KARAM, Maria Lúcia. Ainda sobre a esquerda punitiva. *Empório do Direito* (artigo publicado em 02.06.2016). Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/esquerda-punitiva-maria-lucia-karam]. Acesso em: 24.09.2016.

KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. *Boletim do IBCCrim*, ano 14, n. 168, nov. 2006.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista*: novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Isabella. *Em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher?* Uma análise das políticas criminais de violência doméstica sob a perspectiva da criminologia crítica e feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha*: uma análise criminológico-crítica. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ROMFELD, Victor Sugamosto. As raízes do patriarcado: contribuições teóricas sobre a violência contra as mulheres no Brasil. *Captura Críptica: direito, política, atualidade* (Revista Discente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina). Florianópolis, v. 4, n. 2, p. 215-229, jan.-dez. 2015-a.

ROMFELD, Victor Sugamosto. Criminologia crítica e Lei Maria da Penha: uma relação inconciliável? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 120, ano 24, p. 379-408, maio-jun. 2016.

ROMFELD, Victor Sugamosto. *Lei Maria da Penha*: uma lei de ódio aos homens? Monografia de Especialização em Direito Penal e Criminologia. Curitiba: Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC), 2015-b.

SOUZA, Ricardo Timm de. Em defesa da esquerda punitiva. *Rastros,* n. 1, Desterro: Cultura e Barbárie, out. 2012, p. 3-4. Disponível em: [http://culturaebarbarie.org/rastros/n1.html]. Acesso em: 25.09.2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo *et al*. *Direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. I.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La cuestión criminal*. Buenos Aires: Planeta, 2012.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais, de Salo de Carvalho – *RBCCrim* 104/279-303 (DTR\2013\9088);
- Da crítica à solução: a criminologia e as *community boards* como alternativas ao sistema penal, de Bruno Seligman de Menezes, Mateus Rech Graciano dos Santos e Vanessa Cerezer de Medeiros – *RBCCrim* 132/219-246 (DTR\2017\1430); e
- Formação do sistema penal no Brasil: perspectivas criminológicas a partir da crítica à modernidade, de Evandro Piza Duarte – *RBCCrim* 130/203-235 (DTR\2017\659).

Encontros no cárcere "ontem" e "hoje": histórico da visitação ao sistema prisional do Rio de Janeiro

Conjugal visits in prison "yesterday" and "today": history of the visitation in Rio de Janeiro's prison system

Thais Lemos Duarte

Doutora em Ciências Sociais. Membro do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura.
thais-duarte@hotmail.com

Recebido em: 20.10.2016
Aprovado em: 26.11.2016
Última versão autor: 01.12.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: A proposta deste artigo é discutir o sistema de visitação desenvolvido nas prisões do Rio de Janeiro, sendo realizada uma espécie de retrospectiva sobre as visitas íntimas e as comuns, bem como uma análise sobre como tais encontros são realizados atualmente no estado. Em outras palavras, pretende-se estudar se ocorreram mudanças em relação ao modo como as visitas são realizadas nas unidades prisionais. Para tanto, para além de análise documental e legislativa, foram realizadas entrevistas com familiares de presos, ex-presos e funcionários, na ativa e aposentados, do sistema penitenciário do Rio de Janeiro. De acordo com as análises realizadas, ocorreu um recrudescimento no sistema de visitação estadual ao longo dos anos. Ou seja, a administração penitenciária começou a elaborar regras bastante rígidas para a entrada de familiares nas prisões, afetando a manutenção de relações afetivas no cárcere.

Palavras-chave: Sistema penitenciário – Visitas comuns – Visitas íntimas – Relações conjugais – Família.

Abstract: The purpose of this article is to discuss the conjugal relationship developed in Rio de Janeiro's prisons, being held a retrospective about conjugal visits and family members visits, as well as an analysis of how these visits are currently held in state prisons. In another words, my focus is to study if transformations have been held about the manner that the visits are conducted in the penitentiary system. Therefore, I done a documental and legal analysis, as well as I done interview with relatives prisoners, ex-prisoners, professional, retired and currently active, of Rio de Janeiro' penitentiary system. According to my analysis, there was a recrudescence in the visitation system over the years. The penitentiary administration began to create strict rules to entrance of people in the prison, affecting the maintenance of affective relationship between prisoners and their families.

Keywords: Penitentiary system – Conjugal visits – Relatives visits – Family – Marital relationship.

Sumário: 1. Introdução. 2. Aspectos metodológicos. 3. Características do sistema penal. 4. Visitas no sistema penitenciário: "ontem". 5. Visitas no sistema penitenciário: "hoje". 5.1. Credenciamento das famílias. 5.2. Procedimentos de revistas nos visitantes. 5.3. Dinâmica de visitação. 5.4. Regras nos dias de visita. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. Introdução

Este[1] artigo pretende discutir o sistema de visitação desenvolvido nas prisões do Rio de Janeiro. Com isso, será realizada uma análise sobre como as visitas íntimas e as comuns[2] eram realizadas anos atrás, bem como sobre como esses encontros são realizados atualmente no estado.

Para tanto, o texto se encontra dividido em três seções centrais: a primeira diz respeito a uma espécie de conceituação do sistema penal; já a segunda e a terceira seções se referem, respectivamente, às visitas no sistema penitenciário "ontem" e "hoje". De fato, não há a intenção em se criar uma divisão fechada entre dois períodos distintos, como se um não tivesse qualquer relação com o outro. Apenas busca-se contrastar como eram realizadas as visitas no sistema penitenciário estadual décadas atrás e como os encontros familiares no cárcere são feitos atualmente.

2. Aspectos metodológicos

Os dados utilizados neste artigo foram coletados no âmbito de uma pesquisa de doutorado[3]. Inicialmente, foi realizado um levantamento de artigos, relatórios, legislações nacionais e internacionais, assim como qualquer material bibliográfico sobre o meu tema de pesquisa. Em seguida, foi efetivamente iniciado o trabalho de campo.

No total, foram realizadas 41 entrevistas, sendo 16 com funcionários da administração penitenciária do Rio de Janeiro (assistentes sociais em atividade e aposentados, agentes penitenciários, psicólogos e uma pessoa que teve cargo

1. Este artigo reflete opiniões pessoais e não as do órgão a que está filiado a autora.
2. As visitas comuns são os encontros realizados entre os presos e seus familiares ocorridos geralmente nos pátios das unidades prisionais. As visitas íntimas são os encontros sexuais entre os presos e seus companheiros ou cônjuges em espaços reservados das prisões. Ambos os tipos de visitação estão previstos em lei e regulamentados pela legislação prisional estadual.
3. Pesquisa realizada com a bolsa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

Duarte, Thais Lemos. Encontros no cárcere "ontem" e "hoje": histórico da visitação ao sistema prisional do Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 134. ano 25. p. 437-477. São Paulo: Ed. RT, ago. 2017.

de direção na administração penitenciária); 18 com pessoas que já cumpriram pena de restrição de liberdade (duas mulheres e 16 homens); seis companheiras de presos[4].

Não foi possível entrevistar as pessoas presas nas unidades prisionais, pois a Secretaria Estadual de Administração Penitenciária (SEAP-RJ) não autorizou a realização da pesquisa nelas. Com isso, optou-se por acionar pessoas cumprindo liberdade condicional, bem como egressos do sistema penitenciário através de ONGs e outras organizações voltadas a esse público de pessoas. Nesta etapa da pesquisa lançou-se mão do método "bola de neve", de maneira que um contato indicou outro que, por sua vez, orientou a conversar com uma terceira pessoa.

Estratégias idênticas foram utilizadas para acionar funcionários da administração penitenciária. Isto é, entrou-se em contato com órgãos do poder público e da sociedade civil, relacionados à questão carcerária. Foram entrevistados não só profissionais na ativa, mas também os que já tinham se desligado da SEAP há algum tempo. Como o objetivo era realizar uma reconstrução histórica das visitas às unidades prisionais do Rio de Janeiro, foi importante levantar narrativas sobre como a visitação se desenvolvia ao longo das décadas passadas no sistema penitenciário estadual.

Adicionalmente, foram adotadas duas estratégias para contatar as mulheres de presos: a primeira através de organizações voltadas à assistência a egressos e que acabavam exercendo alguma atividade direcionada às famílias dos presos; a segunda através do contato com as famílias no portão central do Complexo de Gericinó. Esse Complexo prisional é composto por vários tipos de unidades prisionais, de modo que foi possível contatar um perfil diferenciado de familiares.

3. Características do sistema penal

Em meados da década de 1950, a Europa passou por uma progressiva aparição do Estado de bem-estar social, fortalecendo a perspectiva de combate à criminalidade a partir, sobretudo, da "ressocialização" (BOZZA, 2013). A ideia

4. Em geral, são as mulheres quem fazem as visitas aos homens privados de liberdade, existindo uma forte clivagem de gênero no que se refere à visitação no sistema penitenciário. Adicionalmente, o universo prisional masculino é muito superior ao feminino. Tendo isso em vista tais questões e, a fim de garantir maior fluidez do texto, os(as) companheiros(as) dos presos(as) serão identificados(as) como pessoas pertencentes ao sexo feminino, enquanto os presos como pessoas do sexo masculino.

central era de que o Estado falhou em sua atuação com o indivíduo antes do encarceramento e, por isso, a instituição prisional visaria reabilitá-lo e transformá-lo, tornando apto ao convívio social. Assim, o preso deveria estudar, bem como aprender ou aperfeiçoar uma profissão durante a privação de liberdade. Ainda, o cárcere deveria possuir boas condições infraestruturais e garantir auxílio médico, psicológico, jurídico e religioso.

Em um momento posterior, se distanciando destes preceitos, as políticas penais executadas em boa parte das sociedades ocidentais a partir da década de 1980 apontaram para uma perspectiva fundamentalmente punitiva. Em um plano normativo ainda pesa o debate sobre a "ressocialização" do criminoso. Mas, na prática, encarcera-se com o intuito primordial de castigar certa pessoa, de modo que ela não é mais vista como uma responsabilidade social, conforme ocorria no momento anterior.

A perspectiva predominante atual é de que a pessoa se tornou uma "criminosa" por questões estritamente vinculadas a sua trajetória individual. O foco deixa de ser o delinquente e suas necessidades pessoais e passa a ser a vítima. Surge com força esta figura, de modo que sua voz precisa ser ouvida, sua memória honrada, sua raiva expressada e seus medos enfrentados (GARLAND, 2008). A ideia principal é a de que a vítima "poderia ser você", se tornando uma espécie de metonímia social que expressa a vida real. E, neste contexto, priorizar o criminoso é se posicionar contra a vítima, desrespeitando as experiências relacionadas ao crime e as suas consequências.

As taxas de criminalidade passam a ser analisadas como um fato social normal, já que se encontram inseridas na consciência moderna e se transformam em algo que requer uma avaliação e monitoramento sistemáticos (GARLAND, 2008). Com um engajamento ativo da população nesta questão, passa a ser visualizado sob uma perspectiva emocional, permeada pelo medo e pela insegurança. Simultaneamente a este processo, é criada uma aura de fascínio em torno do delito. Como exemplo, surgem a cada dia novas séries de televisão e jogos eletrônicos que simulam a ocorrência de delitos, a apuração e a condenação dos criminosos.

Desse modo, o discurso técnico e especializado é relegado ao segundo plano e, em vista disso, as políticas penais passam a ser conduzidas em muitos momentos por uma pauta popular e populista, com respostas simples e reações diretas, sem grandes problematizações (GODOI, 2011).

Todo esse cenário é alimentado pelas ações da mídia, que lança esse assunto massivamente no cotidiano, fazendo com que as ações públicas destinadas ao combate à criminalidade sejam sempre percebidas como insuficientes e

ineficazes. Uma das saídas encontradas por determinados grupos sociais é o fomento dos mercados de segurança privados que ganham um amplo espaço em um contexto de grande insegurança e em que o crime é visto como "normal".

Dentro de todo este contexto sobressaem políticas como a da "lei e ordem", cuja base ideológica se pauta em ações de intolerância. A justificativa formal é a de que sejam construídas comunidades fortes através do mútuo respeito e do Estado de Direito (MORGAN, 2009). No entanto, há vozes mais críticas que afirmam que esta estratégia se baseia no tripé da defesa social, segurança nacional e direito penal contra o "inimigo", surgindo na década de 1960 como forma de orientação à produção legislativa voltada à guerra contra as drogas nos Estados Unidos (ANITUA, 2008). Suas principais aspirações são a ampliação do espectro punitivo, a imposição de penalidades mais severas, as relativizações de garantias e, sobretudo, o fortalecimento do princípio da pena como solução para os conflitos humanos (MALAGUTI, 2012).

Com a mesma tônica da corrente "lei e ordem", surgem políticas voltadas à criminalização de pequenos delitos, como a "teoria das janelas quebradas" que se fortificou no início da década de 1980 nos Estados Unidos. Esta corrente argumenta que a tolerância e a desordem geram crimes mais sérios, assim como uma janela quebrada dá a impressão de abandono e indiferença, ensejando a depredação de outras janelas. O policiamento de pequenas infrações e de atos de desordem restringiria, pois, a ocorrência de crimes mais sérios (WENDEL & CURTIS, 2002).

Morgan (2009) assinala que os adeptos destes tipos de políticas estão embebidos simultaneamente por uma espécie de populismo, em um senso democrático positivo, bem como por um autoritarismo moral. Nesta perspectiva, os aplicadores das leis poderiam ser considerados "chefes" dos grupos sociais e os cidadãos poderiam ser persuadidos a respeitar as normas com a ação de "*big sticks*" sociais, grandes "porretes". Apesar de serem criadas novas agendas e adaptações dessas políticas, a linguagem da punição se expande continuamente.

Neste contexto, o encarceramento em massa vem sendo aprofundado atualmente no Brasil principalmente através da política contra as drogas. Em um período de quinze anos (1988-2003), a população encarcerada no Brasil cresceu cerca de 410% (ADORNO, 2006). Nesse contexto, diversos órgãos voltados à defesa dos Direitos Humanos relatam com frequência casos de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes contra as pessoas presas, formando o cenário das prisões: celas muito pequenas, superlotação, construções mal conservadas, dependências sem iluminação, parca ventilação, áreas semidestruídas e sujas. Adicionalmente, são rotineiras as ações do Estado empregadas contra os presos em que há uso excessivo da força, sem mencionar

as inúmeras situações em que os órgãos públicos se omitem de suas funções de execução penal ocasionando graves violações de Direitos Humanos (Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, 2015).

Nos últimos 30 anos, aumentou de forma acentuada a atuação de grupos criminosos que agem dentro e fora das prisões. O crescimento das taxas de violência no país é fruto, em grande medida, da emergência e da disseminação do crime organizado, em especial, em torno do tráfico de drogas, fenômeno intensificado nos anos 1980 (ADORNO, 2006). No estado do Rio de Janeiro, os principais grupos criminosos em ação são: Comando Vermelho, Amigo dos Amigos e Terceiro Comando. Em outros estados, se não há ação forte de facções criminosas, os grupos de extermínio ditam as "regras da cadeia".

Segundo alguns estudiosos brasileiros sobre prisão, as ações desses grupos criminosos dentro dos cárceres ocorrem a partir um posicionamento político organizado, os quais produzem identidades e impactam a gestão penitenciária (BIONDI, 2010; MARQUES, 2009). Um dos efeitos disso é a elevação dos níveis de tensão, provocando mortes de presos geradas por conflitos entre eles próprios, bem como em confrontos entre a administração penitenciária e os internos. O cárcere favorece a formação de hábitos inspirados no cinismo, no culto e no respeito à violência ilegal. Deste último, contraditoriamente é transmitido ao preso um modelo não só antagônico como também comprometido com o poder legal (BARATTA, 2002).

Lançando mão de um termo de Sykes (1999), a "sociedade dos cativos" se forma a partir do isolamento da massa carcerária e se estabelece como forma propícia ao desenvolvimento de processos de conversão dos internos a uma perspectiva criminosa (PAIXÃO, 1987). Os códigos e valores da "sociedade dos cativos" devem ser incorporados na identidade de todos os presos. Para Coelho (1987), forma-se um processo de transformação comportamental entre os detentos, que "cria uma segunda prisão". O interno se torna um cativo da "sociedade dos cativos". Os padrões de conduta formulados pelos presos incidem de forma mais direta no cotidiano das prisões do que as determinações da administração penitenciária. Ramalho (1983) aponta que as leis da "massa" elaboradas pelos internos disputam com as leis oficiais. A "massa" implica em um "proceder" que confronta, em muitos momentos, as regras da cadeia com as leis da justiça penal brasileira. Esse "proceder" é composto por normas cujas infrações geram sanções com pesos desiguais a serem aplicadas pelos internos aos outros detentos.

Constrói-se um mundo fechado, o "mundo do crime" e da prisão cujo efeito recai não só sobre os presos como também aos visitantes do sistema prisional. Segundo Scuro (2009), formam-se micro comunidades que se alimentam e se regem em muitos momentos a revelia do "mundo externo ao cárcere". Nesse

sentido, o conjunto de normas prescrito pelos internos significa um processo de "desinstitucionalização da disciplina" (FOUCAULT, 2008). A disciplina é um tipo de poder que abarca todo um "conjunto de instrumentos, técnicas, procedimentos, de níveis de aplicação, de alvos" (FOUCAULT, 2008, p. 177). No momento em que é construído um código de conduta estabelecido pelos presos, desenvolve-se um novo tipo de disciplina, de poder, paralela e, em diversas situações, concorrente com à formalmente regulamentada. O "descontrole" ou "desordem" seriam ocasionados pela emergência de um "controle" ou "ordem" exercido pelos próprios internos, organizados em coletivos que disputam poderes e hierarquias (BATISTA, 2009).

Por outro lado, para ser um "bom preso" o detento deve não só saber vivenciar as regras da "sociedade dos cativos" como também respeitar as normas da administração penitenciária. Baratta (2002) aponta para os processos relativos ao cárcere que transformam simultaneamente o indivíduo em "bom criminoso", que age de acordo com as regras dos presos, e em "bom preso", que respeita as regras da administração carcerária. Isso ocorre através da aceitação das normas formais da instituição, bem como das informais produzidas não só pelos internos, mas também pela administração da unidade. O desafio é o interno – e também os seus familiares – terem certa previsibilidade em relação às ações da administração e da "sociedade dos cativos", para que consiga conduzir suas rotinas na prisão. No entanto, o comportamento desses atores fica pautado por regras intercambiáveis, flexíveis e quase impassíveis de antecipação. Castro e Silva (2011) afirma que não basta uma tipificação legal para que determinado ato seja analisado como indisciplina no contexto prisional. Outros fatores são considerados, como motivações não declaradas, intenções não verbalizadas e o contexto do fato. Há, pois, uma perda de segurança ontológica (GIDDENS, 2002), gerando uma espécie de caos que não se constitui apenas como uma mera desorganização, mas também como certa falta de sentido da realidade das coisas e das pessoas.

O desafio em conjugar a identidade de "bom preso" e "bom criminoso" se transforma em uma fonte de tensão entre os diferentes atores do sistema penitenciário. Para Baratta (2002), as relações dentro do cárcere são pautadas concomitantemente pela hostilidade, desconfiança e por uma submissão sem consentimento. Essa tensão, denominado por Coelho (1987) de "equilíbrio precário das prisões", se refere a uma desconfiança entre os agentes e internos, bem como a uma desconfiança entre os próprios detentos. Talvez por isso Thompson (2004) afirme que o sistema penitenciário, a pena de prisão, suas justificativas, seu manejo, sua ideologia e sua prática se definem como "uma fantástica incongruência".

4. VISITAS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO: "ONTEM"

Em 1933, os juristas Cândido Mendes, Lemos de Brito e Heitor Carrilho produziram um projeto de regulamento penitenciário nacional que vedava expressamente a visita de mulheres nos estabelecimentos prisionais masculinos e vice-versa (BATISTA, 1984). Não eram permitidas nem as visitas comuns, muito menos as íntimas.

Em 1957, foi elaborado um anteprojeto de lei cujo capítulo sobre recompensas relacionadas ao "merecimento do recolhido" não prescreveu explicitamente sobre as visitas íntimas nas unidades prisionais. Apenas mencionou sobre o "recebimento de visitas com vestuário particular" (BATISTA, 1984). Ou seja, abria-se a possibilidade para a realização da visitação, mas não estava especificado de que maneira nem quais tipos de visitas poderiam ser realizados, se íntimas e/ou comuns.

Em 1963, foi lançado um anteprojeto de lei que previa a visita íntima na prisão como algo contraproducente, sob os aspectos moral, fisiológico, psicológico, familiar, disciplinar etc., além de inacessível à mulher ou companheira presa (BATISTA, 1984).

Já no início da década de 1970, como movimento oposto ao momento anterior, foi criado um anteprojeto de lei nacional que prescrevia expressamente a visita íntima no rol de regalias de "concessão gradativa" aos detentos. Em outras palavras, os encontros íntimos deixaram de ser analisados nas leis como "contraproducentes" e passaram a ser percebidos como "necessários" ao preso e ao sistema penitenciário. A família, especificamente, a mulher do preso é trazida à prisão para manter relações com seu companheiro com a justificativa de potencializar a "ressocialização" do interno. A mulher passou a ser percebida, ao menos formalmente, como uma espécie de ponte emocional e doméstica que possibilitaria a transição do preso para o "mundo livre".

No estado do Rio de Janeiro, a visita íntima foi estritamente prevista aos presos do sexo masculino ao final da década de 1960 (ver Art. 166 Lei 1162 de 1968)[5]. O texto da lei menciona explicitamente sobre as visitas íntimas aos presos. Isto é, os detentos fariam os encontros íntimos com suas esposas ou

5. Em 1970 as visitas íntimas eram "fatores gradativos"; no início da década de 1980 as leis as estabeleciam como "concessões"; a partir de 1986 até os dias de hoje as prescrevem como uma "regalia". Apesar das mudanças de nomenclatura, esses diferentes termos apresentam na prática o mesmo significado ao longo dos tempos: a visita íntima apenas pode ser fruída e gozada pelo preso após a sua concessão por parte da autoridade da gestão penitenciária.

companheiras. Nada é mencionado sobre a visita íntima direcionada às presas, denotando uma clivagem de gênero no cárcere.

> O encontro prévio era nos dias de visita, que eram fora desse dia de parlatório[6], que era uma benesse a mais, um benefício a mais que eles tinham. E para ter esse benefício tinha que ter bom comportamento, que era avaliado entre segurança, serviço social e psicologia, é o sistema de saúde que tinha médico, psicólogo, psiquiatra. Eles abriam o processo, ele requeria o parlatório, era assim que chamava a visita intima e aí ele tinha que mostrar que estava no bom comportamento, que não tinha nenhuma punição, nessa parte burocrática. (Funcionário Equipe Técnica A aposentado)[7]

A percepção disciplinar sobre a visita íntima pontuou todos os projetos de lei brasileiros sobre o tema desde as décadas passadas até aos dias atuais. Se antes vista como negativa ao cárcere, a visita íntima se tornou ao final da década de 1960 como um novo instrumento disciplinar, já que ao menos formalmente se constitui como uma espécie de "troca de disciplina por sexo" (BATISTA, 1984; ZEMAS & CAVAS, 1958). Acresce que a visita íntima propicia um sexo embutido de regras, regulamentações e quaisquer outras formas de controle da vida sexual do interno. Pela lei, veda-se qualquer manifestação sexual espontânea por parte dos presos. Permite-se apenas a prática sexual no restrito espaço físico e período estipulado pela administração prisional.

Por outro lado, as visitas comuns, realizadas nos pátios das unidades prisionais, estiveram previstas em lei desde antes da década de 1970 como um direito do preso. O Regulamento Penitenciário do Estado da Guanabara[8] estabelecia como um dos direitos específicos do interno a visita de "seu cônjuge ou companheira e por parentes de até 2º grau, inclusive, em linha reta e de 4º grau, inclusive em linha colateral" (Art. 160 Lei 1162 de 1968)[9]. Desse modo,

6. Locais das unidades prisionais destinados à prática das visitas íntimas.
7. Entende-se como equipe técnica os profissionais dos campos da assistência social e psicologia. Esse grupo será distinguido do pessoal da segurança, composto por agentes penitenciários.
8. A Guanabara foi um estado do Brasil entre 1960 e 1975, localizado no território da cidade do Rio de Janeiro. Nesse período, o estado do Rio de Janeiro compreendia todo o restante da região do atual estado do Rio e sua capital se localizava na cidade de Niterói. Em 1975, o governo federal promoveu fusão do estado da Guanabara com o estado do Rio de Janeiro.
9. De acordo com o Código Civil de 1916 (Lei 3.071), são parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes

tal como hoje em dia, a visita comum de parentes próximos já era compreendida como um direito do preso, devendo ser concedida a totalidade da população carcerária.

De 1970 até os dias atuais, a organização da visitação comum e íntima às unidades prisionais sempre ficou sob a responsabilidade do serviço de assistência social da administração penitenciária.

Para as visitas comuns, os assistentes sociais apenas tinham de montar um cronograma que possibilitasse a realização da visitação aos presos para as diferentes unidades. Já a organização da visita íntima na década de 1970 era diferente, pois as unidades não tinham locais adaptados para a realização dos encontros de casais. Portanto, utilizava-se um quarto improvisado com cama e banheiro muitas vezes preparados e limpos pelos próprios presos. Esse espaço deveria ser utilizado por vários casais em um mesmo dia, havendo uma forte rotatividade.

Para abranger todos os presos beneficiados com a visita íntima, os assistentes sociais faziam uma espécie de mapa de visitação da unidade o qual estabelecia todos os internos que podiam realizar a visitação. E havia uma espécie de "fila": se um preso rompesse com a companheira e deixasse de realizar o encontro íntimo, por exemplo, outro interno entrava em seu lugar no mapa de visitação da prisão.

Havia poucas unidades prisionais no estado na época. O Complexo de Gericinó ainda não tinha sido inaugurado e as principais prisões estaduais, que não eram muitas, se localizavam no Complexo Frei Caneca, no centro da cidade do Rio de Janeiro. Nesse sentido, a dinâmica de visitação íntima era relativamente parecida em todas as unidades prisionais existentes no período.

Em um dia de visita íntima, o preso preparava o lençol e a toalha a serem utilizados por ele e sua parceira durante o encontro. Formava-se uma fila de internos diante da porta do quarto onde eram realizadas as visitas. Em outro ponto da unidade, era constituída outra fila com as companheiras dos presos. Os assistentes sociais organizavam a fila da seguinte maneira: certo preso e sua respectiva companheira compunham o primeiro lugar da fila e assim sucessivamente. Na porta do quarto havia uma campainha e quando o tempo estipulado para a visita terminava, cerca de uma hora, o assistente social a tocava, avisando sobre a necessidade de o casal liberar o quarto para os próximos da fila. Esse tipo de procedimento só terminava quando findava o horário de visita

(Art. 330). São parentes em linha colateral ou transversal, até ao sexto grau, as pessoas que provêm de um só tronco, sem descenderem uma da outra (Art. 331).

do dia e todos os detentos previstos no "mapa" de visitação da unidade tinham se encontrado com suas companheiras.

> E era uma coisa terrível, porque, além de ser uma hora tinha uma campainha que o assistente social tinha que tocar pra avisar que já tinha acabado. E às vezes não. O preso não saía lá de dentro. E tocava. E isso incorria em infração disciplinar, porque não tinha obedecido a uma ordem. Era um inferno aquele negócio. (Funcionário Equipe Técnica SEAP B)

Em meados de década de 1970, o Brasil enfrentava a Ditadura Civil-Militar. Em contrapartida, o sistema penitenciário do Rio de Janeiro passou a ser dirigido por Augusto Thompson, um advogado com um discurso afinado ao respeito aos direitos humanos. Uma das medidas adotadas por ele foi a ampliação da visita íntima nas unidades prisionais estaduais. A dinâmica de visitação não ficou mais restrita a um quarto improvisado da unidade, de modo que as visitas passaram a ocorrer em galerias compostas por diversos espaços destinados exclusivamente aos encontros de casais, os chamados "parlatórios". Quando não havia tais locais na prisão, os presos podiam encontrar suas parceiras em suas próprias celas. Como na época a população carcerária era bastante reduzida se comparada ao número de presos nos dias atuais, em geral cada interno possuía um cubículo próprio e, assim, podia receber sua companheira no local.

Nesse mesmo contexto, foram instauradas as "celas do amor". Os encontros íntimos não se reduziam mais a apenas uma hora semanal rigidamente controlada pela assistência social da prisão. Apesar de as leis da administração penitenciária da época preverem um período de tempo para a realização das visitas íntimas, cerca de duas a três horas semanais, os funcionários entrevistados mencionaram que os presos e suas companheiras podiam passar os dias juntos nas celas. Esse tipo de medida foi divulgado para fora dos muros da prisão, pois Thompson foi a uma importante rede de televisão da época, Tupi, para mostrar a importância desses encontros íntimos entre os presos e suas companheiras ao cárcere. A intenção era mostrar publicamente o que se passava no interior das penitenciárias, desmistificando e buscando atenuar o preconceito de determinados grupos em relação à visita íntima e às famílias de presos.

> Por que sempre que o preso ganha algo a mais, isso é mal visto em geral pela sociedade, né? É como se bandido tivesse tendo mordomias e tal. E a gente mostrava que isso não era uma questão de mordomia. Isso era uma questão de racionalizar, inclusive, de que você podia ter um número muito maior de presos pra receber visita íntima, porque eles ficavam em seus cubículos individuais. (Ex-diretor sistema penitenciário)

Em tempos de abertura política, Thompson deixou a gestão da administração penitenciária, mas o primeiro governo Brizola (1983-1987) manteve a pauta de respeito aos direitos dos presos[10]. Nesse período, ganhou força o chamado "Jupirão" que era a permanência de companheiras de presos por uma ou mais noites nas prisões estaduais. Inicialmente a prática era realizada de modo extraoficial e, em 1987, recebeu previsão legal (Portaria 648 de 1987).

A Portaria 652 de 1987 do DESIPE prevê que a visita íntima com pernoite é uma "conquista costumeira, que merece ser preservada" (ver Art. 10). Em outras palavras, a administração carcerária analisava que essa prática deveria ser perpetuada haja vista a sua importância ao cárcere e ao fortalecimento das relações familiares. Algumas mulheres chegavam a levar os filhos durante essas visitas, a fim de que o contato da criança com o pai preso se tornasse mais estreito.

> Essa cadeia tinha cubículos individuais. Cada preso tinha seu alojamento particular, como manda a lei. Então, eu tinha visita íntima. Naquela época, a mulher entrava na cadeia sábado de manhã e saia domingo de noite. Passava... Era uma coisa sensacional, não pela parte sexual da parada, mas pela parte humanística da coisa, né, humanitária, e a socialização. O cara tá próximo de quem ele gosta, da família. Bem diferenciado do tratamento de hoje. (Egresso A)

Os presos se articulavam e tentavam organizar a prática do Jupirão em conjunto com a administração carcerária. Na época, começava a se projetar a ação de facções criminosas no sistema penitenciário do Rio de Janeiro e suas lideranças reivindicavam determinadas questões[11], como o pernoite de companheiras dos internos nas prisões. Determinados grupos de presos faziam o

10. No âmbito da segurança pública, o primeiro governo Brizola decretava abertamente o fim da tolerância e da cumplicidade do governo com a violência policial (CERQUEIRA, 1998). Postulava-se a remodelação e a modernização das instituições policiais e adoção por parte delas de estratégias de ação pautadas pelo respeito aos direitos dos cidadãos (SENTO-SÉ, 1998). E esse tipo de perspectiva foi levado até as prisões, mas foi fortemente repudiado pela imprensa e por determinados setores sociais.

11. Em meados da década de 1970, começaram a surgir falanges criminosas em unidades prisionais da Ilha Grande, as chamadas Falange Vermelha e Falange Jacaré. Em 1979, a Falange Vermelha, que teria composto o atual Comando Vermelho, neutralizou a Falange do Jacaré e passou a imperar no presídio da Ilha Grande, comandando o crime organizado em todo o sistema penitenciário do Rio de Janeiro. Esse grupo assume de forma extremamente eficiente o controle dos presos, gerenciando comportamentos, direcionando ações e possibilitando fugas (SANTOS, 2003).

levantamento dos feriados previstos em cada ano e negociavam com a administração penitenciária a possibilidade da permanência das mulheres por um período de tempo na prisão.

> No Rio a gente já lidava com isso há muito tempo. E a falange vermelha tava aqui. Na verdade, eram os mais organizados, os mais questionadores, os que iam em cima da direção reivindicando. Se sete de setembro era uma segunda feira... Eles já jogavam o calendário do ano inteiro. E em julho eles já começavam a reivindicar Jupirão praquela noite de setembro. Então, era aquela coisa assim muito articulada entre ele. (Funcionário Equipe Técnica aposentado SEAP A)

Contudo, há relatos de que a permanência prolongada dos familiares no cárcere causou transtornos à administração penitenciária. Era comum, por exemplo, o preso obrigar sua mulher a manter relações sexuais com outros detentos para quitar dívidas no cárcere, conseguir benefícios de outros internos, ou ainda, ficar bem quisto com o "dono" da cadeia, isto é, o preso considerado pelos demais detentos como o líder da prisão. A prática do "Jupirão" foi proibida ainda no primeiro governo Brizola, porque duas mulheres estavam na Penitenciária Milton Dias, no complexo Frei Caneca, em uma quarta-feira, sendo que tinham chegado ao local durante o final de semana (LEMGRUBER & PAIVA, 2010).

Era bastante comum a troca de cartas entre presos e pessoas em liberdade. Não necessariamente eles se conheciam antes da prisão. Só escreviam para revistas da época em que havia um espaço destinado ao intercâmbio de correspondências e, assim, começavam a conversar. Iniciava-se uma amizade que, por sua vez, podia evoluir para uma relação amorosa. Em alguns casos, a pessoa em liberdade optava por realizar as visitas e, a princípio, se cadastrava na administração penitenciária como "pessoa amiga". Após quatro meses essa pessoa podia se converter ao *status* de "companheira" e, daí então, realizar as visitas íntimas (Art. 2º V Portaria 619 de 1985). Certos funcionários chegavam a incentivar o início dessas relações, pois percebiam a importância do contato do preso com o mundo para além dos muros. Houve aqueles que afirmaram que a prisão apenas "funciona bem" quando conjuga:

> (...) bala, bola e bunda... Eu acho que é uma coisa que me incomodava. Mas, não tem dúvida nenhuma. Cadeia quando tem maconha, tem bastante atividade esportiva e tem bastante visita íntima, você tem menos problema. É uma coisa da natureza do ser humano. (Ex-diretor sistema penitenciário)

A "bala" (droga), a "bola" (futebol) e a "bunda" (sexo) se constituíam, e ainda se constituem, como ferramentas fundamentais para o controle dos presos por parte da administração penitenciária. O interessante é que essas mesmas estratégias poderiam ocasionar efeitos trágicos em outros contextos. Há diversas situações em que a droga, o futebol e o sexo causam sérios problemas sociais, como rixas entre grupos, por exemplo. Isso poderia ser agravado em um local como a prisão em que um grande número de pessoas permanece em convivência forçada por um longo período de tempo. No entanto, esses três elementos se tornam instrumentos essenciais para um convívio pacífico no cárcere, se transformando, então, em mecanismos de regulação do microcosmo social que é a prisão.

> Pô, não tem coisa melhor. O preso vive em função disso. O preso, quando não está com o benefício pra vencer, eu acho que ele só vive em função da visita íntima. Isso que acalma o preso. Isso aí que faz o preso não se envolver em tantas confusões dentro da cadeia. Porque, a pior coisa é o cara estar na prisão, ter sua visita íntima e ser suspenso por ele ter respondido algum processo, ou ter cometido algum ilícito dentro da cadeia e perder a visita íntima. (Egresso G)
>
> As administrações de antigamente, o pessoal queria ter a cadeia deles tranquila, sem problemas, por isso fechavam o olho pra muitas coisas. (...) Então, qual é? Queriam manter o negócio tranquilo. Então, a entrada das drogas era uma coisa que deixava o preso mais calmo, porque o preso sem droga, lá dentro, já começava a ficar agitado, já começava a arrumar briga um com outro. Então, com a abertura a futebol, essas coisas assim, pra poder arrumar lazer. (Egresso K)

A Constituição estadual de 1989 prescreveu que o estado tem a obrigação de garantir a dignidade e a integridade física e moral dos presos, assegurando, entre outros pontos, a visita conjugal dentro dos estabelecimentos prisionais (Art. 27 *Caput*). A partir desse período, esse dispositivo legal é válido tanto para os detentos do sexo masculino quanto os do sexo feminino.

Adicionalmente, ainda ao final da década de 1980, foram estabelecidas as visitas íntimas entre internos, de modo que um maior número de presas passou a realizar esse tipo de visitação junto aos seus companheiros em restrição de liberdade. Muitas delas não recebiam visitas, porque seus parceiros também estavam encarcerados. Com isso, o reencontro do casal só ocorria quando um dos dois ficava em liberdade, prejudicando a manutenção dos laços familiares.

O interessante é que muitos entrevistados narraram sobre o sistema de visitação imposto nas décadas de 1970 e 1980 com certo romantismo e

saudosismo, como se tivesse sido um tempo quase áureo para a manutenção de relações conjugais no sistema prisional do Rio de Janeiro. Por um lado, alguns deles trabalharam no sistema penitenciário nessa época e, com isso, tenderam a percebê-la como melhor em relação, por exemplo, à administração penitenciária estabelecida a partir da década de 2000. Por outro lado, alguns entrevistados afirmaram que nesse período era possível efetivamente abordar a importância da família no processo de "ressocialização" do preso. No entanto, com o aumento da população carcerária e com o aumento do controle da administração sobre os presos e as famílias, o discurso sobre ressocialização se tornou inócuo se comparado com o elaborado há algumas décadas.

O objetivo deste artigo não é pautar o discurso sobre ressocialização relacionado ao sistema penitenciário. Contudo, é importante ressaltar a importância desse tema para alguns entrevistados e, sobretudo, o peso que a família ganha sobre essa questão. Os parentes de presos se tornam uma ponte para a vida do recluso fora do cárcere, se estabelecendo, portanto, como uma espécie de agentes de ressocialização. A esperança de um futuro melhor, a ideia de mudança de vida ou ainda a crença na "regeneração social" alimentam um ciclo de dependência entre a companheira e o preso. No caso específico das mulheres de presos, ao mesmo tempo em que se sentem responsáveis pela transformação dos seus parceiros, elas se apoiam na ideia de serem meios de ressocialização para, entre outras questões, enfrentarem as situações que vivenciam no sistema penitenciário (SILVESTRE, 2012).

Nessa mesma linha, é possível notar que havia até certa permissividade da administração penitenciária em relação ao controle dos presos para possibilitar a manutenção da relação afetiva no cárcere. Na narrativa abaixo, a psicóloga sabia que os presos de diferentes unidades prisionais mantinham contato entre si. A princípio isso poderia ser uma infração. Só que ela não fazia nada a respeito, pois acreditava na importância da manutenção de qualquer tipo de relação de afeto no cárcere.

> A penitenciária lá, naquela Talavera Bruce, era do lado, era vizinho do presídio, na ocasião, era o Muniz Sodré. Então elas (as presas), às vezes, ficavam nas grades e mantinham contato com eles (os presos). Elas abriam até a blusa e ficavam lá, eles ficavam olhando, e disso aí surgiam contatos, bilhetes, enfim. Eu já sabia que aquele contato estava iniciando naquele momento, e muitas vezes eles davam um jeito de conseguir. Quando havia interesse tanto do preso que estava lá no Muniz Sodré, quanto da presa que estava lá no Talavera Bruce, quando havia interesse deles se encontrarem, eles davam um jeito. (Funcionário Equipe Técnica SEAP D)

Ao término do primeiro governo Brizola, Moreira Franco (1987-1991) assumiu o governo estadual e adotou uma política de endurecimento no âmbito penal. Houve uma intensificação do controle da administração penitenciária sobre as famílias. Como exemplo, o preso só poderia cadastrar um novo companheiro dois anos após o cancelamento do companheiro anterior (Portaria 657 de 1988). Adicionalmente, foram criados órgãos de intensificação de controle dos internos, como o Serviço de Operações Especiais do DESIPE (SOE).

Em 1988, foi inaugurada a penitenciária Bangu I, com 48 celas destinadas aos presos de "maior periculosidade" do estado, condenados ao regime fechado (Decreto 11.539 de 1988). A construção desse tipo de penitenciária estava muito alinhada às políticas penais e penitenciárias que ganharam projeção a partir da década de 1990 não só no Rio de Janeiro, mas também no Brasil e no mundo (GARLAND, 2008; BAUMAN, 1999). As visitas íntimas realizadas em Bangu I ocorreriam dentro das celas individuais as quais deveriam permanecer obrigatoriamente fechadas durante a sua execução (Portaria 674 de 1990). Assim, tanto os presos quanto as suas companheiras permaneceriam "na tranca" durante todo o tempo de visita, como se estivessem naquele momento cumprindo a restrição de liberdade em conjunto.

Nas normas promulgadas a partir da década de 1990, foram lançados dispositivos mencionando explicitamente a necessidade de se regulamentar de maneira mais específica as visitas às unidades prisionais, tendo em vista "o fator de segurança" (Portaria 675 de 1990). Esse tipo de discurso não aparecia explicitamente nas normas em vigor nas décadas anteriores, mas passou a ser constante a partir deste período. De fato, o "fator segurança" não era ignorado anteriormente, mas, por outro lado, era dado menor peso a essa questão tanto nos discursos dos entrevistados quanto nas leis sobre o tema. Nesse contexto, em 1990, todos os visitantes tiveram de requerer novas carteiras no DESIPE, substituindo as antigas. Adicionalmente, nesse mesmo ano, restringiu-se a quantidade de pessoas amigas que podiam se cadastrar como visitante para apenas uma (Portaria 675 de 1990).

Em 1991, Brizola assumiu novamente o governo estadual e manteve a política aplicada no seu primeiro governo a qual visava, entre outras questões, a garantia dos direitos dos presos. Algumas medidas no âmbito penitenciário foram executadas: o número de amigos cadastrados foi novamente flexibilizado; as portarias da administração penitenciária voltaram a reforçar a "visita como um instrumento de preservação e estreitamento dos laços familiares", em detrimento do discurso em prol da segurança; diminuiu-se o prazo para o cadastramento de um novo companheiro de dois anos para seis meses (Portaria 693 de 1991).

Os governos de Nilo Batista (1993-1994) e de Marcelo Allencar (1995-1999) limitaram novamente a quantidade de pessoas cadastradas como "amigas" (Portaria 767 de 1999). E começaram a ser estipuladas restrições em relação aos alimentos trazidos pelos familiares às unidades prisionais, questão que até então não tinha sido pautada nas leis prisionais (Portaria 748 de 1995). Talvez esse tipo de regulamentação tenha surgido pelo aumento da população carcerária e, consequentemente, pelo crescimento de familiares que carregavam bolsas abarrotadas de alimentos a serem consumidos nas visitas.

Na década de 2000, as normas para ingresso de visitantes nas unidades prisionais estaduais permaneceram bastante similares as atualmente em vigor. Portanto, nos últimos tempos pareceu haver uma espécie de consenso normativo sobre as visitas, de modo que houve poucas transformações no plano formal sobre a entrada de familiares de presos em unidades prisionais. Apenas alguns poucos detalhes foram modificados de uma norma a outra, não havendo alterações realmente significativas entre ambas. Por outro lado, a transformação em relação ao tratamento da administração penitenciária sobre as visitas ocorreu em um plano prático. E isso se relacionou em boa medida com o tipo de governo estadual estabelecido nas diferentes épocas.

> Na época do primeiro governo Brizola a gente flexibilizou um pouco a coisa da regulamentação. Não que a gente tivesse feito uma coisa muito ilegal. Mas, a gente flexibilizava um pouco. Não precisava de toda aquela rigidez de que tinha que ser seis meses. Então, a gente permitiu uma certa flexibilização. Aí veio o governo Moreira Franco. E foi um horror. Nunca os presos apanharam tanto como no governo Moreira Franco. Foi uma coisa horrorosa. Aí, por fim, veio o segundo governo Brizola (...). Depois foi o governo Marcelo Allencar. De novo a coisa ficou mais rigorosa. Então, ao longo desses anos, assim como se discute na segurança pública aquela coisa da gangorra, uma hora direitos humanos, outra hora pau na malandragem, no sistema penitenciário é a mesma coisa. Isso foi... Isso sempre ao longo desses anos teve idas e vindas. E tranquilamente, visitas íntimas era uma dessas áreas que (...). (Ex-diretor sistema penitenciário)

Segundo a narrativa acima, se a visão do gestor público for mais "rígida", as políticas executadas reforçam o controle sobre presos e, em boa medida, as ações arbitrárias realizadas pela administração penitenciária se acirram ("pau na malandragem"). Por outro lado, caso a percepção da administração seja mais voltada aos direitos dos presos, as ações impostas se tornam mais "brandas" e certas regras do cárcere passam a ser relativizadas. Como exemplo, "não

precisava de toda aquela rigidez de que tinha que ser seis meses". Ou seja, o preso não esperaria um semestre para trocar de parceira e realizar as visitas íntimas com uma nova companheira, segundo apregoava a lei de períodos considerados mais "duros".

Há, pois, um longo *continuum* para os distintos modos de proceder dos indivíduos envolvidos no mundo carcerário, permeado por ações extralegais, senão ilegais. Em uma ponta, predomina o artifício da violência extremada tanto por parte dos presos quanto por parte da administração para a solução de uma dada questão. Em outra, busca-se o respeito máximo às garantias fundamentais dos presos. Não há uma homogeneidade das políticas executadas no sistema penal, existindo uma espécie de flutuação que segue uma tendência bastante parecida com as ações desempenhadas no âmbito da segurança pública. Em um momento há um enrijecimento das políticas e em outro posterior um relativo abrandamento. Estabelecem-se, pois, gestões do tipo "gangorra".

No entanto, apesar desses "altos e baixos", é possível notar um acirramento contínuo da política penal e, por sua vez, um enrijecimento no sistema de visitas do sistema penitenciário estadual ao longo dos anos. Consequentemente, como são percebidas como fontes de tensão dentro do cárcere justamente por serem analisadas como uma das possíveis ameaças do domínio penitenciário sobre o preso, as relações familiares também se tornam passíveis de controle e repressão. Isso fica evidente com a limitação, por exemplo, de número de amigos para se cadastrarem como visitantes. A justificativa dos gestores do sistema penitenciário estadual seria restringir a ação de facções criminais dentro das unidades prisionais, garantindo a segurança. No entanto, um dos efeitos ao se ampliar ou reduzir o cadastramento de "amigos" no cárcere é abrir ou fechar o espaço ao estabelecimento de relações afetivas.

Então, se até o fim da década de 1980 ainda vigorava a percepção de que a família poderia ser um dos agentes de ressocialização do preso, a partir da década de 1990, esse discurso é quase totalmente afogado pela noção de que os familiares são suspeitos potenciais em suas idas semanais ao cárcere. Nesse novo contexto, o discurso de ressocialização persiste no campo teórico, mas na prática se torna praticamente inócuo.

> A Secretaria de Administração Penitenciária (SEAP) possui regulamentação específica sobre a visitação aos presos custodiados nos estabelecimentos prisionais e hospitalares que seguem parâmetros da Política Nacional Penitenciária (DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional) e da Organização

das Nações Unidas (ONU), visando garantir o direito à visitação e propiciar o (re)estabelecimento das relações socioafetivas entre os presos e seu grupo familiar, na perspectiva de contribuir de forma construtiva e emancipatória para o seu retorno ao contexto societário livre.[12]

5. Visitas no sistema penitenciário: "hoje"

A dinâmica de visitação às unidades prisionais está fortemente regulada por um código de conduta a ser seguido pelos internos e pelas famílias. Essas normas se referem desde aos procedimentos burocráticos para o cadastramento de visitantes no sistema penitenciário até ao tipo de roupas a ser utilizado pelas mulheres nas unidades prisionais. A implantação e execução dessas regras são realizadas tanto pela administração penitenciária quanto pelo coletivo de presos, de modo que ambos os grupos não necessariamente criam códigos concorrentes entre si. Optou-se por dividir essa seção em subtítulos, cada um referente a temas específicos sobre a visitação no sistema penitenciário estadual: o credenciamento das famílias para a realização das visitas, os procedimentos de revistas nas entradas das unidades prisionais, a dinâmica de visitas nas prisões e as regras formuladas pelos presos e pela administração penitenciária que pautam as visitações[13].

5.1. Credenciamento das famílias

O sistema de visitação aos presos do Rio de Janeiro está previsto em atos administrativos da SEAP (Resolução 584 de 23 de outubro de 2016). Boa parte das informações contidas nessas normas encontra-se em um site da internet da Secretaria voltadas aos familiares de presos[14], cujo lançamento ocorreu em 2014. Antes, as informações sobre o sistema de visitação eram repassadas apenas em posto da SEAP no Rio de Janeiro ou na própria sede central do órgão.

A visita comum é permitida aos cônjuges, companheiros e filhos, pais, irmãos, avós, netos, tios, sobrinhos, madrasta, padrasto, pais de criação, enteados, amigos

12. Disponível em: [www.visitanteseap.rj.gov.br/]. Acesso em: 01.11.2013.
13. O sistema penitenciário do Rio de Janeiro é fortemente marcado pela ação de facções criminosas. Vale ressaltar que, em geral, os procedimentos executados pela SEAP e pelos presos dos diferentes grupos são semelhantes a todo universo prisional. Quando houver alguma distinção entre uma unidade e outro, será realizada uma indicação no texto.
14. Disponível em: [www.visitanteseap.rj.gov.br/]. Acesso em: 20.10.2016.

(limitando-se em uma pessoa ao preso). Os cônjuges e companheiros deverão comprovar vínculo com o preso, apresentando também certidão de nascimento dos filhos em comum. Os demais visitantes deverão comprovar relação com o preso apresentando declaração subscrita por duas pessoas idôneas, ou ainda, através de documentos pessoais, como carteira de identidade, certidão de nascimento etc.

O preso só poderá credenciar um amigo para visitação, ou seja, uma pessoa que não tenha relações de parentesco com ele. Caso haja descredenciamento dessa pessoa amiga, poderá haver um novo credenciamento de outro amigo após doze meses. O visitante na condição amiga que for descredenciado, somente poderá se habilitar ao credenciamento para a visitação de outro preso após 12 meses.

A prescrição em relação às pessoas que podem se cadastrar para realizar visitas aos presos denota qual o formato de família concebido pela SEAP. A secretaria apresenta uma visão rígida sobre família, adotando uma percepção de um núcleo familiar tradicional, constituído basicamente por relações de parentesco.

Por outro lado, Sant'Anna (2000) indica a emergência de padrões de casamentos e de famílias plurais, flexíveis e heterogêneas. Chamam à atenção as intensas transformações nas características da composição e estruturação familiar, que se expressam nas diversas formas de conjugalidade, nas alterações no seu funcionamento, nas formas de organização interna, nas dinâmicas cotidianas e nas hierarquias. Então, no momento em que restringe a visita aos presos a determinados tipos de pessoas em detrimento de outras como, por exemplo, a limitação para o cadastramento de apenas um amigo, a SEAP não prevê a emergência de novos padrões de famílias. De fato, o órgão recentemente permitiu a visita íntima para homossexuais, o que constitui uma inovação da legislação do Rio de Janeiro em relação a outras leis prisionais brasileiras. Mas, ainda assim, essa prática não é muito comum no estado.

5.2. Procedimentos de revistas nos visitantes

No Congresso Nacional, se discute o Projeto de Lei 7764/2014 que visa extinguir a prática das revistas vexatórias em todo o país. O texto da lei foi aprovado por unanimidade no Senado e na Comissão de Direitos Humanos da Câmara. Atualmente, aguarda apreciação das Comissões de Segurança Pública e de Constituição e Justiça.

Especificamente no Rio de Janeiro, entrou em vigor em maio de 2015 a lei que extingue a revista vexatória nos presídios estaduais (Lei 7.010/2015). O

então Governador Luiz Fernando Pezão tentou vetar esta norma, sob a justificativa de que o fim da revista vexatória colocaria em risco a segurança do sistema prisional. No entanto, a Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro conseguiu derrubar o veto, de modo que a lei passou a vigorar. De fato, preocupados com a eficácia da lei, os deputados estaduais entregaram em maio de 2015 uma grande soma financeira ao Secretário da SEAP para a compra de 33 *scanners* corporais.

Há relatos de que a aplicação desta lei guarda muitos resquícios do tipo de procedimento de revista realizado anteriormente. Ainda não é inteiramente executada, de forma que em algumas unidades prisionais são realizados os procedimentos antigos que atentariam contra a dignidade e a privacidade das pessoas revistadas.

Antes da Lei 7.010/2015, as legislações existentes davam margem à discricionariedade do diretor de cada unidade prisional sobre o modo como deveriam ser realizados os procedimentos de revistas nos visitantes do sistema prisional. Apesar de haver um relativo padrão para a realização das revistas nas prisões do Rio de Janeiro, existiam pequenas variações no seu modo de execução. Mas, de forma geral, em uma sala reservada, um agente penitenciário realizava a revista em grupos de cerca de cinco visitantes. Enquanto agentes femininos revistavam as mulheres, agentes masculinos revistavam os homens.

A revista costumava ser mais rigorosa nos visitantes de sexo feminino. Os homens apenas tiravam as roupas em frente aos agentes penitenciários e as vestiam novamente. Em algumas unidades prisionais, os homens somente passavam por revistas manuais, não precisando ficar nus. Já as mulheres, via de regra, deviam primeiramente se despir. A seguir, abaixavam e levantavam três vezes, primeiro de frente e depois de costas às agentes. Em algumas situações, as funcionárias do local as orientavam a soprar uma garrafa de plástico ou a colocar espelhos entre as pernas, a fim de analisar a presença de objetos nas partes íntimas da visitante. Após essa revista, as mulheres sentavam em um banco detector de metais – "banquinho" – de calcinha.

> A corporal elas *(as visitantes)* têm que tirar a roupa. A gente revista a roupa todinha, costura, bolso se tem. Elas agacham três vezes, porque se tem alguma coisa interna. E cabelo, não pode peruca. E as coisas dela tudo o que tem, o que ela está levando não pode ter nada de faca, a gente revista tudo. (...) É padrão. Em todas as unidades. Na escola penitenciária tem aula desse tipo de revista é padrão. (Agente penitenciário B)

As crianças também passavam por processos de revista. Segundo os entrevistados, os pais ou responsáveis pelas crianças de colo faziam uma troca de

fralda em frente aos agentes. As crianças com mais idade realizavam revistas com um rigor similar ao utilizado nas revistas feitas com os adultos.

Diversas organizações nacionais e internacionais de Direitos Humanos relataram as violações de direitos que marcam o processo de revista nas unidades prisionais brasileiras. Ainda em 1998, o relatório da Human Rights Watch "O Brasil atrás das grades" afirmou que, embora a permissão para a visitação dos presos se constitua como um avanço do sistema penitenciário brasileiro, são identificadas violações de direitos sistemáticas relacionadas às visitas dos familiares de presos no sistema penal. Uma Organização da Sociedade Civil de atuação nacional realizou em 2013 uma denúncia à ONU sobre esses procedimentos de revistas corporais realizados em prisões brasileiras[15].

Um agente penitenciário apresentou um discurso emblemático ao afirmar que as revistas mais rigorosas são realizadas nos visitantes mais "humildes" que, em geral, são pessoas "mal vestidas" e "negras".

> Entrevistado: As outras trazem muitas coisas, trazem muitas bolsas, muita coisa. E são aquelas pessoas mais humildes. Sabe muito bem que as pessoas mais humildes são muito mal tratadas, porque as pessoas não dão a atenção às pessoas humildes. A maioria das pessoas é negra.
>
> Pesquisador: E isso impacta?
>
> Entrevistado: Você quer a realidade, sabe que as pessoas generalizam. Eu já passei por isso. A gente está trabalhando e aí chega uma senhora mal vestida e querendo informação sobre os filhos e os colegas não dão nem atenção. A gente tem que pegar chamar de novo e atender, porque as pessoas não tratam nem com... Tratam com descaso. Agora, chega uma pessoa bem vestida, o tratamento é outro. (Agente penitenciário A)

A família, pois, é meramente tolerada no ambiente carcerário. Ao mesmo tempo em que são vistos como fundamentais ao convívio pacífico da população prisional, os visitantes são ameaças que, a todo o momento, precisam sofrer limitações. Contudo, o controle dispensado a esse grupo é poroso e pouco preciso, já que incide em pessoas mais vulneráveis. Não quero mencionar que as companheiras de grandes criminosos devem sofrer maior controle institucional. Apenas chamo a atenção de que o sistema penitenciário estadual reforça rótulos negativos já estabelecidos do "lado de fora" da prisão.

15. Disponível em: [http://conectas.org.br/pt/acoes/justica/noticia/15017-nova-denuncia-na-onu]. Acesso em: 27.03.2013.

Em suma, além de pouco efetivas, as revistas vexatórias são procedimentos altamente violadores, atentando contra a dignidade e a privacidade dos visitantes, sobretudo das mulheres. Ou seja, muito distante de garantir a "segurança" das unidades prisionais, o efeito central das revistas vexatórias é o submetimento dos familiares dos presos.

5.3. Dinâmica de visitação

Dentro da unidade prisional, o dia de visita começa com um "confere" dos agentes penitenciários em cada uma das celas, ou seja, com uma espécie de chamada dos presos. Após esse procedimento, os internos limpam o local onde ocorrerá a visitação: o pátio de visitas para a visitação comum; as celas individuais – quando existirem – ou o parlatório para a visitação íntima. A partir das nove horas da manhã a unidade prisional é aberta aos visitantes. Os presos são chamados pelos agentes penitenciários nas celas na medida em que sua visita chega ao local. Os internos que não recebem visitas permanecem em suas galerias.

Do "lado de fora", os visitantes formam uma fila na entrada da unidade prisional. No Complexo de Gericinó, são formadas duas filas distintas: uma no portão central do local e outra na entrada da unidade onde será realizada a visitação. Os visitantes costumam madrugar nas filas para pegar senhas distribuídas por policiais militares[16]. Tais policiais analisam a carteira de visitante e, caso não vejam qualquer problema com a documentação, deixam a pessoa passar pela catraca que dá acesso ao lugar.

Após entrar em Gericinó, os visitantes pegam um ônibus com circulação dentro do Complexo e os leva até o portão da unidade prisional. Esse transporte é organizado pela SEAP, sendo designado pelos visitantes, pelos presos e pela administração penitenciária como "ônibus da paz". Nele são transportadas pessoas que poderiam pertencer a facções ou grupos criminosos rivais. Contudo, não pode ser palco de qualquer rixa, sendo considerado um local neutro, de "paz".

Ao chegarem às unidades prisionais, forma-se uma nova fila de entrega de documentos e revistas. Por fim, os visitantes têm acesso ao parente preso.

Se for um dia de visitação comum, os presos e os visitantes ficam dispersos no pátio da unidade prisional. São montadas mesas e esticados lençóis no

16. O portão central do Complexo de Gericinó é vigiado por policiais militares. Estes não só guardam o local como também distribuem as senhas de acesso ao complexo e organizam as filas formadas pelas visitas.

chão, a fim de que as visitas e os presos possam comer e conversar. Em geral, a visita comum encerra às 16 horas e costuma ocorrer semanalmente.

Caso seja um dia de visitação íntima, o preso e sua companheira permanecem trancados em um cubículo até o fim do encontro. Não podem sair antes disso. Nos locais designados para as visitas íntimas do casal, há uma cama e um espaço para ligar uma televisão trazida pelo preso. Assim, os presos e suas companheiras costumam fazer refeições, discutir assuntos familiares, manter relações sexuais, assistir TV etc.

A visitação íntima costuma terminar às 16 horas, mas o tempo de duração e a sua periodicidade variam conforme a unidade prisional. Então, em locais com menos presos, pode ocorrer semanalmente; em unidades com maior lotação, pode acontecer quinzenalmente.

A partir de 2012, a SEAP previu legalmente a visita íntima entre homossexuais. No entanto, de acordo com membros da equipe social do órgão, até o início de 2013, apenas uma pessoa havia se cadastrado para realizar os encontros íntimos com uma presa. De fato, um assistente social mencionou que o homossexualismo é mais bem aceito entre as mulheres presas do que entre os homens. Algumas facções, principalmente o Comando Vermelho, repudiam fortemente as relações homoafetivas, punindo os presos que se relacionam publicamente com pessoas do mesmo sexo.

Em contrapartida, muitas presas mantêm relações homossexuais entre si, o que é rejeitado por alguns funcionários da SEAP, sobretudo por agentes penitenciários. Um agente afirmou que o homossexualismo entre presos é considerado infração disciplinar e, por isso, passível de sanção.

> Entrevistado: Você percebe que uma dá um sexo mais masculino (sic), é que eu não posso falar assim abertamente e tem a tendência pro lado masculino e a outra do lado feminino. E onde você vê, estão sempre juntas. É hora de almoço, é o tempo todo. Sempre aonde uma vai a outra vai está perto. Você já sabe que tem um relacionamento ali.
>
> Entrevistador: Mas elas não trocam carícia na frente dos outros?
>
> Entrevistado: Não pode. Elas não podem fazer isso. Se elas fizerem, elas sabem que vão para a tranca. (Agente penitenciário B)

Após o término da visita, tanto íntima quanto comum, os presos são revistados pelos agentes penitenciários e retornam às suas celas. Já os visitantes vão embora da unidade prisional. Um agente penitenciário mencionou que os familiares não precisam esperar o fim do horário de visitação para saírem da unidade prisional. Entretanto, uma companheira de preso disse o oposto,

se mostrando muito insatisfeita em ter de esperar até o final da visita para se retirar da prisão. Ela se sente presa, como se estivesse cumprindo pena junto com o seu companheiro.

> Eu não posso, por exemplo, entrar, dar um abraço nele, entregar as coisas, dinheiro, falar: "e aí, está tudo bem?", em quinze minutos, pegar e ir embora. Eu sou meio que obrigada a ficar a visita inteira, até acabar e sair todo mundo junto. Então, eu me sinto presa, só que eu não estou presa. Eu achava que eu tinha que ter o direito de entrar e sair à hora que eu quisesse. (Companheira C)

Isto é, com vistas a manter o "controle" do cárcere, a administração penitenciária busca dirigir às famílias o mesmo tratamento conduzido aos presos. No caso, retira-se, ainda que temporariamente, a liberdade de ir e vir dos visitantes.

Alguns funcionários admitem o fato de as famílias serem maltratadas durante as visitas por funcionários da administração penitenciária, principalmente por agentes penitenciários. Há narrativas no sentido de que estes profissionais ridicularizam as mulheres, denominando-as de "comidinha" de preso, "putinhas", que estão ali apenas para "dar" para os internos.

> Os profissionais envolvidos, eles têm uns valores... Tem muita gente conservadora, que são... Principalmente as pessoas que estão nessa área. E eu percebo que existe: "ah, essa daí é piranha...", sabe? Existe muito essa designação. (Funcionário equipe técnica SEAP F)

Esse tipo de percepção recai mais sobre as companheiras dos presos do que sobre as mães, irmãs, avós etc. A ideia central é a de que a mulher optou por realizar a visitação e, assim, escolheu, ao menos indiretamente, se submeter ao escrutínio do cárcere. Já os demais familiares estão ligados ao preso por uma relação de parentesco, isto é, de "sangue". A margem de escolha em realizar ou não a visita seria mais reduzida a esse grupo. Então, em geral, os agentes da administração possuem uma imagem muito depreciativa em relação à companheira do preso. "A cadeia é um lugar de uma moral muito conservadora. É machista. Tem muito conservadorismo. Olha com muita desconfiança a família do preso, como se bandido fosse." (Funcionário equipe técnica SEAP B)

De acordo com alguns entrevistados, a própria estrutura de visitação íntima possibilita uma percepção mais pejorativa em relação às companheiras dos presos. A limitação de tempo da visita íntima, restrita a algumas horas semanais ou quinzenais, deixaria implícito que a mulher apenas vai à prisão para "dar pro preso".

> Entrevistado: Então, agora, parece que é quatro horas o parlatório. Entra meio dia e sai às quatro. Entra a uma e sai às quatro. Então, já muda, né? Já ficou um negócio assim... Pô, a mulher vai lá só pra dar pro cara, entendeu? Você não tem mais aquela... Pega até mal.
>
> Pesquisador: Por que pega mal?
>
> Entrevistado: Porque todo mundo sabe que a mulher ta indo lá pra fazer sexo. Fica uma situação constrangedora pra mulher. (Egresso A)

Segundo a narrativa abaixo, algumas mulheres ficam indecisas em continuar a visitação após escutar dos agentes penitenciários sobre a sua incapacidade em ajudar na "ressocialização" do seu companheiro. As companheiras dos presos deixaram de ser percebidas pelos funcionários da administração como possíveis agentes da ressocialização do interno, conforme ocorria há alguns anos.

> Às vezes, alguns maus tratos de alguns funcionários à nossa família. Às vezes é algumas coisas que alguns funcionários falam: "Vai visitar esse cara? Não vai adiantar em nada, não sei que...". Aí, traz algumas coisas grandes pra nossa família e nossa família já não quer mais nos ver. E nós tem que estar lá. (Egresso H)

Nem todas as unidades prisionais possuem visitas íntimas, pois algumas não dispõem de local apropriado para a sua realização. Nos estabelecimentos onde há esse tipo de visitação, em geral os encontros costumam ocorrer em parlatórios. Há outras unidades onde os encontros íntimos são realizados nas celas individuais dos presos[17].

Um entrevistado apontou que a unidade Ari Franco[18] não possui espaços para os encontros privados do casal. Mas, a própria administração do local abriria um cômodo situado no pátio de visitas aos internos e suas companheiras. É uma espécie de quarto improvisado com um colchão e, por isso, passou a ser utilizado para a realização de relações sexuais. Assim, as visitas íntimas assumem um caráter extraoficial e dependem em boa parte da discricionariedade do diretor da unidade prisional para que ocorram.

> E lá, onde eu estava é um lugar assim... Que ele está preso no Ari Franco. É um lugar que não tem parlatório. Então, no pátio tem uns quartos, que são

17. São poucas as unidades prisionais do estado em que há cubículos individuais aos presos. Em geral, as celas são coletivas, de modo que as visitas íntimas são realizadas nos parlatórios.

18. O local é popularmente conhecido como "Água Santa", se situando fora do Complexo de Gericinó.

> quartos que eles, às vezes abrem e às vezes não abrem. Depende da boa vontade do diretor, que são extraoficialmente, que são lugares horríveis, sujos, que têm uma cama de cimento e o chuveiro e um vaso sanitário junto com o chuveiro, no Box. E é um lugar, que a visita é feita... A visita normal é feita no subsolo. Você desce e é feita no subsolo. Então, é um lugar muito úmido, muito quente, fedorento, porque tem uma cantina que fica fazendo fritura o tempo todo. (Companheira C)

Há também o "ratão", isto é, encontros íntimos entre o preso e sua companheira, organizados pelos próprios presos em dias de visitação comum. Ainda que ilegal, os próprios funcionários da administração penitenciária mencionaram sobre essa prática e disseram que geralmente não a restringem. O "ratão" poderia ser compreendido como uma espécie do "controle do descontrole", já que indiretamente os agentes penitenciários controlam uma prática que, em boa medida, é fruto da falta de domínio institucional sobre a massa carcerária. Adicionalmente, o "ratão" poderia ser interpretado como um forte mecanismo de barganha entre a administração e o preso. Se efetivamente tivessem interesse, os agentes penitenciários poderiam tomar uma atitude eficaz para reprimi-lo.

Para realizarem o ratão, entre outras práticas, os casais usam os banheiros dos pátios de visitas, montam tendas em baixo das mesas, utilizam os cubículos dos presos. Segundo uma entrevistada, em uma unidade composta por membros do Terceiro Comando, a mulher costuma entrar em um carrinho de lixo do presídio o qual é levado até uma cela onde o companheiro a aguarda para a realização do "ratão". Há sempre um grupo de pessoas responsável por essa atividade, tendo a função de organizar o "ratão", controlar a chegada dos agentes penitenciários e coletar o dinheiro do casal. Caso o local destinado ao "ratão" seja surpreendido por algum funcionário, os presos têm de distraí-lo até que a mulher consiga se vestir completamente e sair do lugar. Existe neste ponto uma espécie de pudor em relação ao corpo feminino que contradiz totalmente a situação em que ela está inserida. A mulher pode até mesmo entrar em um carro de lixo para chegar ao local do "ratão", mas em hipótese nenhuma pode ser vista nua pelo agente penitenciário.

O valor do "ratão" varia segundo a unidade prisional e, sobretudo, conforme o período utilizado. O mínimo é dez reais, chegando até cem reais nas situações em que o tempo de permanência do casal for maior. Há relatos de que até os casais que realizam a visita íntima formal fazem o "ratão" nos dias de visita de pátio, embora haja o risco de serem pegos.

> Montam rápido. Puxa o telhadinho, assim, igual tenda mesmo. Aí, tem uma mesa também, que aquilo ali é pago, você não vai de graça. Se você quer meia hora é cinquenta, cem reais pra você ter tua relação. Aí, ali é fechadinho. Às

> vezes tinha no banheiro, quando tinha alguns presídios que ganhavam pra liberar o banheiro do lado de fora, que lá tem uns seis ou oito banheiros do Piragibe. Tem o banheiro da igreja, tem do parquinho e tem esse do lado de fora. Tinha também um banheiro lá, bem grande, quase do tamanho disso aqui. Aí, repartia, aí eles botavam colchão de plástico. (Companheira E)

Alguns entrevistados mencionaram o fato de as mulheres, que não são cadastradas para realizar a visita íntima, engravidarem durante o "ratão". Como passam a ter filho com o preso, as visitantes conseguem comprovar a relação marital e, assim, entram com um processo na SEAP para a consecução da visita íntima. Neste sentido, uma forma de burlar o controle institucional geraria meios, no caso, a gravidez, para justificar a formalização dos encontros íntimos.

> E têm muitas pessoas que acabam engravidando nesse 'ratão'. Aí, quando engravida no 'ratão', o filho nasce e aí tem o reconhecimento de paternidade, o registro de nascimento da criança. Aí é uma outra maneira de comprovar que aquela pessoa é seu companheiro, ou companheira. (Funcionário equipe técnica SEAP A)
>
> Entrevistado: Com certeza, são várias grávidas dentro do sistema e mesmo sem visita, mesmo sem visita íntima oficializada através...
>
> Entrevistador: Como é que ela (*a visitante*) explica para a direção que está grávida?
>
> Entrevistado: A direção sabe. A direção se pegar vai ter coisa, mas a direção sabe, a direção sabe. (Funcionário equipe técnica SEAP E)

Para além do "ratão", outra ilegalidade relacionada à manutenção de vínculos familiares no cárcere se refere ao uso de telefones celulares. Há relatos tanto de entrevistados quanto da mídia sobre o envolvimento de presos em atividades criminosas desenvolvidas do "lado de fora" do cárcere através de telefones. Isso é uma realidade na maioria das unidades prisionais do estado, independentemente da facção criminosa a que pertence o preso. Por outro lado, muitas companheiras e ex-presos mencionaram que os telefones também são utilizados para passar informações sobre a rotina doméstica, sobre a situação do interno, sobre os alimentos e materiais que precisam ser levados na próxima visita etc. Para além de ser utilizado para discutir essas questões mais cotidianas do casal, o telefone serve também para o contato do preso com uma possível nova visitante, facilitando o início de uma relação afetiva.

> A mãe dele me deu um número, mas eu nunca conseguia falar com ele (*o preso*). Aí, enfim, um dia ele retornou e a gente começou a conversar por telefone. A maioria que você for... Se você for lá, se você for conversar, se for

> realmente sincera em falar, que a gente sabe que não é o meio legal, que é o telefone, mas todo mundo sabe que tem. Dentro de todos os presídios tem telefone. Mas a maioria que você vê lá... Algumas amigas que eu conheci lá... Tudo conhece por telefone. (Companheira E)

Algumas entrevistadas admitem conhecer companheiras de presos que levam celulares, drogas e outros materiais proibidos nos dias de visita. Em geral, nas prisões com membros do Comando Vermelho essas situações são mais raras, pois há um respeito e uma forte valorização das mulheres de presos. Nas outras unidades isso é relativamente mais relaxado, mas ainda assim os presos preferem pedir esse tipo de favor a pessoas com quem não têm relação de parentesco. Para tanto, conseguem autorizações com a direção da unidade prisional para a entrada de mulheres que não estão cadastradas para realizar as visitas. Então, quando as mulheres levam objetos proibidos, os colocam na roupa ou dentro do próprio corpo, o que, segundo os funcionários da SEAP, justificaria as revistas vexatórias. Contudo, alguns dados e relatos sugerem que devem existir outros meios de entrada de objetos ilícitos e proibidos nos presídios, que não estão relacionados às visitas (ARP, 2007). Segundo a notícia de um veículo de comunicação[19]:

> No terceiro andar de um pavilhão, os presos estão numa posição mais alta do que a muralha. Eles amarram um sabonete numa linha de nylon e jogam para o lado de fora do presídio. Lá fora, alguém amarra celulares ou armas e tudo é puxado para dentro. (...)
>
> Gilberto Luiz Machado, diretor do Sindicato dos Agentes Penitenciários, diz que "pela peculiaridade da função, um funcionário corrupto dentro de mil causa uma sequela muito grande". (...) Outro agente entrou no esquema, aceitou propina e, flagrado, acabou condenado por corrupção. Começou aceitando favores e descobriu que também tinha seu preço. "Geralmente entre R$ 300 e R$ 500 por celular", afirma.

Um agente penitenciário aponta que sempre existirá corrupção no sistema penitenciário, sendo esta resultante, principalmente, da ação dos presos com certo prestígio na criminalidade e com maior poder aquisitivo. Os internos com essas características tentariam corromper desde os agentes penitenciários até a direção da unidade prisional. Por sua vez, estes funcionários reproduziriam as

19. Disponível em: [http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL582405-5598,00-CORRUPCAO+ALIMENTA+O+CRIME+NAS+CADEIAS+BRASILEIRAS.html]. Acesso em: 16.12.2013.

ações corruptas, reforçando as relações de desigualdade existentes no cárcere. Isto é, os presos de maior prestígio buscam angariar benefícios para si que são garantidos, em boa medida, pela ação dos agentes prisionais.

> A corrupção existe em tudo quanto é lugar. Então, a gente vai deixar... Ainda mais esses caras que têm 'um certo poder', um certo poder aquisitivo. Eles vão corromper as pessoas. Então, alguém sempre vai deixar ele transitando ali (...) Então, ele vai ter contato com essas outras mulheres. (Agente penitenciário A)
>
> Porque eu conhecia o agente que trabalhava na portaria e eu tinha como mandar ele receber minha visita lá na frente e trazer com ele. Toda visita que eu queria, eu falava com ele um pouco antes e ele vinha com essa pessoa. Passava pela geral, normal, mas ela tinha uma facilidade de entrar. (Egresso G)

Por outro lado, foram levantados na pesquisa alguns casos corrupção que não necessariamente são gerados pelos presos propriamente. Um egresso relatou que um agente penitenciário levou um grupo de prostitutas a uma unidade prisional, próximo ao período do Natal, para a "comemoração de fim de ano" dos internos sem visita íntima.

> Aí, foi o Natal e ele (*agente penitenciário*) falou assim: "vou dar um presente de Natal legal pra rapaziada que não tem parlatório...", falei 'pô, o que é que esse cara vai fazer?' (...) Aí, eu fui até o final do pavilhão, por esse corredor todo aqui, aí desci a escada e saí no hall principal, no térreo da cadeia. Quando eu saí dessa escada, você sai de frente à inspetoria e quando sai de frente à inspetoria, têm umas quinze mulheres de bota até o joelho, de mini saia e de sutiã, tudo dentro da inspetoria, que ele trouxe lá da Vila Mimosa. Ele levou a zona pra dentro da cadeia. Natal... Ele fazia o preço. (Egresso A)

Em suma, o sistema de visitação do sistema penitenciário estadual e, por sua vez, a manutenção de relações afetivas no cárcere estão fortemente marcados por distintas maneiras de burlar as regras formais penitenciárias. A barganha entre os diferentes atores e até mesmo a corrupção em muitos momentos se projetam na rotina de visitação, perfazendo o contexto carcerário. Por outro lado, esse cenário é o que em parte garante a manutenção de relações afetivas. Sem o "ratão" e sem o uso do telefone celular, por exemplo, o contato entre os presos e suas companheiras poderia ficar prejudicado. De fato, o tipo de relação afetiva estabelecido durante o aprisionamento está em boa medida relacionado a toda a estrutura do sistema penitenciário, corrupta ou não.

5.4. Regras nos dias de visita

Para além das regras sobre a entrada de alimentos e objetos nas unidades prisionais, as visitas e os presos devem respeitar um código de conduta formado basicamente por normas extralegais, estabelecido tanto pela administração penitenciária quanto pelos próprios detentos. Inicialmente, o preso e o seu visitante parecem ficar meio alheios a essas regras e, com isso, precisam constantemente controlar a si próprios para não cometerem nenhum desvio nos dias de visita. Contudo, com o passar do tempo, essas normas parecem se entranhar nas ações dos atores. Cria-se um processo de naturalização dos comportamentos "necessários" a serem adotados nos dias de visita.

Um entrevistado mencionou que a adequação dos presos e da família às regras da cadeia é similar à entrada em um novo emprego: após um período de tempo, a pessoa consegue se comportar de acordo com os procedimentos requisitados pelo patrão, sem necessariamente ponderar constantemente sobre todas as suas atitudes. O "patrão" neste contexto seria o coletivo de presos e/ou os agentes da administração penitenciária.

Em geral, nas diferentes unidades prisionais, cada cela tem um representante e uma galeria é composta por distintas celas. Destes diferentes representantes de celas escolhe-se o "porta voz" da galeria. Quando os distintos representantes discordam entre si, o representante da galeria define uma decisão final. Como há diversas galerias em uma mesma prisão, são formadas representações distintas no cárcere. Acima delas, há o presidente da cadeia, que fala pelo coletivo de presos da unidade prisional diante da administração penitenciária. Todos esses detentos, o coletivo, costumam compor uma mesma facção criminal. Em suma, há uma forte hierarquia entre os presos que surge, entre outros motivos, para angariar determinados benefícios e direitos. Para além desta questão, esse tipo de organização estabelece regras de convivência entre os internos, algumas das quais ilegais, que recaem diretamente sobre as visitas.

> A gente reivindicava nossos direito dentro do sistema penitenciário, porque tu já imaginou mil preso indo lá na superintendência pra querer reivindicar os direito? Alguns ignorantes, alguns estressados, como que ia acontecer tudo? Então, tem alguém pra ser um canal que seja mais maleável, seja sensato, pra conversar que entenda dos seus direitos e deveres. (Egresso J)

As regras são aplicadas e monitoradas não só pelo coletivo de presos como também pelos agentes da administração penitenciária. Essas normas não necessariamente são elaboradas por um dos atores à revelia do outro, já que podem ser criadas e negociadas em conjunto. E não há grandes variações nas regras

de conduta de uma facção para outra, de modo que parecem ser relativamente gerais ao sistema penitenciário estadual.

Tendo essas questões em vista:

a) as visitas não podem conversar com internos se estes não forem seus parentes;

b) as visitas apenas podem conversar com outros detentos caso receba a permissão de seu companheiro e de outros internos para tanto;

c) as visitas não podem "gerar confusões" nas filas que se formam na entrada na unidade prisional, bem como não devem falar nem rir alto nestes locais;

d) as visitas não devem questionar os agentes penitenciários sobre os procedimentos de revistas realizados – corporal e de alimentos;

e) as visitas não devem mostrar intimidade com os agentes penitenciários;

f) as visitas não devem encarar os internos, especificamente não devem olhar diretamente nos olhos de qualquer preso se ele não for seu parente;

g) as visitas não podem entrar em conflito com outros visitantes na área externa da unidade prisional por questões relacionadas à facção criminosa;

h) as visitas devem usar roupas discretas, ou seja, não devem vestir peças curtas, transparentes ou decotadas, assim como não devem usar peças de cor vermelha, azul escuro ou preta. Devem também usar sapatos abertos, tipo sandália de dedo de plástico. Não podem entrar com adereços femininos como brincos, anéis, cordões, pulseiras, pingentes, perucas, apliques, prendedores de cabelo etc. Permite-se apenas a entrada de aliança;

i) as visitas não podem fazer barulhos durante os encontros íntimos com seu parceiro que possam atrapalhar outros casais;

j) as visitas não podem dizer palavrões, gritar e agredir fisicamente seu parente preso diante de outras famílias e internos no pátio da unidade prisional.

Os presos também devem seguir regras referentes à visitação, algumas das quais bastante similares às prescritas aos seus familiares:

a) os detentos não podem conversar com os visitantes de outros presos;

b) os internos não podem encarar nem olhar diretamente nos olhos das visitas de outros presos. Devem ficar de cabeça baixa quando passar por visitas diferentes das suas;

c) em hipótese nenhuma, os presos podem "mexer" nem "cantar" o visitante de outro preso;

d) os detentos devem manter os espaços para a visitação íntima, os parlatórios, limpos;

e) os presos devem ensinar as regras de visitação a seus familiares;

f) os presos não podem gritar, dizer palavrões e agredir a pessoa que o visita na frente de outras famílias e detentos;

g) os presos não podem fazer barulho durante os encontros íntimos.

Do lado de fora da prisão, os visitantes precisam agir com muita descrição, evitando conflitos e tumultos nas filas. Nestas partes externas, as rivalidades entre as diferentes facções devem ficar em suspenso. Foi mencionado anteriormente sobre o "ônibus da paz", transporte organizado pela SEAP em que não pode haver rivalidades entre facções criminosas.

> A maioria já se conhece, sai na visita é vê: "aquela ali o marido é Comando (*Vermelho)*". Já sabe. "Aquela ali é tal..." Mas não tem problema nenhum de convivência não. Todo mundo se mistura. Quem tem que ver isso são eles (*os presos)*, não a família. (Companheira B)
>
> Tipo assim, eu tenho que respeitar você e você tem que me respeitar. Independente se seu marido, dentro da favela, era gerente, se era o dono, o que for. Lá dentro, todo mundo é igual. (...) Tem mulher que gosta de "ah, porque meu marido era aquilo, meu marido era aquilo outro...". Quer achar melhor, quer achar que pode passar à frente e tudo. Então, lá tem tudo isso e não pode. (Companheira E)

Os familiares não podem se relacionar profundamente com os agentes penitenciários. Não devem também mostrar intimidade nem questionar os procedimentos de revistas realizados. Os visitantes precisam tratá-los com indiferença, como se estivessem cumprindo medidas puramente formais para a inserção na unidade prisional. O objetivo final é o encontro com o preso. A meta do visitante não deveria ser o questionamento sobre os procedimentos de entrada na unidade prisional nem a formação de vínculos de amizade com os agentes da administração penitenciária, por exemplo. Quando se deparam com algum problema durante os procedimentos de revistas, as famílias devem recorrer ao representante dos detentos que reivindicará junto à direção da unidade prisional um melhor tratamento às visitas.

Tornou-se quase unanimidade entre os ex-presos e companheiras entrevistados a discussão sobre o "evitar o olhar" dirigido aos visitantes e aos presos nos pátios da unidade prisional. O ato de ignorar o outro parece ser essencial à boa convivência entre os internos e os familiares, pois instaura uma espécie de respeito entre ambos os atores. Desrespeito seria o preso ou a visita "ficar encarando" ou observando outra pessoa que não pertence à sua família. De fato, o olhar direcionado ao outro é essencial para o início de uma interação face a

face. Sem o olhar do interlocutor torna-se complicado estabelecer algum tipo de vínculo, ainda que para uma interação momentânea. Como o ato de olhar é fortemente restringido na visitação, as interações se tornam bastante limitadas, sendo a princípio estabelecidas apenas entre o preso e seus respectivos familiares. O visitante apenas se relaciona com outra família ou com outro interno no pátio da unidade prisional com a permissão de seu parente preso. Ou seja, as relações nos dias de visitação são mediadas por um terceiro, no caso o próprio familiar privado de liberdade. A citação abaixo indica certa "neurose" do preso que é considerada "válida" para manter o "clima de respeito" no cárcere.

> Então, tem que ter um respeito muito grande. Por exemplo, se você for visitar alguém na cadeia, eu não posso estar te olhando. Eu não posso... Se você é mulher de um companheiro, como eu posso estar te encarando? Não pode. Sempre que eu passar por você, tenho que abaixar a cabeça. Se você for subir uma escada, eu não posso estar subindo a escada atrás de você. Entendeu? Existem umas neuroses que são válidas. Se você passar, eu não posso estar olhando. (Egresso A)

Outro ponto amplamente discutido pelos entrevistados se refere ao tipo de roupas que as mulheres devem usar nos dias de visitação. Não houve nenhum relato sobre as vestimentas masculinas, apenas sobre as femininas. A própria legislação penitenciária do Rio de Janeiro se refere a esta questão ao apresentar um artigo que dispõe sobre os tipos de roupas a serem utilizados durante as visitas às unidades prisionais[20]. A justificativa central é garantir a segurança em dias de visitas. A restrição para determinadas cores das roupas, por exemplo, seria uma forma de evitar a caracterização de facções criminosas. Assim, o Comando Vermelho se identificaria com a cor vermelha. Por outro lado, limita-se o uso de roupas de cores azul ou preta para evitar a confusão entre visitantes e agentes da administração, que usam uniformes com essas colorações.

Torna-se revelador apenas ser permitida pela administração penitenciária a entrada de alianças em detrimento de outros adereços. Uma das justificativas é impedir a circulação de ouro e prata nas unidades prisionais, evitando o comércio clandestino. Em contrapartida, outro efeito dessa medida é a restrição de qualquer objeto que em geral ressalte a identidade feminina. Somente é permitido o uso de um item que revela e divulga publicamente a relação de conjugalidade entre o preso e sua companheira. A aliança se constitui como um dos símbolos sociais de união de um casal. E, em um contexto como o carcerário, parece ajudar a reforçar os laços de afetividade entre o homem e a

20. Resolução 584, Art. 11.

mulher, bem como construir a identidade da visitante como "companheira de preso". Para além desses pontos, a permissão sobre o uso de aliança poderia também ser interpretada como uma forma de controle do cárcere sobre o casal. O uso deste objeto se constitui como um elemento simbólico que ajudaria a motivar a realização das visitas íntimas. Já o preso não usa aliança.

Os ex-presos, familiares e funcionários da administração penitenciária mencionaram que a mulher deve ter ciência de que não vai a um local de lazer. Ela visita uma prisão, lugar de certa tensão e que, portanto, requer um comportamento mais contido. Boa parte dos discursos sobre tema está pautada por uma forte moralidade, como se as mulheres precisassem adotar um comportamento quase religioso nos dias de visita, sendo o cárcere uma espécie de local sagrado. Um gestor da administração penitenciária chegou a mencionar que as mulheres precisam se vestir para a visitação como "se estivessem se arrumando para uma igreja".

> É um local... É um presídio, você não está indo pra uma festa nem nada. Então, você ir com uma roupa chamando muito a atenção, não é legal. Não é um ambiente pra isso. E as guardas também não deixam. É mais uma coisa mais fechada, uma calça. Pega mal uma mulher chegar e... Você está visitando seu marido e você vai com uma roupa meio assim, estranha, transparente, ou alguma coisa assim, todo mundo já não vai achar legal e falar. (Companheira A)

O desentendimento entre o preso e sua companheira somente é permitido pelos presos de uma maneira geral quando for "a prova de som". Isto é, pode haver discussão entre o casal e até mesmo agressão física desde que os atos não causem constrangimentos a outros detentos e a outras visitas. A família é percebida pelos presos como "sagrada", não podendo ser incomodada. Muitos ex-presos mencionaram que a dinâmica de visitação é bastante difícil haja vista os procedimentos de revistas realizados nas entradas das prisões, os desgastes causados pelas filas, a preparação dos materiais a serem levados nos dias de visita etc. Por tais questões, o ambiente durante a visitação deve ser o "melhor possível", evitando constrangimentos adicionais às famílias. O desafio é garantir que uma discussão fique restrita ao casal em um ambiente tão promíscuo como o prisional.

> Às vezes, eu podia ficar chateado contigo. Eu de cara feia pra um lado e você pro outro. Mas, chegar ao ponto de discutir e te xingar eu não posso, porque eu tenho que respeitar a família que está do lado. Se eu xingar um palavrão, eu não estou desrespeitando só você, eu estou desrespeitando a família que está do lado. (Egresso K)

Em suma, o recurso à violência entre o casal é consentido desde que não afete a rotina prisional. Essa tolerância parte não só dos homens – normalmente os agressores –, como também das mulheres – em geral, as vítimas[21]. A narrativa a seguir naturaliza o fato de as mulheres serem as vítimas de violência entre o casal na prisão, bem como reconhece a necessidade de essa violência ser silenciosa para não afetar o ambiente prisional.

"Se vai bater *(o preso na companheira)*, vai bater no cantinho, escondido pra ninguém ver. Mas na frente de todo mundo, assusta muito, porque tem mãe, tem criança. Então, assusta um pouco. (Companheira B)"

Se qualquer um dos pontos citados acima for violado, os presos imporão algum tipo de sanção ao interno desviante, muitas vezes com apoio dos agentes da administração penitenciária. Essas penalizações variam desde uma simples advertência até a morte do preso considerado "infrator". Quando for o familiar o autor da falta, será o seu parente preso quem responderá perante o coletivo.

> Então, tipo assim, eu tenho meu marido preso e do lado de fora e alguém me xinga, ou tenta me agredir. Eu chego e comunico a ele. Aí, ele vai ao presidente da cela, ou da comitiva dentre os presos mesmo e ali tudo se resolve. (Companheira E)
>
> Tu é esposa de um preso. Tu tá ali. Aí o cara tá lá na visita te olhando. Pô, o marido daqui a pouco ia lá e ia querer arrumar um problema. Pode acabar você ir pro cinzeiro. Então, a nossa reunião de presidência na cadeia não é pra te mandar nem ficar tirando vida de ninguém. O intuito era o que? A gente instruir pra não haver isso. (Egresso J)

Segundo o trecho acima, o entrevistado menciona que não costuma ser "intuito" do presidente da cadeia "tirar a vida" de alguém. O objetivo costuma ser "instruir" os presos para não existirem mais desavenças dentro do cárcere. No entanto, ao apontar não ser a meta a morte do preso infrator, já se cria uma possibilidade para que isso ocorra. E há narrativas sobre alguns casos antigos que geraram mortes no sistema penitenciário estadual. Ocorreu uma diminuição no número de assassinatos entre presos, pois aumentou o controle da administração penitenciária sobre essa questão.

21. Musumeci Soares (2012) realiza uma reflexão crítica sobre o conceito de "violência contra a mulher", buscando possibilidades de lidar com a violência sem aprisionar os indivíduos em categorias rígidas, como vítimas e agressores. No entanto, de acordo com as falas dos entrevistados, foi possível levantar que os casos de violência dos presos contra suas companheiras são mais recorrentes, ao passo que não encontrei relatos de violência das mulheres contra seus parceiros presos.

De acordo com alguns ex-presos e companheiras, a estipulação da sanção se relaciona diretamente com quem comete a falta e com o tipo de desvio cometido. Não há um código escrito pelos presos cujo texto expõe os comportamentos infratores e as suas respectivas sanções. A segurança jurídica na prisão é bastante limitada, já que se desconhece qual sanção se aplicaria a um dado comportamento considerado desviante. Por outro lado, a eficácia desse código de conduta da cadeia é grande. O "evitar o olhar", o ser silencioso, o ser discreto e tantos outros comportamentos citados acima compõem a dinâmica de visitação e, por sua vez, formam o *ethos* dos presos e de suas companheiras.

A administração penitenciária também pune os presos no caso de cometimento de algumas das faltas descritas acima. Geralmente, ainda que o desvio tenha sido cometido pelo familiar, pune-se o interno. E as penalizações da SEAP quase sempre se referem à suspensão da visitação.

> A suspensão da visita sempre ocorreu em função de infração disciplinar. Ou por parte da mulher ou por parte do homem. A mulher não podia ser punida, porque ela não cumpre a pena. Mas, o homem podia ser punido. E muitas vezes ele recebia punição, porque a mulher desacatou um guarda, porque as mulheres passavam por situações muitas vezes vexaminosas. Muitas vezes elas ouviam piadinhas deles. As revistas corporais eram muito duras. Às vezes abusavam nas revistas corporais nas mulheres. Então, às vezes dava uns probleminhas de agressão verbal. E isso era... Você não podia punir a mulher. Mas, você punia então, em decorrência, o homem, que ficava sem visita. Suspendia a visita por X tempo. (Funcionário equipe técnica SEAP B)

Segundo exposto no trecho acima, os agentes penitenciários punem com suspensão das visitas aqueles que questionam os procedimentos de revistas íntimas. De igual maneira, os presos também sancionam os internos envolvidos com esse tipo de questão. Por conseguinte, o interno pode ser punido duas vezes – pela administração e pelo coletivo de preso – em decorrência de um mesmo fato.

Um agente penitenciário ressaltou que os dias de visita costumam ser os mais calmos nos cárceres, porque os presos tentam não "criar confusão" diante das famílias. De certa forma, esse ponto de vista deixa implícita a anuência da administração penitenciária em relação às regras criadas pelo coletivo de presos.

> Então, quando a família dele chega é aquela paz, então não tem problema, durante o horário de visita não tem problema na unidade, dificilmente eles criam confusão na hora da visita, porque eles têm que respeitar a família deles, sabe que estão pondo em risco a vida da família deles. Então, eles não criam caso durante o horário de visita, sempre depois. (Agente penitenciário B)

Por isso foi mencionado no início desta seção que as regras formuladas pelos detentos não são necessariamente concorrentes às normas extralegais aplicadas pela SEAP, podendo ser em determinadas circunstâncias coincidentes ou complementares. Os presos reforçam as regras da administração e vice versa. E, por conseguinte, tais regras têm amplo impacto nos comportamentos dos familiares de presos e, por sua vez, das companheiras, bem como nas relações afetivas estabelecidas no cárcere.

6. Considerações finais

Ao fazer uma espécie de retrospectiva da dinâmica de visitação no sistema penitenciário do Rio de Janeiro da década de 1970 até os dias atuais, torna-se possível notar uma espécie de "endurecimento" no sistema de visitação estadual. Se antes as companheiras dos presos eram percebidas como "pontes para a ressocialização", atualmente são passíveis de contínuo controle e suspeição.

A família, especificamente a mulher de preso, é analisada pelos funcionários da administração penitenciária como essencial à instauração de um contexto relativamente pacífico ao ambiente carcerário. Os presos ficam "loucos" sem as visitas, principalmente sem os encontros íntimos. Contudo, a ideia central é a de que a presença de companheiras de presos no cárcere deve ser neutralizada ao máximo, diminuindo os efeitos da importação do lar ao cárcere e, com isso, garantindo a "segurança" na prisão.

Neste contexto, criam-se políticas de visitação mais "duras". Entre outras questões, os procedimentos de revistas são vexatórios, sendo caracterizados por órgãos de Direitos Humanos como profundamente "violadores"; há forte restrição no número de pessoas cadastradas como "pessoa amiga". Para além de seguir as regras impostas pela administração penitenciária, as famílias e os internos devem respeitar um código de conduta bastante rígido. Esse código é aplicado pela massa carcerária e reforçado pela administração penitenciária, a qual prescreve em leis administrativas da SEAP certas normas formuladas pelos presos, como a questão das roupas dos visitantes.

Ao passo que o sistema de visitação se torna mais rigoroso, são criadas formas de burlar o controle institucional. A corrupção marca o sistema penitenciário e provavelmente continuará a perfazer a rotina das unidades prisionais, de modo que práticas como o "ratão" e a entrada de celulares no cárcere serão perpetuadas pelos presos e pelos funcionários da administração carcerária.

Em suma, as relações afetivas no cárcere espelham uma série de microrrelações que compõem boa parte da rotina prisional. São em geral percebidas como importantes ao contexto prisional por todos os atores, mas aos olhos da

administração penitenciária devem ser anuladas ao máximo para não afetar o domínio institucional. Essas relações se tornam, pois, fontes de forte tensão, barganha e poder no contexto carcerário.

7. Referências

Associação pela Reforma Prisional. *Procedimento de revista dos familiares das pessoas presas no estado do Rio de Janeiro – o caso das visitantes do sexo feminino*. Universidade Cândido Mendes. Rio de Janeiro: 2007.

ADORNO, Sérgio. *Crimen, punición y prisiones en Brasil: un retrato sin retoques*. Madri: Quorum (16), 2006.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias do pensamento criminológico*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/ Revan, 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, Analía Soria. *Estado e controle nas prisões*. Cad. CRH, n. 56, Salvador, mai/ago., 2009, v. 22.

BATISTA, Nilo. *Temas do direito penal*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 1999.

BIONDI, Karina. *Junto e misturado: uma etnografia do PCC*. São Paulo: Terceiro Nome, 2010.

BOZZA, Fábio da Silva. Teorias da pena: do discurso jurídico à crítica criminológica. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2013.

CASTRO E SILVA, Anderson Moraes de. *Participo que... Desvelando as punições intramuros*. Rio de Janeiro: Publit, 2011.

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. *As políticas de segurança pública do governo Leonel Brizola*. Arché, ano 7, n. 15, 1998.

COELHO, Edmundo Campos. *A Oficina do Diabo: Crise e Conflito no Sistema Penitenciário do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1987.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história de violência das prisões*. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

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

GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

GODOI, Rafael. *Para uma reflexão sobre os efeitos sociais do encarceramento*. Revista Brasileira de Segurança Pública. p. 138-154. São Paulo: Edição 8, 2011.

Human Rights Watch. *O Brasil atrás das grades*. Relatório de atividades. 1988. Disponível em: [http://199.173.149.120/portuguese/reports/presos/index.htm]. Acesso em: 01.11.2014.

LEMGRUBER, Julita; PAIVA, Anabela. *A dona das chaves: uma mulher no comando das prisões do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro e São Paulo: Record, 2010.

MALAGUTI. *LOIC Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

MARQUES, Adalton. *Crime, proceder, convívio-seguro: um experimento antropológico a partir de relações entre ladrões*. Dissertação de mestrado em antropologia social, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. *Relatório Anual 2015-2016*. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura: Brasília, 2015.

MORGAN, Rod. With respect to order, the rules of the game have changed: new labour's dominance of the "law and order" agenda. *The politics of crime control:* essays in honour of David Downes. New York: Oxford University Press, 2009.

MUSUMECI SOARES. A 'conflitualidade' conjugal e o paradigma da violência contra a mulher. *DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social,* v. 5, n. 2, p. 191-210, 2012.

PAIXÃO, Antonio Luiz. *Recuperar ou punir? Como o Estado trata o criminoso*. São Paulo: Cortez: Autores associados, 1987.

RAMALHO, José Ricardo. *Mundo do crime a ordem pelo avesso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1983.

SANT'ANNA, Maria Josefina Gabriel. *Dinâmica socioespacial, habitação e família na metrópole do Rio de Janeiro.* Rio de Janeiro: Interseções. 2 (2), 2000.

SANTOS, Myrian Sepulveda dos. *História e memória: o caso do Ferrugem*. Revista Brasileira de História. v. 23, n. 46. São Paulo, 2003.

SCURO, Pedro Neto. *Sociologia Geral e Jurídica: Introdução à lógica jurídica, instituições do Direito, evolução e controle social*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SENTO-SÉ, João Trajano. *Imagens da ordem, vertigem do caos: o debate sobre as políticas de segurança pública no Rio de Janeiro, nos anos 80 e 90*. ano 7, n. 19. Rio de Janeiro: Arché, 1998.

SILVESTRE, Giane. *Dias de visita: uma sociologia da punição e das prisões*. São Paulo: Alameda, 2012.

SYKES, G. M. *The society of captives: a study of a maximum security prison*. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

THOMPSON, Augusto. Sistema prisional. *Discursos sediciosos*. Rio de Janeiro. Crime direito e sociedade. n. 13. 2004.

WENDEL, Travis; CURTIS, Ric. *Tolerância zero – A má interpretação dos resultados*. Horizonte antropológico. v.8, n. 18. Porto Alegre, 2002.

ZEMAS, Eugene; CAVAS, Ruth Shonle. *Marital relationship of prisoners*. Journal of Criminal Law and Criminology. v. 49, Issue 1, p. 50-57, 1958.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A prisão dentro da prisão: sínteses de uma visão sobre o encarceramento feminino na 5.ª Região Penitenciária do Rio Grande do Sul, de Luiz Antônio Bogo Chies, Ana Luisa Xavier Barros, Carmen Lúcia Alves da Silva Lopes, Leni Beatriz Correia Colares e Sinara Franke de Oliveira – *RBCCrim* 79/251-280 (DTR\2009\362);
- O núcleo essencial dos direitos fundamentais e o sistema carcerário brasileiro, de Savio Guimarães Rodrigues – *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 8/113-142 (DTR\2015\11472); e
- Percepções sobre o direito de visita no presídio central de Porto Alegre, de Dani Rudnicki e Carla Cristiane Dias dos Santos – *RBCCrim* 115/311-332 (DTR\2015\11463).

Veja também Jurisprudência

- *RT* 967/685 (JRP\2016\717), *RT* 939/413 (JRP\2013\14605), *RT* 931/378 (JRP\2012\40748), *RT* 928/1058 (JRP\2012\39245), e *RT* 908/813 (JRP\2011\2246).