

Editorial

A outra face do medo

O clima de paroxismo que sobrevoa a sociedade brasileira só escaparia a olhos ingênuos. Se o sentimento que une a nação neste momento é o medo, várias são as faces deste medo. Parte da sociedade parece se mover alimentada pelo medo instintivo, imemorial, de ameaças inatas à condição humana (à paz, à segurança, à vida, à família...), e aproveita para propor pautas como o aumento de penas, redução da maioria penal (para os filhos dos outros, é claro), e restrição de direitos fundamentais.

A este medo em estado bruto, vetusto artífice de pautas conservadoras, agrega-se agora também o ódio, outro velho inimigo do Estado de Direito. É neste ponto de convergência cataclísmica de dois gigantes da alma, na já clássica acepção de **Mira y Lopes**, que se desvela outra face do medo, um medo de outra ordem, antítese daquele, um medo não tão atávico, fruto mais da nossa evolução civilizatória do que das nossas fraquezas biológicas, medo de ameaças a valores, digamos, mais modernos como a liberdade, a democracia, os direitos humanos, a tolerância, a dignidade da pessoa humana.

Este instituto, por seu histórico compromisso com valores democráticos e com uma política criminal de matiz racional, insere-se na categoria de cidadãos acometidos por essa outra face do medo.

Um breve retrospecto dos últimos acontecimentos não deixa esconder que não só o Legislativo, casa por natureza aberta aos anseios sociais de todas as posições ideológicas, mas também o Judiciário, de onde se espera os freios de contenção a discursos exaltados, vêm dando sinais de retrocesso na proteção de direitos e garantias fundamentais.

No plano legislativo, multiplicam-se propostas bastante representativas de como, em momentos de crise, o Direito Penal é usado na condição de analgésico para feridas que as políticas públicas não são capazes de tratar.

Mais pela simpatia que granjeiam entre o eleitorado descontente, do que em virtude de sua real efetividade, questões como redução da maioria penal, aumento do catálogo de crimes hediondos (a carência conceitual da hediondez permite enquadrar, na categoria de crime hediondo, as mais díspares condutas típicas), a criação de tipos penais por categorias sociais (vide a criação de figuras qualificadas de homicídios de acordo com gênero ou profissão da vítima) estão sendo votadas a “toque de caixa”, como panaceia geral para todos os males.

No Judiciário também não faltam razões para se preocupar. Parece crescente a predileção por

argumentos de contenção geral da criminalidade em detrimento do exame individualizado e racional do caso concreto.

Não são raras as prisões decretadas sob o pálio da “intranquilidade que acomete a população de bem”, os *habeas corpus* – quando conhecidos – negados sob a justificativa de que a “sociedade já não aguenta mais tanta violência”, condenações proferidas mercê de presunções, e vícios processuais sendo relativizados a fim de que o sistema possa mostrar sua eficiência.

Por outro prisma, a rara colocação na prisão de pessoas saídas dos estratos mais abastados da sociedade vem despertando um sentimento diferente daquele que a criminalidade violenta costuma incutir no espírito da população.

Ao passo que aquela desperta um natural sentimento de medo, a delinquência econômica provoca perturbadoras reações de ódio, aprofundadas no caso brasileiro pelas nossas históricas desigualdades sociais, e mais concretamente no momento atual pelo clima de instabilidade política que se alastra pelo país.

Parece claro que esta fagulha de ódio vem sendo aproveitada para aquecer em fogo alto caldo judicial de indisfarçável conteúdo autoritário, entre cujos ingredientes se encontram a constante legitimação da política de extermínio levada a efeito por nossas forças policiais, a banalização de prisões provisórias – já de nós muito conhecida para clientela preferencial do sistema penal, a população pobre e negra –, o fechar de olhos para a cada vez mais desumana situação do nosso sistema prisional, a relativização de direitos, como a comunicação reservada entre réu e defensor, o uso de prisões para propiciar confissões ou, por vezes, acordos de delação premiada, além de estratégias midiáticas que não se coadunam com a serenidade esperada de um processo penal.

Quando as receitas do medo e do ódio nutrem as atividades legislativas e judiciárias, e os meios de comunicação social, qualquer que seja o instrumento tecnológico empregado, aumentam o fluxo das mensagens da impunidade, da execração e da insegurança coletiva formando a opinião publicada, ninguém pode esperar proteção no exercício de direitos fundamentais, entre os quais se incluem, *prima facie*, a liberdade de locomoção e o devido processo legal. E se liberdade e processo se desajustam, não há mais lugar para um Estado Democrático de Direito, mas perigosamente são abertas, às escâncaras, as portas para um Estado policial e autoritário, no qual as garantias, que devem cercar o cidadão, passam a ser sistematicamente desprezadas.

| Editorial

Meios ocultos de investigação. Contributo mínimo para uma reflexão maior
Manuel Monteiro Guedes Valente ____ 2

Securitización y política criminal actuarial
María Laura Böhm ____ 4

A cultura inquisitiva na Justiça Criminal: a propósito da delação nos sistemas penais contemporâneos
Augusto Jobim do Amaral ____ 6

A influência do poder econômico sobre o poder político
Gilberto Bercovici ____ 8

Ainda sobre o conceito de crime organizado
Vladimir Aras ____ 10

Escândalos de corrupção corporativa: filme de terror sem fim?
Eduardo Saad-Diniz ____ 11

Autoria e participação no ambiente empresarial
Renato de Mello Jorge Silveira e Mariana Tranchesi Ortiz ____ 13

Lavagem de dinheiro e futebol
Thiago Bottino e Pedro Trengrouse ____ 14

Impasses penais e processuais da “política jurisprudencial de drogas”
Rodrigo Duque Estrada Roig ____ 17

O sistema penal e suas inimigas: o controle dos corpos femininos de presas comunistas e traficantes
Priscilla Placha Sá ____ 18

Sobre o cárcere, o Judiciário e irresponsabilidades
Bruno Shimizu ____ 20

Crime de tortura no sistema criminal de justiça penal – Cenários e desafios para a pesquisa
Fernando Afonso Salla e Maria Gorete Marques de Jesus ____ 21

| Descasos

Romualdo
Alexandra Lebelson Szafrir ____ 23

| Caderno de Jurisprudência

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal ____ 1877
Superior Tribunal de Justiça ____ 1877
Superior Tribunal Militar ____ 1878
Tribunal Superior Eleitoral ____ 1879
Tribunal Regional Eleitoral ____ 1879
Tribunais Regionais Federais ____ 1879
Tribunais de Justiça ____ 1879

Meios ocultos de investigação. Contributo mínimo para uma reflexão maior

Manuel Monteiro Guedes Valente

1. Tudo se altera, incluindo a lei. A mutabilidade legislativa é uma realidade incontornável, assumida como mecanismo de responder aos desafios colocados aos seres humanos em cada *tempo* e *espaço* da nossa história. Avocamos dois elementos gravitacionais do múnus científico geral e, muito em especial, do múnus científico do Direito. O *tempo* e o *espaço* são dois elementos axiomáticos essenciais integrantes do tema que trataremos com maior profundidade no seminário internacional e que não podíamos alienar neste pequeno texto.

A face jurídica de um Estado – democrático, securitário, justicialista, autoritário ou totalitário – assenta em uma ordem jurídica ou mais material ou mais positivista que atraca em um *tempo* e em um *espaço* que, no campo jurídico-criminal, podem-se situar em dimensões filosófico-políticas diferenciadas: tempo e espaço da prevenção e tempo e espaço da repressão. Os meios ocultos de investigação ou de obtenção de provas jurídico-criminais ocupam essas duas dimensões jurídico-constitucionais e criminais de ação do Estado na tutela efetiva de bens jurídicos dignos e carentes de tutela penal.

A complexidade societária e as novas tipologias criminógenas, geradoras de novos tipos legais de crime, têm legitimado a admissibilidade de meios de intrusão na esfera nuclear privada dos seres humanos. Os que ousam debater e se opor ao recurso a meios de elevada *danosidade social* – por promoverem uma ultra restrição dos bens jurídicos ou direitos fundamentais pessoais – encontram-se em uma rua estreita e em um espartilho auditivo político. Somos dos poucos que perseveramos na defesa de um sistema que assume a *ratio iuris* – no respeito de uma *ratio legis* humanista – como axioma de uma *ordem jurídica teleológica ou axiológica de princípios gerais do Direito* (VALENTE 2015: 125-132).

O jogo jurídico processual penal já não é a limitatividade da criação de meios intrusivos promissores de confissões inconscientes – como se afere das Constituições democráticas –, mas o de ampliar a criação e o de fomentar o recurso aos meios criados e aprovados com a ideia de eficácia do resultado imediato – *tempo* e *espaço* da investigação – em detrimento da eficiência do resultado – *tempo* e *espaço* do julgamento. Antecipa-se o veredito para a prevenção criminal *stricto sensu*: investigação criminal dominada pelo aparelho policial e pelo Ministério Público com um fugaz e leve controlo do Juiz das liberdades.⁽¹⁾

Este jogo ganha vida no quadrante da decisão política que, nesta área da ciência e da vida comunitária, apelidamos de anorética (primacial precariedade) em axiologia constitucional de um Estado democrático de direito. A eficácia do resultado afoga a opção de uma eficiência do resultado: justiça material sem ofensa e delação dos valores intrínsecos à democracia. O “novo”, que se assume como *transição* a par da “*simultaneidade* de paradigmas” (MARTINS 2013: 80), afasta-se da criação legislante sob a égide da axiologia constitucional e acomoda-se em uma dinâmica de amigo-inimigo, de pessoa-não pessoa, de ser-coisa. A esquizofrenia contraterrorista e de «combate» à criminalidade organizada transnacional – que de organizada tem muito pouco, porque ela é estruturada – é o fundamento (pressuposto), fim e limite da admissibilidade de meios ocultos de investigação que quebram, *ab initio*, a confiança da intersubjetividade comunicativa humana. Vivemos a era dos novos “inimigos” da sociedade, do Estado, que perdem os seus direitos, liberdades e garantias fundamentais processuais penais (VALENTE 2010).

2. A legislação penal material e processual, imbuída de um espírito messiânico de paz pública global e total e de descoberta de uma verdade real, escreve um discurso jurídico-político desconfigurado e longínquo de um Estado de direitos humanos e coloca como máxima finalidade a realização (antecipada) de uma justiça formal, jornalística e popular, que vê nos outros o argueiro e não vê a trave nos seus olhos. Impõe-se, desde logo, a necessidade de recolocar a discussão dos meios ocultos de investigação no quadro da legitimidade constitucional de cada Estado: esta ideia exige um debate científico que demonstre a inadequação, a incapacidade e a inoperabilidade

dos meios abertos de investigação criminal para a realização do Direito como fim último do processo penal. Devemos abandonar, na expressão feliz de **Costa Andrade**, a legislação “à flor da pele” sob pena de não conseguirmos evitar o desaparecimento do Direito na decisão dando-se apenas “lugar ao arbítrio judicial” (PRADO 2014: 65).

Esse debate está longe de acontecer, porque o decisor político reage ao fato hediondo humano – *v.g.*, ataque ou atentado terrorista – em vez de escolher o caminho do estudo e da análise das falhas na prevenção da criminalidade, da incapacidade operativa (e quantas vezes incompetência por desconhecimento) dos operadores judiciais na interpretação e aplicação dos meios abertos de investigação criminal para uma segura e intocável repressão da criminalidade grave, violenta, complexa e altamente especializada. Exige-se um juízo prévio científico de *subsidiariedade* legislante na aprovação e positividade dos meios de investigação criminal sob pena de delatarmos o princípio da *necessidade* restritiva como princípio integrante da *reserva de Constituição* e da *reserva de lei*.

O caminho apontado por nós impõe que avoquemos para a decisão um estudo sobre que meios devem ser adotados pelo direito positivo processual penal – princípio do *catálogo* dos meios ocultos de investigação subordinado aos princípios da *reserva de Constituição* e da *reserva de lei* – e sobre que fundamentos (pressupostos), fins e limites devem regê-los em conformidade com a axiologia constitucional – materialidade axiológica e dimensão formal-procedimental e orgânica (ANDRADE 2009: 112-119) –, não fosse o processo penal o “sismógrafo da Constituição do Estado” (ROXIN 2003: 10). O processo penal é o sismógrafo do tecido constitucional legítimo, válido, vigente e efetivo, encontrando nesse tecido um “limite extremo” (TIEDEMANN 2007: 155).

Este pêndulo dialético intrinca em um pensar político-jurídico para todo e qualquer meio de investigação criminal em um Estado democrático de direito, mas muito mais se impõe para os meios que geram uma *danosidade social* elevada e que, por natureza, quebram os laços de confiança das relações humanas em comunidade: *v.g.*, *escutas telefônicas*; agente *infiltrado* (físico e digital) ou homem de confiança; *observação* oculta ou disfarçada preventiva; *videovigilância* ou investigação criminal administrativa; *buscas* digitais; *gravação* de imagem e de voz (*off*) ou gravações ambientais; *IMSI-Carther* (IMEI); *controlo*, *perseguição* ou *localização permanente* por meio do IMEI do celular ou do IP do nosso laptop ou do GPS das nossas viaturas.

Falamos de um elenco de meios ou métodos ocultos de obtenção de provas – investigação criminal – operacionalizados pelas polícias e que são uma autêntica intrusão nos *tempos* e *espaços* operativos humanos de ação, de interação e de comunicação entre e das pessoas visadas em concreto (quantas vezes pessoas terceiras) com o meio investigativo sem que tenham qualquer conhecimento e sem que se apercebam dessa intrusão e, em simultâneo, produzam prova incriminatória contra si próprias com uma ausência plena de autodeterminação – *liberdade de e em pensar*, *liberdade de e em decidir*, e *liberdade de e em agir* (interagir e comunicar) – e com uma consequente ausência de autorresponsabilidade consciente.

Inconscientes abdicam do direito de recusa a depor perante um tribunal e contribuem para colocar o centro do processo no resultado da investigação criminal (ANDRADE 2009: 107). Pois, são autopolicías investigativas produtores de prova contra si próprias – contribuintes inconscientes da sua própria incriminação [autoincriminam-se] –, abdicam, sem saber, da força jurídico-política do princípio da presunção de inocência – alienam a *incerteza* como característica de qualquer investigação criminal que se afirma, como escreve **Geraldo Prado**, por meio da presunção de inocência (2014: 19) –, e abrem a discussão sobre a instauração de um novo modelo processual penal inquisitivo.

3. O processo legislativo de validação e legitimação *jus normativo*-constitucional destes meios de investigação criminal deve, a par dos princípios constitucionais regentes das restrições de direitos e liberdades fundamentais

pessoais, chamar à colação toda a panóplia de finalidades do processo penal em um Estado democrático de direito sob pena de promovermos revisões constitucionais por meio de leis ordinárias. As finalidades do processo penal mantêm o cordão umbilical ao ADN da legalidade material constitucional de cada Estado democrático de direito e enleiam-se no seu desiderato de construção de uma sociedade mais justa, mais livre e mais solidária.⁽²⁾

Mesmo que se considerasse que o processo penal – que absorve a investigação criminal – fosse uma técnica jurídica artificial destinada a limitar o abuso de poder de punir do Estado [construção em nada convincente nem admitida nos nossos dias, como já havia escrito **Goldschmidt** (2010: 746)], jamais poder-se-ia admitir uma expansão incontrolada de meios ocultos de investigação criminal tipificados em lei – princípio da legalidade formal – sem que primeiro houvesse uma prévia exegese legiferante segundo os axiomas constitucionais referentes à admissibilidade de meios de elevada restritividade de bens jurídicos pessoais ou direitos fundamentais pessoais – intimidade da vida privada, palavra, imagem, sigilo profissional, segredo de Estado, sigilo das e nas telecomunicações, confidencialidade e integralidade dos e nos sistemas técnico-informacionais, autodeterminação informacional (ANDRADE 2009: 106) – e, em segundo lugar, sem que devêssemos proceder a um exame em concreto de que esses meios restritivos de direitos fundamentais pessoais obedecem ou não colidem/violam as finalidades do processo penal democrático: descoberta da verdade material (não real), processual e judicialmente válida que culmina em uma convicção judicial; a realização da justiça conforme ao espírito do princípio do Estado democrático de direito; a efetiva defesa e garantia dos direitos e liberdades fundamentais de todos os cidadãos (vítima direta, vítimas indiretas ou colaterais ou comunitárias, e indiciado/arguido no processo-crime); restabelecimento da paz jurídica e social (VALENTE 2010: 23-28; DIAS 1988-9: 21-26; ROXIN 2000: 1-5).

Estas finalidades devem harmonizar-se – *concordância prática* –, desde logo no tempo e espaço da criação e aprovação dos meios ocultos de investigação criminal pelo poder representativo do povo – político-legislativo – e devem, em cada caso *sub judice*, ser aferidas e prosseguidas por todos os operadores judiciários, em especial pelo Juiz das liberdades, sob pena de se realizar a justiça a qualquer preço. Na decisão de aprovação de meios ocultos de investigação criminal e na decisão de recorrer aos mesmos, deve-se fundamentar a decisão com uma exegese de maximização da cada uma das finalidades sem que as demais se niilifiquem.

Esta posição obriga-nos a relembrar que um processo de mudança, em que o *novo* é a *transição* de um sistema arquetônico democrático de balizas desenhadas no respeito e na prossecução dos pilares da República democrática – dignidade da pessoa humana e vontade do povo – para um sistema arquetônico próximo de uma República securitária ou justicialista (quase autoritária), deve ater-se em uma lógica sistemática jurídica de equilíbrio entre os modelos legiferantes: o modelo *fechado* – positivista puro (ou quase puro) que legitimou os autoritarismos e totalitarismos ao longo da história, mas tem a virtude de limitar o poder estatal e do soberano –; o modelo *aberto* – próprio de Estados totalitários cuja interpretação e hermenêutica da norma cabe ao detentor do poder em cada tempo e espaço, radicando toda a força exegética *normogenética* no soberano, mas, quando em convivência com o moleado *fechado*, tem a virtude de proporcionar um múnus para intervenção dos princípios gerais do Direito dentro de uma ordem teleológica e axiológico-constitucional –; o modelo *causal* – cuja opção político-legislativa e hermenêutica implica a verificação de pressupostos materiais e formais e exigem uma maior purificação filigrana do instituto, da norma ou da regra em conformidade com a *ratio iuris* de um tecido constitucional –; e o modelo *modal* – que exige a verificação de condições (por isso, também designado de modelo condicional) para que se opte por um ou outro caminho no restabelecimento da paz jurídica e social sob a condição de não nihilificar qualquer uma das outras finalidades, outro direito, outra liberdade ou outra garantia fundamental processual –.

Avocar estes modelos para a legiferação dos meios ocultos obriga-nos a aferirmos da *necessidade* de raiz constitucional⁽³⁾ da sua legalização – tipicidade –, abrindo-se o espectro da valoração de provas que até então não podia ocorrer, e a inscrevermos com maior rigor os fundamentos (pressupostos), fins e limites materiais [de juridicidade] e formais-procedimentais e orgânicos [de jurisdicionalidade] do recurso a esses meios. Este rigor legislativo implica uma maior e rigorosa hermenêutica em cada caso de recurso ao meio oculto de investigação por razões de fundamentação⁽⁴⁾ epistemológica, teleológica e axiológica a decorrer em tempos e em espaços distintos: a *montante* [tempo e espaço da investigação criminal pela polícia, pelo Ministério Público e pelo Juiz das liberdades] e a *jusante* [tempo e

espaço de controlo do meio pelo Juiz das liberdades e tempo e espaço da fase solene do devido processo legal que é o julgamento].

Apontamos para uma hermenêutica que não afasta a meta-positividade do Direito, antes a convoca para a discussão crítico-científica, e procura eliminar ao máximo o risco de hermenêuticas matemáticas no recurso aos meios ocultos de investigação criminal. Os caminhos que defendemos neste *contributo mínimo para uma reflexão maior* são fruto da consciência de que não devemos ceder à eficácia e às certezas do imediatismo propaladas por vários atores políticos e judiciários sob pena de delatarmos toda uma arquitetura de legitimidade jus normativo-constitucional e sociológica democrática, assente no princípio democrático do processo penal umbilicalmente ligado à autolimitação e autodeterminação do *Ser*.

Devemos abandonar a precariedade axiológica político-constitucional vivida nos últimos *tempos* e *espaços* em todos os domínios da vida em comunidade, muito em especial no direito penal material e processual, sob pena de nos convertermos em Seres Humanos de dignidade precária.

Referências bibliográficas

- ANDRADE, Manuel da Costa. “*Bruscamente no Verão Passado*”, a Reforma do Código de processo penal. Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 30.ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Lições policopiadas por Maria João Antunes. Coimbra, 1988-9.
- FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal*. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo legal*. Abordagem conforme a Constituição Federal e ao pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso* – I – Problemas fundamentales del derecho. Edição tratada por Jacobo López Barja de Quiroga. Tradução dos textos em alemão de Miguel Ángel Cano Paños *et alii*, dos textos em francês de Juan Delgado Canovas e León García-Comendador Alonso, e dos textos em italiano de Mónica Tirano Pablos. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.
- MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*. The Brazilian Lessons. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistémicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Tradução do alemão *Strafverfahrensrecht* de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editorial del Puerto s.r.l., 2000.
- TIEDERMANN, Klaus. O direito processual penal – Terceira parte. In: ROXIN, Claus, ARZT, Gunther e TIEDERMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Tradução do alemão *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht* de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007. p. 143-230.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito penal do inimigo e o terrorismo* – O “progresso ao retrocesso”. São Paulo: Almedina Brasil, 2010.
- _____. Os direitos fundamentais pessoais como barreira “intransponível” na produção de prova penal. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; DAMAS DA SILVEIRA, Edson. *Prova penal* – Estado Democrático de Direito. Lisboa/Santa Catarina: Rei dos Livros/Empório do Direito, 2015. p. 125-150.
- _____. Processo penal – Tomo I. 3.ª Edição. Coimbra: Almedina, 2010.
- VIEIRA, Renato Stanzola. *Paridade de armas no processo penal*. Coleção Ada Pellegrini Grinover. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

Notas

- (1) Como é de elevada lucidez a caracterização da intervenção do juiz das liberdades de SCHÜNEMANN – *sedativo* – e a caracterização do juiz das liberdades por BRÜNING – *tigre sem dentes* – face à quase inexistência de um verdadeiro juiz das liberdades (juiz de instrução).
- (2) Vejam-se o art. 1.º da Constituição de República Portuguesa e o art. 1.º da Constituição de República Federativa do Brasil.
- (3) Vejam-se o n. 2 do art. 18.º da Constituição da República Portuguesa e o inc. LIV do art. 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil enquanto *cláusula substantiva* geral e aberta, integradora dos princípios gerais do Direito que regem as restrições de direitos e liberdades fundamentais como o princípio da proporcionalidade em sentido lato ou da proibição do excesso que tem como corolários a adequação, a *necessidade* e exigibilidade, e a razoabilidade ou proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido e na linha do Supremo Tribunal Federal se pode ler Luciano FELDENS (2005: 175-177). Paulo BONAVIDES

apresenta-nos um princípio (proporcionalidade – *verhältnismässigkeit*) implícito à ordem jurídico-constitucional material, por ser um princípio que assume a “contenção dos poderes do Estado” [político-legislativo e executivo] (2015: 402), sendo fundamento “à legitimidade de limites que possam ser traçados ao exercício dos direitos fundamentais” (2015: 438), que é *direito positivo*, como “flui do espírito que anima toda sua extensão e profundidade o §2.º do art. 5.º o qual abrange toda a parte não escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição” (2015: 446). Acrescenta que a lesão do princípio da proporcionalidade é a “mais grave das inconstitucionalidades, porque sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia para as liberdades” (2015: 445).

- (4) É de importância extrema que as decisões sejam fundamentadas – como crivo de transparência e manifestação de publicidade – pelos intervenientes no processo

ab initio ad finem de modo a que se submetam à “dupla filtragem: constitucional e convencional, em uma compreensão inserida na complexidade dos fatos, regras e princípios” (GIACOMOLLI 2014: 214) e, desse modo, se possa promover um processo penal democrático assente na *legalidade em igualdade* – esta como direito e princípio do Direito de um Estado democrático (VIEIRA 2014: 22-39) – e se realize a justiça como emanção jurídica da dignidade da pessoa humana.

Manuel Monteiro Guedes Valente

Doutor em Direito.

Diretor do ICPOL-Centro de Investigação.

Professor do ISCPSP e da Universidade Autónoma de Lisboa.

Securitización y política criminal actuarial

María Laura Böhm

1. Orden interior y control social

Foucault había anunciado en 1978, en su brevísimo texto *Nuevo orden interior y control social*,⁽¹⁾ que el Estado de bienestar ya no estaba en condiciones de tener todo bajo su control, y vislumbró dos posibles escenarios de futuro: O bien un Estado totalitario monopartidista, fascista, o una complicada y refinada forma de “desinversión estatal”. Esta segunda forma era la que veía más factible, y la describía con cuatro características: 1. la determinación de ámbitos de alta vulnerabilidad en los que debía lograrse máxima seguridad; 2. el establecimiento de ámbitos donde el control sería más relajado; 3. una suerte de red de información general y permanente por parte del Estado y sobre los individuos; y 4. la conformación de un consenso que pasaría por toda esta serie de controles y coerciones “sin que el poder tenga que intervenir por sí mismo [...] una cierta regulación espontánea que va a hacer que el orden social se autoengendre”.⁽²⁾

Este nuevo orden interior pensado por **Foucault** parece haber pronosticado el doble camino adoptado a grandes rasgos por muchas políticas criminales en la actualidad. Los ámbitos en los cuales no puede haber ningún tipo de permiso o consideración y en los que por lo tanto todos los peligros deben ser neutralizados, son los ámbitos en los cuales las políticas de seguridad aplican métodos de exclusión respecto de aquellos que son o podrían ser considerados una amenaza para la seguridad. Para llegar a esa solución de exclusión a menudo se ponen en movimiento procesos de securitización.

La segunda característica de este orden interior pos-welfarista se corresponde por su parte con una lógica gubernamental, esto es, con políticas criminales que diseñan técnicas y tecnologías que permiten una intervención a distancia, no individualista, sino administradora tanto de los espacios de libertad como de los riesgos que en esos espacios se generan y/o construyen. La criminología actuarial es un ejemplo de esta lógica.

2. Securitización

Securitization es el proceso discursivo por el cual se genera la convicción en la sociedad de que un sector de ella se encuentra en peligro y necesitado de protección respecto de un grupo o evento que es construido como la amenaza que debe ser neutralizada.⁽³⁾ Un fenómeno (por ej., el terrorismo o el crimen organizado) o un colectivo (por ej. los ofensores sexuales, los inmigrantes indocumentados, los adolescentes marginales, o el pueblo mapuche⁽⁴⁾) es presentado primeramente como problema social, luego como problema político, más tarde como problema de seguridad y finalmente como amenaza existencial a combatir, y se habilita para dicha tarea la adopción de medidas extremas, apoyadas y requeridas por el temor de la sociedad. El proceso de securitización es un proceso fundamentalmente político que involucra a los miembros de la sociedad en general, a los medios de comunicación, y a los actores propiamente políticos, que son quienes pueden eventualmente beneficiarse con un proceso de securitización exitoso. Mediante este proceso, complejos conflictos socioeconómicos o culturales, se ven reducidos a cuestiones fácilmente “simbolizables” y manejables, de manera que tanto “el problema” como “la solución” sean visibles y comprensibles para la mayoría

de la población. Si se plantea por ejemplo a “las drogas” como amenaza, es posible que medidas legales y de intervención policial, operativos espectaculares y detenciones masivas en barrios marginales generen en la sociedad la sensación de que los políticos se están ocupando y de que la amenaza se logrará disminuir. Las figuras políticas que hayan intervenido en el proceso securitizante podrán salir al menos en el corto plazo políticamente beneficiadas, aunque las drogas nunca hayan sido una amenaza existencial, aunque el público esté tan (in)seguro ahora como antes, y aunque las medidas adoptadas hayan sido predominantemente simbólicas.

El sistema penal, siempre disponible e indudable portador de esa importante carga simbólica, es uno de los medios favoritos de los procesos de securitización. Estos procesos son los que muchas veces culminan en legislaciones excepcionales y de emergencia, esas legislaciones y prácticas que se pueden identificar tanto con la *criminología del otro*, de la que habla el inglés **David Garland**, como con el polémico derecho penal del enemigo puesto a discusión por el alemán **Günther Jakobs**. Se trata siempre de estos ámbitos en los que, como decía **Foucault**, el Estado decide que instaurará seguridad a todo costo, incluso mediante mecanismos de defensa y de lucha ajenos a su sistema penal. Si se piensa en estas concreciones de los procesos de securitización, se comprende que luego de cada nueva movida securitizante que resulta exitosa, el sistema penal queda más desfigurado, y que el derecho penal debilita sus principios y redibuja los límites que impone al poder estatal.

3. Política criminal actuarial

En su obra *La sociedad del riesgo* (*Risikogesellschaft*, 1986) **Ulrich Beck** explica que los riesgos, si bien son dependientes de los procesos de producción – mayor desarrollo, mayores riesgos –, en realidad son resultado a la vez de la construcción social, ya que están basados en interpretaciones causales, es decir, dependientes del conocimiento, y abiertos a procesos sociales de definición, lo cual pone en evidencia su potencial político. Entender a los riesgos como construcciones sociales es la manera más útil de comprender, por ejemplo, la funcionalidad que el trabajo con “riesgos” (y no con hechos delictivos) ha tenido para las agencias de intervención en el ámbito de la política criminal. **Robert Castel** lo ha dicho con mucha claridad, en dos pasajes que me permito transcribir:

“Un riesgo no es el resultado de un peligro concreto del que es portador un individuo o incluso un grupo determinado, sino que es un efecto de la correlación de datos abstractos o factores que hacen más o menos probable la materialización de comportamientos indeseables. [...] La presencia de un conjunto o de determinados factores de riesgo desencadena automáticamente una señal”⁽⁵⁾ y que “Para ser considerado sospechoso ya no es necesario manifestar síntomas de peligrosidad o de anomalía, basta con presentar algunas particularidades que los especialistas, responsables de la definición de una política preventiva, han instituido en factores de riesgo”.⁽⁶⁾

Dado que no se trata de la intervención respecto de individuos sino sobre miembros de grupos por el solo hecho de pertenecer a ellos, la administración de riesgos en el ámbito de la política criminal está vinculada a la lógica de

los cálculos actuariales. En la justicia actuarial la figura del “criminal” se disuelve, y se habla de “riesgos”. Hablar de riesgo significa en este sentido hablar de la adscripción de una cierta calidad que habilita la intervención del sistema penal. Los riesgos, así entendidos, son administrados a fin de prevenir que ocurran a futuro daños concretos – lo cual es diferente de la idea de un delito cometido, que debe ser investigado y eventualmente sancionado. Todo factor que pudiera dejar presumir esta puesta en riesgo es colocado en una matrix o co-construido junto a otros factores de riesgo que habilitan la intervención del sistema penal sin la existencia de delito. Estos factores pueden ser relevados y contruidos como factores de riesgo a partir de la acumulación y análisis de patrones de sospecha en los registros policiales, o a partir de la integración de un grupo que vive y trabaja cotidianamente en un área catalogada como de “alto riesgo” por la cantidad de infracciones, el nivel de desocupación, el estrato socioeconómico de sus vecinos, etc.⁽⁷⁾ De todas formas, “esto no significa que los individuos desaparecen en el sistema penal. Permanecen, pero cada vez más son entendidos no como sujetos coherentes, ya sea como agentes morales, psicológicos o económicos, sino como miembros de una subpoblación particular y su intersección de indicadores categoriales”.⁽⁸⁾

La criminología actuarial estudia el control o administración de grupos o zonas considerados estadísticamente riesgosos, como decía Foucault en su segunda característica, pero sin que esto implique la elevación del potencial conflicto a la categoría de “inseguridad” ni la adopción necesaria de medidas de exclusión y neutralización. Se trata más bien de generar técnicas que los puedan detectar, monitorear, y mantener dentro de índices aceptables.

4. Reflexiones finales

Hasta ahora nos hemos detenido en las primeras características dadas por Foucault al control social que imaginaba en ese Estado de desinversión: los ámbitos en que se construye la idea de extrema seguridad, y los ámbitos en que se acepta la existencia de riesgos que deben ser administrados. Ni los procesos de securitización ni la justicia actuarial serían imaginables, si no se dieran las características restantes: fomento del consenso, y construcción de redes de información.

El fomento del consenso, que Foucault menciona como cuarta característica, se desprende (sin acción estatal violenta, ni directa ni visible) de la complementación recíproca de seguridad y libertad. Los sujetos que se desenvuelven en los ámbitos “liberales” toman a su cargo el control y manejo de riesgos y se perciben a sí mismos como beneficiarios de las medidas excluyentes adoptadas en los ámbitos de “seguridad” respecto de quienes pudieran representar una amenaza. En los procesos de securitización, es precisamente la conformación de este consenso discursivo el que moviliza y hace posible que sean adoptadas medidas excepcionales de protección y defensa. Este consenso tiene lugar a partir de la estrecha interrelación entre actores privados, organizaciones, medios masivos de comunicación y actores políticos. Los medios masivos de comunicación, comunicadores de demandas y respuestas, son el canal de creación de consenso por excelencia. Y aquí, la tercera característica mencionada por Foucault resulta también significativa en este contexto, ya que resalta el rol de las constantes y fluidas comunicación y transferencia de información a través de la red social, las cuales no son difíciles de lograr en estos tiempos de la informática, de las redes sociales cibernéticas, de las fuentes de información multimediales y de la globalización en general. La información que tecnológicamente es acumulable y analizable sobre individuos, sobre grupos, sobre movimientos culturales y transacciones comerciales, toda esta inmensurable cantidad de información nutre las bases de datos que luego se utilizan para el diseño

de patrones de riesgo, mapas de delito, cálculos actuariales, construcción y diseño de ámbitos de riesgo. La justicia actuarial no sería imaginable sin estas redes de información.

Podría plantearse ahora la pregunta sobre las dinámicas de actuación y el impacto de la implementación conjunta de estas formas de política criminal y control social en los países americanos de habla hispana y portuguesa. Ni Foucault, ni Garland, ni Jakobs se refieren a nuestro contexto, y sin embargo, mucho de lo dicho se puede reconocer en nuestras políticas. Existen procesos de securitización que presentan como amenazas a los pueblos indígenas que reclaman por sus derechos, a los jóvenes marginales que reproducen la violencia por ellos sufrida, o a los inmigrantes indocumentados. Existen prácticas de justicia actuarial en las razas de barrios deprimidos, en el fichaje y hostigamiento policial de habitantes de vecindarios vulnerables, en el diseño de mapas de inseguridad que alertan y ahuyentan a los visitantes.

Si se acepta que estas políticas son extrañas a la idea del derecho penal que sería deseable en los Estados de Derecho. Si se acepta, además, que el potencial de resistencia tanto a los procesos securitizantes como a la intervención penal sin delito de la justicia actuarial, reside en la reversión de los canales de información y en la resistencia frente al consenso punitivista, estaríamos aceptando que en cada miembro de la sociedad reside la posibilidad de reconducción de la normativa, teoría y práctica penal al espacio reducido y modesto de *ultima ratio* que le debería corresponder.

Notas

- (1) M. Foucault (1991): Nuevo Orden interior y Control Social, en: *id.*, *Saber y Verdad*, Madrid: La Piqueta, 163-166. Sobre este trabajo de Foucault véase ya M.L. Böhm (2007): Políticas Criminales Complementarias. Una perspectiva biopolítica, en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Colección Criminología, teoría y praxis* (Ad Hoc), n. 4, 69-106: p. 80 ss.
- (2) M. Foucault 1991 (op. cit.): 166.
- (3) Para mayor desarrollo y fuentes véase M.L. Böhm (2013): Securitización, en: *Revista Penal (España)*, n. 32 (Julio), 72-90.
- (4) Para mayor desarrollo de estos ejemplos véase M.L. Böhm (2012), *El ente inseguridad y la inseguridad del derecho penal – Reflexiones a partir del caso alemán*, en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año 2, Nro. 3 (abril), 156-180 (= en Brasil: *Revista de Estudos Criminais*, 2013, n. 49, 25-68), y M.L. Böhm (2013): “Políticas de Seguridad y Neoliberalismo”, en: A. Fernández Steinko (comp.), *Delincuencia, Finanzas y Globalización*, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.
- (5) R. Castel (1986): De la peligrosidad al riesgo, en: F. Alvarez Uría/J. Varela (comp.), *Materiales de sociología crítica*, Madrid: La Piqueta, 219-243: p. 229 s.
- (6) Castel 1986 (op. cit.): 232.
- (7) Sobre el funcionamiento de esta lógica véase en detalle Castel 1986 (op. cit.): *passim*, y para las ideas iniciales de esta criminología M. Feeley/J. Simon (1994): *Actuarial Justice. The Emerging New Criminal Law*, en: D. Nelken (comp.): *The Futures of Criminology*, London, 173-201 y M. Feeley/J. Simon (1995): *La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicaciones*, en: *Delito y Sociedad*, Año 4, n. 6-7, 33-58.
- (8) Feeley/Simon 1994 (op. cit.), p. 178.

María Laura Böhm

Diplomada en Criminología y Doctora en Ciencias Sociales
(Universität Hamburg, Alemania).

Profesora de Política Criminal, Derechos Humanos y
Criminología (UBA - Langdozentur DAAD).

Abogada y Magister en Criminología (UBA y UNLM,
Argentina).



DIRETORIA DA GESTÃO 2015/2016

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Andre Pires de Andrade Kehdi
1.º Vice-Presidente: Alberto Silva Franco
2.º Vice-Presidente: Cristiano Avila Maronna
1.º Secretário: Fábio Tofic Simantob
2.ª Secretária: Eleonora Rangel Nacif
1.ª Tesoureira: Fernanda Regina Vilares
2.ª Tesoureira: Cecília de Souza Santos
Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais: Carlos Isa

CONSELHO CONSULTIVO

Carlos Vico Mañas
Ivan Martins Motta
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Marta Saad
Sérgio Mazina Martins

OUVIDOR

Yuri Felix

A cultura inquisitiva na Justiça Criminal: a propósito da delação nos sistemas penais contemporâneos

Augusto Jobim do Amaral

Entre os meses de abril e maio de 1981, **Michel Foucault** ministrou um seminário na Universidade Católica de Louvain chamado “*Mal faire, dire vrai. Fonction de l’aveu en justice*” (Presses Universitaires de Louvain/University of Chicago Press, 2012). O “curso de Louvain” fora dado a criminólogos interessados a interrogar a história da *confissão* como forma de vínculo e relação entre verificação e jurisdição. Como que em uma banda de Moebius, o político e o filosófico se integram neste estudo para fazer uma *etnologia do dizer verdadeiro*. De um modo geral, da ligação dos indivíduos dada pelas formas de verificação, **Foucault** concebe a *confissão* como “*um ato verbal mediante o qual o sujeito põe uma afirmação sobre o que ele mesmo é, comprometendo-se com essa verdade, pondo-se numa relação de dependência com relação ao outro e, por sua vez, também transforma a relação que tem consigo mesmo*”.

Neste instante, nem a nós, muito menos a **Foucault**, dentro de uma filosofia crítica das veridicações, cabe investigar sobre que condições pode haver um enunciado verdadeiro, todavia parece mais importante perguntar diretamente sobre as *formas de verificação*, quer dizer, quais são os diferentes jogos de verdade/falsidade que se instauram nos diversos modos do *dizer verdadeiro*. Em suma: qual seria o lugar e o papel do *dizer verdadeiro* na prática judicial? Nesta história política das veridicações é que se poderá perceber como pôde aparecer, em que condições, determinado modo de verificação (*Wahrsagen*) e o que isso representa. Estudar o *governo pela verdade* acaba sendo a reflexão sobre o *dizer verdadeiro* como prática social, ou seja, pensá-lo como uma arma nas relações entre os sujeitos, um modificador de força entre aqueles que falam e como elemento dentro de uma estrutura institucional. No aspecto judicial, assim, em que a *palavra de verdade* e *palavra de justiça* se conectam, precisamente, esses contornos chamam mais a atenção e ganham importância inédita. Será desde a *parelha verificação-jurisdição foucaultiana*, ou como o *dizer a verdade* passa também a *dizer o justo*, que nos arriscaremos brevemente deslizar para, no final, perceber no que vem a calhar o pensamento acerca da *confissão* como técnica de autoverificação e as práticas de *delação*, particularmente no contexto brasileiro.

Dentro dos marcos da etnologia política-institucional do *dizer verdadeiro*, **Foucault** perpassa no Seminário ao menos três importantes domínios históricos: a antiguidade clássica grega, o momento cristão medieval e, por fim, o domínio moderno contemporâneo. Ao nosso interesse imediato, neste longuíssimo e complexo trajeto, no momento medieval cristão, cabe destacar o instante ainda anterior ao da *juridificação da penitência* (dada através da sua sacramentalização no século XIII). No cristianismo primitivo (que vai até Santo Agostinho), a penitência era um recurso não renovável para o sujeito reintegrar-se à comunidade, uma espécie de reconhecimento da condição de pecador (*exomologesis*), centrado em um grande ritual de suplício, em que a verificação advinha de uma *mortificação do corpo*. Nada desta manifestação espetacular de martírio (central até o século V) ainda se assemelhava com a enunciação verbal dos pecados ligada à *confissão*. No entanto, o panorama modifica-se com as práticas monásticas (monacato entre os séculos IV-V) em que o *dizer a verdade* torna-se central neste movimento ascético ligado às relações de obediência, submissão e direção contínua e infinita. O central agora é o *exercício de linguagem: deve-se falar* – verbalização para implicar domínio, daí o nascimento do *princípio da confissão perpétua* ligado diretamente ao princípio geral de obediência. **Foucault** destaca que este programa irrealizável de *confissão* permanente de si verificada no monacato, juntamente com o trabalho como valor espiritual de hierarquia e regulação, permite surgir

nos mosteiros uma codificação rigorosa das faltas e principalmente de castigos. Noutros termos, há um duplo movimento, do século IV ao VII, que levará à chamada *penitência tarifada* (1 penitência = 1 falta) a partir do século VII: por um lado, a dificuldade de aplicar nas comunidades monásticas a *confissão* permanente faz ingressar outras técnicas, como a do castigo diante da falta cometida. Já, em outra parte, nas comunidades não monásticas, viu-se a atenuação do princípio da *exomologesis*, em que a penitência passa a ser ajustada às novas funções de direção espiritual (função pastoral), ou seja, a obrigação de verdade com relação a um outro passa por uma série de codificações de condutas e sanções. Portanto, explica-se como o monacato agregado ao direito germânico da época acaba por ser fundamental para a formação da ideia de proporção entre pecado-satisfação. Pode-se dizer que emerge um sistema econômico de transação de penitências, sobretudo determinante na história da jurisdicionalização da Igreja convertida como Poder a infringir penas civis/canônicas.

Será assim, com a Igreja convertida em poder jurisdicional que, a partir do século X, haverá a juridificação da penitência por meio da sua sacramentalização (consagrada por intermédio do Canon XXI no Concílio IV de Latrão em 1215). Tal obrigação universal de confessar, independentemente se pecado há, é a estampa da *confissão* como operador primordial para entender desde lá a superposição da *forma sacramental* e da *forma judicial da penitência*. A cena judicial se estabelece como estrutura da relação Homem e Deus, quase que como condição do poder temporal da Igreja. A introdução deste “sujeito confessante”, incitado a dizer o que se pergunta, ademais de ter podido manter unidas ambas as dimensões, teve papel indispensável na maquinaria penal, consolidando o poder punitivo e a institucionalização da sua prática judicial.

Em uma primeira curva de análise, foi a inquisição (pouco afeita a simplificações), com a juridicização das práticas eclesásticas e com o desenvolvimento das monarquias desde um “Estado de Justiça”, mormente deslocando o peso do *enfrentamento* característico dos modelos germânicos (adversariais) para a *decisão* (resolução do soberano desde o estabelecimento da verdade, decidindo-se por uma sanção a partir do apurado), que elevou a *confissão como peça central* da prática judicial a partir do século XII. Aqui, sua importância também reside por se situar na fronteira entre os processos acusatório e inquisitório. Lembremo-nos de que nas ordálias a *confissão* era extraída dos desafios e enfrentamentos, ligada às *práticas de prova*. Porém a base da *confissão* dada pela inquisição fará com que ela seja uma estranha mescla entre *constatação da prova* e a *própria corroboração da verdade*, ou seja, ao mesmo tempo *verdade e prova* – daí por que *extrair a confissão é a prova inquisitorial da verdade*. A seu turno, o método da *tortura* que permite arrancar tal verdade, nunca esqueçamos, dever ser visto, não como mera prática selvagem, mas com um jogo, profundamente regulamentado em seu procedimento, bem determinado seus meios, formas e intensidades. Para além da retomada da *tortura* quando do estabelecimento das grandes estruturas estatais, nos séculos XVI e XVII, cabe frisar através disso a inclusão da *confissão* (como “prova plena”) nos então sistemas de “provas legais”. Em apertada síntese, até o século XVIII, há um vínculo essencial da *confissão* com a *tortura* e com a *prova legal*.

Ponto de giro importante ao nosso argumento: o que aconteceu, porém, a partir da segunda metade do século XVIII com o crepúsculo dos elementos *tortura* e *prova legal*? Poderia se indagar se, com os ditos códigos modernos, a *confissão* perdeu a importância? Resposta peremptória: não! Muito pelo contrário, a *confissão* ganhou valor ímpar sustentado até hoje

nos sistemas penais contemporâneos. Todavia, para isso há que se atentar ao novo significado geral do sistema penal dado à época. Ao menos duas dimensões são fundantes aqui.

Primeiro, em linhas gerais, para os contratualistas de então, o que deveria fundar a lei era a vontade de todos. Assim, o traço de permanência nas teorias penais surgidas na época (mantido até hoje), é a ideia de que, quando alguém comete um crime, será punido em conformidade a uma lei querida por ele, ou seja, uma espécie de autocastigo. Desde a premissa de que lei estampa a vontade geral, nasce a ficção de que aquele que cometeu o crime deve se reconhecer na lei que o afeta, validando o castigo que irá sofrer. Como se, pela confissão, não dissesse apenas “sim, cometi/cometemos o crime”, mas, sobretudo, ao dizer, expressasse de alguma forma o princípio mesmo da lei penal, legitimando-o. Trata-se, com a argúcia própria da chamada ilustração penal, de uma refundação da defesa social, agora nos limites de um rito de soberania, que fará permanentemente recordar um místico pacto social, tendo a confissão como elemento inafastável. Sem termos claro que isso até hoje se mantém como exigência operativa exatamente porque diz respeito aos fundamentos mesmos do poder de punir exercidos por meio do sistema penal, pouco se entenderá do papel simbólico e central da confissão, e da delação por conseguinte, em nosso cotidiano judicial.

A confissão, desta maneira, passa a ser vista como ato que deve manifestar como verdade o que é o exercício do suposto “direito de punir”. Diretamente aí a importância atualíssima em nossos sistemas penais, em que se têm recorrido ostensiva e compulsivamente às técnicas de confissão, delação e afins, como que para retomar o fundo perdido de legitimidade de um poder punitivo vagando na busca de restaurar e recordar o pacto que fundaria a soberania da sua instituição judicial. Por último, não se olvide que a confissão, dentro do panorama descrito, mormente dos discursos de legitimação da pena, resumidos mediante a dupla função, castigar e corrigir próprias do período, acaba por envolver também outra valência. Se a pena, sob tais discursos de uma nova economia da punição do século XVIII, além de punir, deve corrigir, o ato de confessar do agente, muito para além de representar a assunção de sua culpa, havendo o reconhecimento do castigo como algo justo, ainda mais, há nesta confissão a aceitação desde logo em participar dos efeitos corretivos que se atribui ao castigo. Enfim, aqui a confissão paira como a primeira prenda do pacto punitivo.

A confissão, noutro aspecto, dentro desse novo regime de verdade, acaba assumindo nova propriedade ainda. Naquele momento, ao sair do modelo probatório tarifado definido por um código prévio, o que entrava em jogo era o vetor da consciência do julgador. Toca a ele dizer o que é convincente ou não, alijado de complicados cálculos sobre elementos de prova, em que a verdade não se pondera mais conforme unidades de medida dadas de antemão. Na prática penal, a partir da segunda metade do século XVIII, a verdade deve se definir pelos elementos de demonstração ponderados racionalmente pelo julgador, o que quer dizer que a verdade que passa a atuar nesse terreno é da sorte de um assunto comum a todos, devendo ser produzida como assunto patente a todo homem soberano em sua racionalidade e consciência. Não se precisará deduzir disso a importância inédita que a confissão toma como prova irrefutável, equivalente à evidência em matéria penal e, por consequência, convertendo-se na forma de prova mais buscada judicialmente.

Em apertada síntese, deve-se destacar que o operador da confissão (1) recorda o princípio, reinstaura o pacto implícito sobre o qual se funda a soberania da instituição judicial e constitui um compromisso punitivo que dá sentido à sanção imposta; e (2) por uma espécie de “contrato de verdade”, permite a quem julga saber com um saber indubitável, por isso sua deriva à banalização, representado por alguns sintomas os quais cabe sempre percebê-los.

Portanto, o que a confissão, traduzida em necessidade fundacional do sistema penal, ao menos desde o século XVIII, tem a nos dizer sobre suas práticas desdobradas, como da delação (ou seus eufemismos de colaboração) nestes e noutros contextos sistemas judiciais penais, que talvez ainda não tenham sido suficientemente exploradas? Por que em cenários de crises naturalizadas por demandas constantes de punição

e por populismos instrumentalizados midiaticamente e recepcionados pelos atores jurídico-penais, o recurso a seus métodos são recorrentes? Por que em certos ambientes os processos criminais se movem como que máquinas a serem impulsionadas por delações consecutivas apostas com o valor de verdade ou como premissas a conduzir o juízo?

Talvez a pista esteja na principal característica que carrega a confissão acima de qualquer outra: ser da ordem da *dramaturgia*. Segundo **Foucault**, ponto sensível da “dramática” judicial-penal será todo o elemento que, em um cenário, ponha em manifesto o fundamento de legitimidade e o sentido daquilo que nele se desenvolve. Por isso a intensidade ímpar encontrada na confissão, e o recurso a ela e a sua lógica sempre em momentos peculiares.

Nada ornamental, portanto, o exame que queira pensar sobre como vêm operando as práticas de delações e o porquê de sua posição de destaque na grande escala dos processos criminais atualmente. Diga-se diretamente: sempre que a cada instante de exposição de sua falência e ilegitimidade o poder punitivo venha a ser confrontado – como se fossem baterias de defesa dinamizadas pelos mais diversos atores (políticos) que se prestem a este papel – sua dinâmica indicará movimentos em direção à tentativa de restaurar algum fundo de soberania perdido ou alguma justificação fracassada.

Se estamos hoje às voltas, quicá como nunca, da permeabilidade a uma rotina que acaba por reconduzir a confissão ao trono da rainha das provas, pouco avançaremos se tais figuras forem encaradas apenas sob argumentos comuns. Se premiar a delação é escancaradamente transmitir valores tão negativos quanto o que se supõe enfrentar, encerrando atitudes profundamente reprováveis no plano ético chanceladas pelo Estado, já pouco se consegue esconder seu parentesco com a chantagem institucionalizada. Tudo isso, e muito mais, à exaustão, já foi criticado sem talvez se chegar ao ponto nodal. O que parece não ter sido explorado a contento é o que representa as agências de punição lançarem mão compulsivamente, como prática generalizada, de meios que tentam viabilizar a pena mediante a colaboração daquele que irá sofrê-la, ou seja, o que há por detrás da lógica do binômio confissão/tortura que vimos? Tentamos aqui lançar alguma direção. As pulsões concentradas nas atuais práticas de delação, por exemplo, apenas poderão ganhar contornos profícuos de análise se forem vistas, além de tudo, como sintoma de algo pouco mais profundo e desafiador: a percepção de que um poder punitivo, carente de legitimidade, quem sabe nos seus estertores e por intermédio de quem esteja disposto a se lançar nessa cruzada, tenta restaurar e revalidar, a todo instante, algum fundamento de existência perdido.

A hipótese central esboçada, ainda que rapidamente, daquilo que a história dos jogos de verdade e de poder nos indica é: *a confissão/delação, por seu caráter de dramaturgia que põe de manifesto o fundamento da punição em si, desnuda-se como elemento central de adesão à legitimidade do poder punitivo, podendo-se surpreender e entender o recurso a estes dispositivos pelas maquinarias jurídico-penais autoritárias preocupadas em garantir seu exercício*. Sob o adágio da confissão, se vê reiteradamente os fascismos sociais tomarem protagonismo, ou seja, *diretamente conectadas estão o maior recurso a tais práticas e a tamanha intensidade autoritária de seu sistema de justiça*. Será exatamente em instantes da maior exposição da ilegitimidade do poder punitivo que ele próprio, por intermédio de seus agentes, lançará mãos de diferentes linguagens autoritárias, prontas a se expandirem por meio de alguma gramática, como a da confissão, representante privilegiada que é da permanente tentativa de recobrar a validade e a soberania do poder punitivo.

Augusto Jobim do Amaral

Doutor em Altos Estudos Contemporâneos (Ciência Política, História das Ideias e Estudos Internacionais Comparativos) pela Universidade de Coimbra.

Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS.
Professor de Faculdade de Direito da PUCRS.

A influência do poder econômico sobre o poder político

Gilberto Bercovici

O Estado deve garantir a proteção jurídica e a segurança sem as quais é impossível o desenvolvimento do capitalismo e a edificação da economia de mercado. E o mercado não é exclusivamente econômico, mas diz respeito às relações sociais e políticas. No entanto, a concepção proveniente de **Adam Smith**, verdadeiro anti-**Maquiavel**, é a da despolitização radical das relações socioeconômicas, como demonstra **Rosanvallon**, entendendo que a sociedade de mercado é governada pela economia, não pela política.⁽¹⁾

A valorização da Constituição como norma é utilizada para fazer frente ao discurso revolucionário da soberania popular. O constitucionalismo busca a estabilidade ameaçada pela interpretação radical e democrática da revolução. Mais do que isso, o ciclo polibiano das formas de governo vai ser imobilizado pela pretensão de eternidade do liberalismo. O constitucionalismo e sua pretensão de permanência, caracterizada pela rigidez constitucional, tenta evitar a degenerescência da forma política liberal, buscando encerrar a contingência e o dinamismo da política expostos por **Maquiavel**. O constitucionalismo liberal tinha essa função e, para garantir a ordem de mercado constitucional contra o eventual ressurgimento do poder constituinte, o estado de exceção foi modificado. A salvaguarda do Estado não é da instituição, que, de acordo com **François Saint-Bonnet**, é indiferente à pessoa do titular do poder, mas é a salvaguarda do soberano, de seu poder de fazer a Constituição e as leis. No Estado constitucional moderno, invoca-se a salvaguarda do Estado, no sentido da salvaguarda da Constituição, para justificar a violação da Constituição. A Constituição é violada para salvar o regime.⁽²⁾ Da garantia do Estado, passa-se à garantia da Constituição.

Apesar do estado de exceção constitucionalizado a partir do século XIX, as novas manifestações do poder constituinte do povo, especialmente após a Primeira Guerra Mundial, vão instituir as constituições de compromisso do século XX, em que a Constituição não mais se limitava a garantir a ordem do mercado. Pelo contrário, se dirigia muitas vezes contra os fundamentos daquela ordem. **Carl Schmitt** percebeu, então, que o estado de exceção no século XX havia passado por uma profunda transformação: a exceção não mais era a garantia da ordem constitucional, como no século XIX. Afinal, a ordem constitucional não garantia mais o mercado. A exceção passa a ser utilizada, dos modos mais diversos, permanentemente, não para garantir o Estado ou a Constituição, mas para garantir o próprio capitalismo, ou, na expressão consagrada de **Polanyi**, o “*moinho satânico*”, que transforma os homens em massa, triturando as vidas do povo.⁽³⁾

Ainda de acordo com a análise de **Polanyi**, o sufrágio universal atribuiu influência decisiva aos trabalhadores na condução do Estado. Enquanto não houve pressão sobre o mercado, esta influência foi aceita. No entanto, a partir do momento em que as classes proprietárias e os trabalhadores entram em confronto em torno do papel do Estado e da distribuição dos recursos públicos, o fascismo surge como uma alternativa para solucionar este impasse entre os trabalhadores e os detentores do poder econômico. O perigo não era o comunismo, mas a possibilidade de intervenção efetiva dos trabalhadores na condução da política econômica estatal, interferindo na ordem de mercado e prejudicando os interesses da burguesia. O fascismo, assim, é uma reforma da economia de mercado com o preço da extinção das instituições democráticas. **Polanyi** descreve também o processo, ocorrido na Europa dos anos 1920, de acusação dos parlamentos democráticos de promoverem a inflação e o desequilíbrio fiscal, com a denúncia dos gastos sociais como causadores da crise econômica. Uma das consequências deste processo foi justamente fazer com que os partidos trabalhistas e socialdemocratas tivessem que, nas oportunidades em que compunham o governo, defender o sistema do padrão-ouro a todo custo.⁽⁴⁾

A evolução desse sistema de exceção no decorrer do século XX vai da violência aberta, como o fascismo, à sutil e recente elaboração de uma Constituição desvinculada do Estado e do poder constituinte do povo, mas instituidora e garantidora da ordem do mercado.

A visão político-prescritiva de **Keynes**, segundo **Marramao**, conseguiu perceber o aspecto dinâmico e transformador do Estado do século XX, em que a dinâmica do Estado produz figuras e nexos sociais novos, coloca em crise os equilíbrios anteriores e a estática da ordem liberal.⁽⁵⁾ O Estado, assim, torna-se um campo de conflituosidade permanente, ao abranger novos setores e atores antes excluídos pelo liberalismo, tornando-se um local de alianças

e compromissos. A própria política econômica e social não é planejada a partir de interesses homogêneos, mas emerge do conflito político e social, é fruto também de compromisso. **Keynes** teria percebido a pluralização do poder e a publicização da atividade dos sujeitos que antes atuavam no âmbito privado. **Marramao** afirma que o sistema político-constitucional-econômico está longe de ser o palco de uma integração unívoca, pelo contrário, o antagonismo ingressou no sistema político.⁽⁶⁾

A ampliação dos direitos políticos e o conteúdo material dos direitos sociais tornou o pós Segunda Guerra Mundial o período em que a emancipação e a reivindicação da democracia econômica e social chegaram ao seu momento mais elevado.⁽⁷⁾ No centro do sistema econômico mundial, o direito econômico substituiu, de certo modo, o direito privado e a lógica da codificação como instrumento jurídico garantidor da estabilidade do sistema. Por esta vinculação à preservação da estabilidade macroeconômica, inclusive, o direito econômico dos países centrais sofreu uma forte influência das concepções keynesianas. Vinculado à reestruturação do capitalismo que tem lugar no sistema mundial após o consenso de Bretton Woods, o direito econômico acabou se desenvolvendo como uma disciplina estreitamente ligada à revolução teórica keynesiana⁽⁸⁾ e à razão macroeconômica dos processos nacionais de desenvolvimento. Não é por outra razão que a perspectiva macrojurídica vai ser firmada como a essência do direito econômico, destacando a economia dos agregados como a base do processo de regulação da política econômica do Estado.⁽⁹⁾

Já na periferia do sistema capitalista, o direito econômico se estabelece com o desenvolvimentismo e o início do processo de industrialização, na década de 1930. Não por acaso, **Luiz Gonzaga Belluzzo** afirma que o desenvolvimentismo da periferia nasceu no mesmo berço que produziu o keynesianismo no centro.⁽¹⁰⁾ Exatamente por estar vinculada à industrialização e às transformações estruturais, a apropriação das ideias keynesianas pelos desenvolvimentistas latino-americanos, como **Raúl Prebisch** e **Celso Furtado**, entre outros, irá associar o keynesianismo a uma posição muito mais emancipatória e progressista do que a preponderante no centro do sistema.

No entanto, apesar dos avanços e conquistas, o Estado social do segundo pós-guerra e os 30 anos de “consenso keynesiano” acabaram por se revelar uma exceção na história do capitalismo. Além disso, as constituições sociais vão, desde o início, enfrentar vários obstáculos para sua concretização, sendo apenas parcialmente cumpridas. O núcleo emancipatório das constituições sociais, na prática, foi suspenso. A suspensão da constituição social, no entanto, vai se tornar evidente com a nova crise econômica, a partir da década de 1970, e a contra revolução neoliberal conservadora que não se limita mais a suspender ou bloquear as cláusulas sociais das Constituições, mas busca a sua extirpação formal do Texto Constitucional.⁽¹¹⁾

O processo de mundialização econômica está causando a redução dos espaços políticos, substituindo a razão política pela técnica. Há um processo de tentativa de substituição dos governos que exprimem a soberania popular pelas estruturas de *governance*, cujos protagonistas são organismos nacionais e internacionais “neutros” (bancos, agências governamentais “independentes”, organizações não governamentais, empresas transnacionais etc.) e representantes de interesses econômicos e financeiros. A estrutura da *governance*, portanto, é formada por atores técnico-burocráticos sem responsabilidade política e fora do controle democrático, cujo objetivo é excluir as decisões econômicas do debate político. Afinal, a ingovernabilidade, para os neoliberais, é gerada pelo excesso de democracia.⁽¹²⁾

Do mesmo modo que o Estado, a Constituição demonstra uma crescente debilidade intrínseca, com cada vez menos capacidade de regular a política e a economia. A Constituição, que deveria ser o controle político do poder econômico, vê os poderes que deveria controlar se tornarem ocultos e inalcançáveis.⁽¹³⁾ Este fenômeno de neutralização econômica do Estado e de proteção constitucional reforçada para instituições econômicas, colocando-as a salvo de qualquer interferência política democrática é denominado “*neoconstitucionalismo econômico*” ou “*economic constitutionalism*”. No caso brasileiro, ainda, percebe-se a separação e a supremacia da constituição financeira, voltada para a garantia do capital privado e do equilíbrio

macroeconômico, em detrimento da concretização da constituição econômica, ocasionando o que denomino “constituição dirigente invertida”.⁽¹⁴⁾

O neoliberalismo buscou implementar um Estado pautado e condicionado pelo mercado, ou seja, com a economia de mercado determinando as decisões políticas e jurídicas, relativizando a autoridade governamental.⁽¹⁵⁾ criando, para legitimar esse programa, todo um discurso sobre o fim do Estado ou a redução deste a um mero “ator local”.⁽¹⁶⁾ No entanto, apesar das tentativas de desmantelamento da denominada “revolução neoconservadora”, o Estado Social ou Intervencionista não foi substituído. Eliminar as funções assistenciais e redistributivas do Estado seria deslegitimá-lo de maneira irreversível.⁽¹⁷⁾ Além disso, a chamada “Crise do Estado Social” é uma crise que não se limita ao economicismo dos aspectos financeiros da atuação estatal, mas é uma crise que diz respeito à própria sociedade, que deve definir a maneira pela qual quer se organizar, ou nas palavras de **François Ewald**, diz respeito ao seu *contrato social*, e, consequentemente, à democracia.⁽¹⁸⁾

Final, na síntese de **Hermann Heller**, a partir do fim da Idade Média, o poder político lutou para ganhar autonomia em relação ao poder religioso. Esta luta, desde o início do século XX, trava-se agora contra o poder econômico.⁽¹⁹⁾

Notas

- (1) HINTZE, Otto. *Wirtschaft und Politik im Zeitalter des modernen Kapitalismus. Soziologie und Geschichte: Gesammelte Abhandlungen zur Soziologie, Politik und Theorie der Geschichte*. 2. ed. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1964. p. 430-436; e ROSANVALLON, Pierre. *O liberalismo econômico: história da idéia de mercado*. Bauru: EDUSC, 2002. p. 8-10, 76-78 e 183-187.
- (2) SAINT-BONNET, François. *L'État d'Exception*. Paris: PUF, 2001. p. 34-42.
- (3) POLANYI, Karl. *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*. 2. ed. Boston: Beacon Press, 2001. p. 35 e 234; e BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 307-319.
- (4) POLANYI, Karl. *The Great Transformation* cit., p. 139-140, 199-200 e 235-252.
- (5) Para esta crítica, vide, especialmente, KEYNES, John Maynard. O fim do “laissez-faire”. In: SZMRECSÁNYI, Tamás (org.). *John Maynard Keynes*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1984. p. 106-120.
- (6) KEYNES, John Maynard. O fim do “laissez-faire” cit., p. 120-126; KEYNES, John Maynard. *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo: Atlas, 1988. p. 243-256 (capítulo 22, em que Keynes trata da política anticíclica) e 284-291 (capítulo 24, em que aborda o papel do Estado na economia); MARRAMAO, Giacomo. *O político e as transformações: crítica do capitalismo e ideologias da crise entre os anos vinte e trinta*. Belo Horizonte: Oficina de Livros, 1990. p. 55-58 e 64-67; e MARRAMAO, Giacomo. *Politica e Complessità: Lo “Stato Postmoderno” come Categoria e come Problema Teorico. Dopo il Leviatano: Individuo e Comunità*. Torino: Bollati Boringhieri, 2000. p. 173-176.
- (7) LOSURDO Domenico. *Democrazia o bonapartismo: trionfo e decadenza del suffragio universale*. Torino: Bollati Boringhieri, 1993. p. 244-247. Vide também COSTA, Pietro. *Civitas: Storia della Cittadinanza in Europa*. Roma/Bari: Laterza, 2001. v. 4: *L'Età dei Totalitarismi e della Democrazia*, p. 465-473.
- (8) Sobre a revolução teórica keynesiana, vide, por todos, SKIDELSKY, Robert. *Keynes. 1883-1946: Economist, Philosopher, Statesman*. reimpr. London/New York: Penguin Books, 2005. p. 528-551; MINSKY, Hyman P. *John Maynard Keynes*. reimpr. New York: McGraw Hill, 2008. p. 1-17 e BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. *Ensaio sobre o capitalismo no século XX*. São Paulo/Campinas:

EdUNESP/Instituto de Economia da Unicamp, 2004. p. 143-170.

- (9) Nesse sentido, vide GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: RT, 1981. p. 27. Vide, também, destacando a perspectiva em torno dos agregados econômicos SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 13-28.
- (10) BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. *Ensaio sobre o capitalismo no século XX* cit., p. 38-39.
- (11) BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição* cit., p. 319-326.
- (12) GARCÍA, Pedro de Vega. *Mundialización y Derecho Constitucional: La Crisis del Principio Democrático en el Constitucionalismo Actual. Revista de Estudios Políticos*, n. 100, p. 13-17, abr.-jun. 1998; JAYASURIYA, Kanishka. *Globalization, Sovereignty and the Rule of Law: From Political to Economic Constitutionalism? Constellations*, v. 8, n. 4, p. 442-443 e 445-452, dez. 2001; AMIRANTE, Carlo. *Unioni Sovranazionali e Riorganizzazione Costituzionale dello Stato*. Torino: G. Giappichelli, 2001. p. VIII-IX e XXIV; AMIRANTE, Carlo. *Costituzionalismo e Costituzione nel Nuovo Contesto Europeo*. Torino: G. Giappichelli, 2003. p. 13-24; e NUNES, António José Avelãs. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 43-55. Massimo Luciani denomina o novo aparato de poderes que pretendem substituir o Estado de “antissobrano”. Cf. LUCIANI, Massimo. O anti-sobrano, a crise das Constituições e o futuro dos direitos humanos. In: BARROS Sergio Resende de; ZILVETI, Fernando Aurelio (coords.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 223-228.
- (13) DALLARI, Dalmo de Abreu *Constituição e Constituinte*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 81-85; GRIMM, Dieter. *Die Zukunft der Verfassung in Die Zukunft der Verfassung*. 2. ed. Frankfurt-am-Main: Suhrkamp, 1994. p. 399-403 e 427-439; e LUCIANI, Massimo. O anti-sobrano, a crise das Constituições e o futuro dos direitos humanos cit., p. 222-223.
- (14) Vide JAYASURIYA, Kanishka. *Globalization, Sovereignty and the Rule of Law: From Political to Economic Constitutionalism? cit.*, p. 443-444, 448 e 452-454; e BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. *A Constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição financeira e a agonia da Constituição econômica*. Separata do *Boletim de Ciências Econômicas*, v. XLIX, p. 3-6, 12-13 e 15-19, 2006.
- (15) O fim do Estado Nacional, para Paulo Nogueira Batista Jr. é um dos vários mitos da globalização. Vide, especialmente, BATISTA JR., Paulo Nogueira. Mitos da “Globalização”. *Estudos Avançados*, v. 12, n. 32, p. 154-163 e 181, jan.-abr. 1998.
- (16) Vide, por exemplo, WILLKE, Helmut. *Ironie des Staates: Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 362-372.
- (17) PELÁEZ, Francisco José Contreras. *Defensa del Estado Social*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1996. p. 166-171.
- (18) EWALD, François. *L'État providence*. Paris: Grasset & Fasquelle, 1986. p. 386-387 e 542-550.
- (19) HELLER, Hermann. *Political Power. Gesammelte Schriften*. 2. ed. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1992. v. 3, p. 39-40.

Gilberto Bercovici

Doutor em Direito do Estado e Livre-docente em Direito Econômico pela USP.

Professor Titular de Direito Econômico e

Economia Política da Faculdade de Direito da USP.

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

COORDENADOR-CHEFE: José Carlos Abissamra Filho

COORDENADORES ADJUNTOS: Arthur Sodré Prado, Fernando Gardinali e Guilherme Suguimori Santos.

CONSELHO EDITORIAL:

Acacio Miranda da Silva Filho, Alberto Alonso Muñoz, Alexandre Pacheco Martins, Alexandre Soares Ferreira, Amélia Emy Rebouças Imasaki, Anderson Bezerra Lopes, André Azevedo, André Ricardo Godoy de Souza, André Pires de Andrade Kehdi, Andrea Cristina D'Angelo, Antonio Baptista Gonçalves, Arthur Sodré Prado, Átila Pimenta Coelho Machado, Bruna Nascimento Nunes, Bruno Salles Pereira Ribeiro, Bruno Redondo, Carlos Alberto Garcete de Almeida, Caroline Braun, Cecília de Souza Santos, Cecília Tripodi, Cláudia Barrilari, Christiany Pegorari, Conrado Almeida Corrêa Gontijo, Daniel Allan Burg, Daniel Del Cid, Daniel Kignel, Daniel Leonhardt dos Santos, Danilo Dias Ticami, Danyelle da Silva Galvão, Dayane Fanti, Décio Franco David, Douglas Lima Goulart, Eduardo Augusto Paglione, Edson Roberto Baptista de Oliveira, Eleonora Rangel Nacif, Evandro Camilo Vieira, Fabiana Zanatta Viana, Felipe Mello de Almeida, Fernanda Balera, Fernanda Carolina de Araújo, Fernanda Regina Vilares, Fernando Gardinali, Fernando Lacerda, Felício Nogueira Costa, Flávia Guimarães Leardini, Gabriel Huberman Tyles, Giancarlo Silukunas Vay, Guilherme Lobo Marchioni, Guilherme Suguimori Santos, Hugo Leonardo, Ilana Martins Luz, Jacqueline do Prado Valles, Jamil Chaim Alves, Jorge Miguel Nader Neto, José Carlos Abissamra Filho, José Roberto Coelho de Almeida Akutsu, Karlis

Mirra Novickis, Larissa Palermo Frade, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone Louveira, Leonardo Biagioni de Lima, Luis Gustavo Veneziani Sousa, Marcel Figueiredo Gonçalves, Marco Aurélio Florêncio Filho, Maria Carolina de Moraes Ferreira, Maria Jamile José, Mariana Chamelette, Matheus Herren Falivene de Sousa, Matheus Silveira Pupo, Milene Cristina Santos, Matheus Herren Falivene de Sousa, Milene Maurício, Octavio Augusto da Silva Orzari, Paola Martins Forzenigo, Paulo Sergio Guardia Filho, Pedro Augusto de Padua Fleury, Pedro Baretta, Pedro Castro, Rachel Lerner Amato, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Rafael Fecury Nogueira, Rafael Lira, Rafael Tiago da Silva, Renato Stanzola Vieira, Ricardo Caiado Lima, Rodrigo Nascimento Dall'Acqua, Rogério Fernando Taffarello, Sâmia Zattar, Sérgio Salomão Shecaira, Taisa Fagundes, Tatiana de Oliveira Stoco, Thaís Paes, Theodoro Balducci de Oliveira, Vinícius Gomes de Vasconcelos, Vinícius Lapetina, Wilson Tavares de Lima e Yuri Felix.

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Arthur Martins Soares, Bruna Torres Caldeira Brant, Bruno Maurício, Daniel Del Cid, Fábio Suardi D'Elia, Felício Nogueira Costa, Gabriela Rodrigues Moreira Soares, Giancarlo Silukunas Vay, Greyce Tisaka, Guilherme Suguimori Santos, Jairton Ferraz Júnior, José Carlos Abissamra Filho, Juliana Sette Sabbato, Leopoldo Stefano Leone Louveira, Mariana Helena Kapor Drummond, Matheus Silveira Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Maurício, Milton Alexandre do Nascimento, Paula Mamede, Pedro Luiz Bueno de Andrade, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Renato Watanabe de Moraes, Ricardo Mamoru Ueno, Roberta Werlang Colvick Beck, Sâmia Zattar, Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva, Vivian Peres da Silva e Wilson Tavares de Lima.

COMISSÃO DE ATUALIZAÇÃO DO VOCABULÁRIO BÁSICO

CONTROLADO (VBC): Alberto Silva Franco, Maria Cláudia Giroto do Couto, Renato Watanabe de Moraes e Suzane Cristina da Silva.

PROJETO GRÁFICO: Lili Lungarezi - lililungarezi@gmail.com

PRODUÇÃO GRÁFICA: Editora Planmark - Tel.: (11) 2061-2797
planmark@editoraplanmark.com.br

REVISÃO: Microart - Tel.: (11) 3013-2309
microart@microart.com.br

IMPRESSÃO: Ativaonline - Tel.: (11) 3340-3344

O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas. O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não representa necessariamente a opinião deste Instituto.

Tiragem: 11.000 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar, CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave)
www.ibccrim.org.br

Ainda sobre o conceito de crime organizado

Vladimir Aras

1. Introdução

Com a vigência da Lei do Crime Organizado (LCO) ou Lei 12.850/2013, a partir de 19.09.2013 poderíamos dizer: finalmente, temos o conceito legal de crime organizado e o tipo penal de associação em organização criminosa. Mas não.

Neste texto, aponto a incompatibilidade da opção brasileira com o marco normativo das Nações Unidas e da União Europeia.

2. Conceito de organização criminosa na Convenção de Palermo

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, concluída em Palermo no ano 2000, também conhecida por UNTOC (*United Nations Convention on Transnational Organized Crime*), diz, em seu art. 2.º, que grupo criminoso organizado é o “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves” ou enunciadas na Convenção, “com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”.

No âmbito da UNTOC, infrações graves são os crimes cuja pena máxima é igual ou superior a quatro anos de prisão.

Este é o modelo básico que os Estados-partes devem observar para cumprir o mandato expresso de criminalização previsto no art. 5.º da UNTOC, que entrou em vigência no Brasil por força do Dec. 5.015/2004. Desse modo, os Estados-partes assumiram o compromisso formal de tipificar internamente “a participação em um grupo criminoso organizado”.

3. Conceito de organização criminosa na União Europeia

O conceito vigente na União Europeia (UE) não destoa do modelo da Convenção de Palermo. Fundada no propósito de estabelecer um espaço jurídico de Justiça, Segurança e Liberdade, a União Europeia tem construído ao longo dos anos um marco jurídico sólido contra a criminalidade organizada, inclusive de cunho econômico.

Esse esforço vem sendo notado desde o Conselho Europeu de Tampere, de 1999, e a aprovação do Tratado de Lisboa, de 2007. Normas comunitárias inspiradas pelo princípio do reconhecimento mútuo, conduziram à harmonização do Direito Penal dos 28 países do bloco.

A Decisão-Quadro 2008/841/JAI, do Conselho, de 24.10.2008 obriga a incriminação da participação em uma organização criminosa nos Estados-membros da UE. Entende-se por organização criminosa, “a associação estruturada de mais de duas pessoas, que se mantém ao longo do tempo e actua de forma concertada, tendo em vista a prática de infracções passíveis de pena privativa de liberdade ou medida de segurança privativa de liberdade cuja duração máxima seja, pelo menos, igual ou superior a quatro anos, ou de pena mais grave, com o objectivo de obter, directa ou indirectamente, benefícios financeiros ou outro benefício material”.

4. Conceito de organização criminosa na legislação brasileira

A Lei 12.850/2013 traz o conceito de organização criminosa. A Lei 9.034/1995, por ela revogada, não conceituava as organizações criminosas. Por muito tempo, estas foram tratadas como se fossem quadrilhas (art. 288 do CP, antes da Lei 12.850/2013). Isto gerou perplexidade na doutrina e no Supremo Tribunal Federal, como a que se viu no julgamento do HC 96.007/SP (caso da Igreja Renascer) e da AP 470/DF (caso Mensalão), quando se tinha em mira a antiga redação do art. 1.º, VII, da Lei 9.613/1998 (LLD), alterada pela Lei 12.683/2012. Sempre defendi que já tínhamos então um conceito de organização criminosa (o da Convenção de Palermo), embora ainda não tivéssemos o respectivo tipo penal.

No entanto, o STF afastou – sem a adequada percepção da problemática – o conceito da UNTOC, o que contribuiu para manter, no cenário anterior

à Lei 12.850/2013, insegurança jurídica no tocante à aplicação de vários dispositivos da legislação brasileira, que se remetiam a organizações criminosas. É o caso, por exemplo, do § 4.º do art. 1.º da Lei 9.613/1998; do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006; do art. 52, § 2.º, da Lei 7.210/1984; e do art. 1.º, § 4.º, da Lei Complementar 105/2001.

Antes da Lei 12.850/2013, nos casos acima (e também na hipótese do antigo inc. VII do art. 1.º da LLD), a suposta falta de um conceito de organização criminosa não impedia os juízes de aplicar tais regras legais. Quantos foram os réus presos no RDD por terem sido rotulados, corretamente ou não, como membros de organizações criminosas? Mas o que era isso?

O problema estava em que cada juiz tinha seu próprio conceito de organização criminosa. Então, não tínhamos uma definição; tínhamos várias. A UNTOC, recebida em 2004 como lei federal ordinária, resolvia este dilema, traçando os contornos de uma organização criminosa, para que, por exemplo, o réu Fulano não fosse mandado ao RDD sem que estivessem presentes suas características. Tratava-se de exegese garantista, que propiciava segurança jurídica, de modo que houvesse no País apenas um conceito de organização criminosa. A UNTOC serviu como lei definidora, mas não como lei tipificadora de organização criminosa.

Embora o STF ainda possa rever sua posição em casos anteriores à entrada em vigor da Lei 12.850/2013, tal tese não vingou. Os ministros aferraram-se à ideia de que a UNTOC não poderia dar um conceito legal imediatamente aferível.

Por outro lado, o STF não levou em conta o fato de que o antigo inc. VII do art. 1.º da Lei 9.613/1998 era simplesmente uma norma penal em branco, que se completava com o conceito (eu escrevi “conceito”) de crime organizado da UNTOC. O crime era o de lavagem de dinheiro. Este era o tipo penal. Quem o praticava (isto é, o seu agente) era uma organização criminosa.

Em 2012, entrou em vigor a Lei 12.694. Este diploma criou os colegiados de primeira instância para o julgamento de crimes praticados por organizações criminosas. Para sua formação, é preciso ter presente um crime praticado por organização criminosa, entendida como “a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional”.

Em 2013, veio a Lei 12.850, que trouxe uma nova definição de organização criminosa, distinta das que constavam da UNTOC e da Lei 12.694/2012. Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas que se reúnem para a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

5. Inadequação do conceito legal brasileiro à normativa global

Há dois problemas estruturais no conceito da LCO, por sua incompatibilidade com a UNTOC, que obriga os Estados-partes a criminalizar a participação em organização criminosa (art. 5.º):

a) a UNTOC, as normas da UE e a Lei 12.694/2012 exigem apenas três membros para a existência de uma organização criminosa, ao passo que a Lei 12.850/2013 exige quatro pessoas;

b) A UNTOC, a normativa europeia e a lei brasileira de 2012 consideram infração penal grave o crime cuja pena máxima seja igual ou superior a quatro anos de prisão, enquanto a Lei 12.850/2013 trata como graves apenas os crimes com pena máxima superior a quatro anos de reclusão.

Enfim, o que é organização criminosa conforme a Convenção de Palermo e para os fins da Lei 12.694/2012 nem sempre o será no âmbito da Lei 12.850/2013.

A melhor alternativa para evitar esse conflito de normas teria sido o veto a tal dispositivo da Lei 12.850, uma vez que nenhum prejuízo haveria para a conformação e eficácia do tipo penal de associação em organização

criminosa, que resultaria, em tal cenário, da combinação do art. 2.º da Lei 12.850/2013 com o art. 2.º da Lei 12.694/2012 ou com o art. 2.º, *a e b*, da Convenção de Palermo. Todavia, isso não ocorreu.

Assim, pode-se dizer que houve violação a obrigação assumida pelo Estado brasileiro diante da comunidade internacional e há potencial risco de dificuldades na cooperação internacional (*mutual legal assistance* e extradição) com tais nações e com países da União Europeia, quando for necessário verificar a dupla incriminação.

A Lei 12.850/2013 revogou tacitamente o art. 2.º da Lei 12.694/2012 e doravante temos apenas um conceito legal de organização criminosa. Afinal, segundo o art. 2.º, § 1.º, da LINDB, “*A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior*”. Ademais, o inc. IV do art. 7.º da Lei Complementar 95/1998, determina que “*o mesmo assunto não poderá ser disciplinado por mais de uma lei*”. Esta solução não é a melhor, porque situa o Brasil em posição de inadimplência em relação ao art. 5.º da UNTOC, o que reclama revisão legislativa do conceito inscrito no art. 1.º da Lei 12.850/2013, para sua completa adequação convencional.

Então, teríamos uma segunda solução: preservar o conceito legal de organização criminosa, contido no art. 2.º da UNTOC, e relacioná-lo ao tipo penal do art. 1.º, § 1.º, da Lei 12.850/2013. Contudo, tratando-se de matéria penal, tal solução seria facilmente questionada, embora preserve o compromisso internacional do País em face dos demais Estados-partes da UNTOC. A variante desta tese levaria a complementarmos o tipo penal da Lei 12.850/2013, com o conceito legal do art. 2.º da Lei 12.694/2012. Mas esta saída também sofreria uma objeção (embora singela), a de que a própria norma de 2012 limita o seu conceito “*para os efeitos desta Lei*”.

A terceira solução proposta assinalaria que a Lei 12.694/2012 continua em vigor, porém, apenas para definir a premissa básica para a convocação

de tal triunvirato de juízes de primeiro grau, que, por motivos de segurança, devam reunir-se em colegiado para decidir causas relacionadas a organizações criminosas. Apóia essa interpretação o fato de a Lei 12.850/2013 não ter observado o art. 9.º da Lei Complementar 95/1998, segundo o qual “*A cláusula de revogação deverá enumerar expressamente as leis ou disposições legais revogadas*”. Não tendo feito isso expressamente, a Lei 12.850/2013 teria preservado a vigência do art. 2.º da Lei 12.694/2012. Contudo, tampouco esta tese deixará de ser refutada, porquanto a existência de um conceito de organização criminosa para fins processuais diverso do conceito para fins penais, pode gerar situações incertas, no plano do princípio do juiz natural.

6. Conclusão

A principal debilidade sistêmica da LCO está na definição de organização criminosa e sua incompatibilidade com o modelo internacional da ONU e da UE. Só o Congresso Nacional poderá resolver o problema criado pela sucessão de leis aqui examinadas. Mesmo que prevaleça, para todos os fins, o conceito legal de organização criminosa do art. 1.º da Lei 12.850/2013, ainda assim teremos uma incompatibilidade residual, mas vital, que resulta no descumprimento parcial do mandato de criminalização previsto no art. 5.º, *c/c* o art. 2.º da Convenção de Palermo.

Nesse caso, o que faríamos com o preceito *pacta sunt servanda*?

Vladimir Aras

Mestre em Direito Público (UFPE).

Professor Assistente de Processo Penal da UFBA.

Procurador Regional da República em Brasília.

Escândalos de corrupção corporativa: filme de terror sem fim?

Eduardo Saad-Diniz

No wonder that Brazil today has been likened to a horror movie with no end. Recentemente, o diário britânico de negócios *Financial Times* publicou severas críticas ao Brasil, apoiando-se na forma como a “incompetência, a arrogância e corrupção quebraram a magia” do País. O artigo constrói cenário de crise e descontrole generalizado (elevação das taxas de juros para combate à inflação, corte sensível de gastos essenciais pós-eleições) e redução da confiança dos investidores. Em relação especificamente à Presidente da República, informou o periódico como agravante deste cenário o fato de que Dilma Rousseff integrou o Conselho da Petrobras entre 2003 e 2010, violou normas de financiamento de campanha eleitoral e manipulou contas de Governo. Mesmo assim, o *Financial Times* elogiou iniciativas recentes no Brasil – *yet much good is also emerging* –, a exemplo do “empenho da investigação sobre a Petrobras”, que “*demonstra a força das instituições democráticas do País*”.⁽¹⁾

Por agora, interessa-nos pouco a responsabilidade individual da Presidente da República. Mais relevante é conhecer melhor como e por que razões se expressa esse “filme de terror sem fim” e o que pode representar a “força das instituições democráticas” na persecução penal das infrações econômicas.

As estratégias midiáticas que comunicam o terror nos escândalos corporativos geram muitos negócios. As críticas do prestigioso diário alcançaram rapidamente ampla repercussão internacional, afetando especialmente o comportamento dos investidores. O terror cria situações indeterminadas de aversão ao risco e mina as possibilidades de decisão do concorrente. A perda de confiança na alocação de recursos produz, por sua

vez, demandas por segurança negocial e punição aos responsáveis. A lógica do terror é apropriada pelos serviços de *business intelligence* e uma simples comunicação de pânico provocado por escândalos de corrupção corporativa pode abalar a estabilidade do sistema econômico.

Para reverter este cenário de instabilidade construído pelo “terror” seria necessário um sistema de comunicação em nível equivalente de estratégia. Mas o problema é que no Brasil a frágil reação acaba dando oportunidade a manipulações de mercado por conta de escândalos corporativos. A baixa intensidade dos mecanismos de reação à Operação Lava-Jato, por exemplo, vulneram os investigados (inclusive perante a obsessiva incidência de persecuções penais extraterritoriais), na oportunidade em que poderiam exercer com maior contundência inovações em termos de governança e integridade, anunciando a implementação de medidas confiáveis e que promovam mudanças significativas na cultura corporativa do País. Ao menos no que diz respeito à posição de liderança que ocupa a Petrobras – e sua importância estratégica na economia brasileira –, o sistema de reação adotado pela empresa é, no mínimo, criticável.

Assim como criticáveis são as recentes manifestações do mercado brasileiro. Incomoda a campanha por parte de alguns juristas com a finalidade de triunfar economicamente sobre as oportunidades de negócio formadas no entorno dos escândalos corporativos. É desalentadora a forma como se reduz a complexidade dos programas de prevenção às infrações econômicas a um “produto de mercado”,⁽²⁾ fazendo mercancia da promessa de prevenção de responsabilidade e proteção patrimonial, ainda quando os marcos regulatórios nacionais estão longe de garantir a utilidade do resultado.

Reagimos muito mal aos escândalos de corrupção corporativa, ensejando movimentos desorganizados e mobilizações de ocasião do tipo “não à corrupção”. É curioso que semelhantes manifestações populares orquestradas em torno da retórica dos “investidores inocentes”⁽³⁾ sejam tão recentes, talvez porque nas últimas décadas os próprios manifestantes estivessem absortos na euforia consumista causada pelos mesmos escândalos corporativos de que hoje se sentem vítimas. Onde estavam estes manifestantes nos últimos anos? Esta lógica do oportunismo não destoa muito da certa facilidade com que qualificamos o *outro* como “corrupto”, revelando os efeitos perversos de nossa faculdade de julgar: reforçar a superioridade moral de quem julga em relação à inferioridade de quem é submetido a julgamento.

Os escândalos de corrupção empresarial, na verdade, evidenciam características muito distintas entre si, em função de sua estrutura societária e da cultura empresarial em que estão inseridos. É um grande equívoco generalizar as “corporações” e os escândalos de corrupção empresarial no mundo.⁽⁴⁾ Mas o pior é que o Estado brasileiro, o qual poderia aprender algo em perspectiva comparada aos escândalos corporativos nos EUA e na Europa, tem reagido de forma experimental e com “excesso regulatório”,⁽⁵⁾ não faltando quem defenda a necessidade de formulação de nova lei para regulamentação específica dos programas de *compliance* e delimitação do âmbito de responsabilidade do *compliance officer*. Avaliações sistemáticas de impacto regulatório e soluções menos conservadoras poderiam recomendar os agentes econômicos, comunicando menor incerteza aos investidores e terceiros interessados.

Apesar disso, na opinião do periódico britânico as autoridades brasileiras apostam na “força das instituições democráticas”. De fato, o Judiciário e os órgãos reguladores no Brasil deram um salto qualitativo tremendo nos últimos anos para a consolidação de um *Sistema de Justiça Criminal colaborativa*. Mas isso, por si, não pode justificar a orientação punitivista. Não apenas porque o orçamento deste Sistema de Justiça Criminal é ínfimo se comparado à dinâmica do mundo corporativo, nem mesmo porque as medidas de *law enforcement*, rastreamento e recuperação ainda são tímidas. O que realmente retira a legitimidade das “instituições democráticas” no Brasil é a fundamentação insatisfatória da necessidade e qualidade de punição. A força dessas instituições democráticas tem sido rotineiramente traduzida por severidade na atuação persecutória, desnaturando a essência voluntária da cooperação, seja no recurso a prisões preventivas para justificar a colaboração com o Judiciário, quer em sucessivas e frustradas tentativas de interpretação jurisprudencial que buscam reunificar propriedade e direção pela simples posição que se ocupa na hierarquia da empresa. O sistema colaborativo se dilui em clima generalizado de denunciismo e baixa performance empresarial.

Pelos reflexos negativos da “força das instituições democráticas”, é bem possível colocar em dúvida o que o *Financial Times* traz como elogio. A “força” destas iniciativas de superação dos escândalos corporativos termina por veicular uma política de segurança e lealdade nos investimentos pelas vias sancionatórias, mas acaba expondo o crescimento econômico a um modelo baseado em instituições não necessariamente apropriadas à regulação da liberdade de ação empresarial. Além das problemáticas consequências intimidatórias da prisão preventiva, que põem à prova a qualidade do controle judicial dos direitos fundamentais em cada uma das relações jurídicas (produção de provas contra si, presunção de inocência e proteção do sigilo profissional), elevam-se os custos de transação e se empenham esforços ingratos pelo aperfeiçoamento dos *standards* de “efetividade” dos programas de prevenção, tal qual nos dezesseis incisos do art. 42 do Decreto federal 8.420/2015.⁽⁶⁾

Desde a perspectiva dogmática, os principais desafios consistem na determinação do conteúdo jurídico da causalidade omissiva nos deveres de colaboração e da responsabilidade penal da pessoa jurídica, tomados como principais pontos de apoio dos programas de *compliance*.⁽⁷⁾ Em relação ao problema da autoria, as sofisticadas estruturas de alocação de controle societário deixam tão difusas as condutas no ambiente empresarial,

obstruindo a investigação da percepção privada de benefícios públicos, que nem mesmo as mais exigentes teorias do domínio do fato e domínio da organização, se admitidas em matéria penal econômica, estariam perto de dar conta do problema. Um pouco mais complexo do que isso, o tratamento penal dos escândalos corporativos parece residir muito mais na compreensão e justificação dos limites da regulação prudencial em relação às regras próprias de funcionamento e autorregulação do mercado, do que propriamente nas formas tradicionais de produção dogmática.

Há ainda um campo fértil para a pesquisa sobre o que realmente pode afetar o comportamento dos empresários e modificar a forma de conduções das organizações empresariais no Brasil, com novos modelos de *compliance*, *liderança* e *integridade*.⁽⁸⁾ Para além da obsessão punitiva do *wrong doing* manifestada pelo *Financial Times*, o problema consiste em capacitar para o *doing the right thing*, de forma “adequada às dimensões realistas da empresa, deve superar o simplismo, a falsa percepção dos moralistas e as imposições de dever que desconsideram a sustentabilidade do negócio, a dependência econômica ou o setor estratégico da economia que informem maior ou menor relevância para o desenvolvimento socioeconômico brasileiro”.⁽⁹⁾ Ou bem reorganizamos a agenda da pesquisa científica em Direito Penal econômico, ou dificilmente será possível dar fim ao oportunismo das películas de terror.

Notas

- (1) “Não é à toa que hoje o Brasil tem sido comparado a um filme de terror sem fim” e “no entanto, coisas muito boas estão emergindo”. Recession and graft: the growing rot in Brazil. *Financial Times*, 22.07.2015. Matéria reproduzida posteriormente como FT: Recessão e suborno, a crescente podridão no Brasil. *Jornal Valor Econômico*, 23.07.2015. Outras narrativas do âmbito corporativo mostram ainda mais claramente como os escândalos de corrupção empresarial têm se tornado um grande negócio. Há menos de um ano, o também inglês periódico *The Economist* publicou críticas à “fórmula” de se ganhar dinheiro por meio de denúncias a infrações econômicas, demonstrando como reguladores e procuradores se envolviam em negociações com as empresas a portas fechadas (*closed-door trials*) e valendo-se da ameaça punitiva como “instrumento de extorsão” (*extortion racket*). The criminalization of the American corporation. *The Economist*, 30.08.2014.
- (2) Assim como na crítica de LAUFER, William. O *compliance game*. In: *Regulação do abuso no âmbito corporativo: IV Simpósio Internacional dos Jovens Penalistas da AIDP*. São Paulo: LiberArs, 2015 (breve publicação).
- (3) LAUFER, William. Where is the moral indignation over corporate crime? In: BRODOWSKI, Dominik et al. (org.) *Regulating Corporate Liability*. Heidelberg: Springer, 2014. p. 20.
- (4) COFFEE JR., John. The theory of corporate scandals: why US and Europe differ. *The Center for Law and Economic Studies* (working paper), 2005. p. 2 e ss.
- (5) SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 306.
- (6) Em crítica, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance... cit. Com ampla literatura a respeito, WEISSMANN, Andrew; NEWMAN, David. Rethinking Criminal Corporate Liability. *Indiana Law Journal*, v. 82/2007, p. 441 e ss.; PARKER, Christine; NIELSEN, Vibeke Lehmann. Do businesses take compliance systems seriously? *Melbourne University Law Review*, v. 30, 2006, p. 442 e ss.
- (7) ULRICH SIEBER recomenda também, no plano individual, a compreensão do risco permitido em uma adequada descrição dos comportamentos nos programas de *compliance*; no tocante às empresas, alinha-se ao modelo de culpabilidade de organizações desenvolvido por Klaus Tiedemann, SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance no Direito Penal Empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. In: OLIVEIRA, William Terra et al. (org.) *Direito penal econômico: estudos em homenagem a Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013. p. 306-309. Sobre o problema da omissão, CARDOSO, Débora Motta. A extensão do compliance no direito penal. Tese-USP, 2013; sobre a culpabilidade de organização, SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Tese-USP, 2015.
- (8) LAUFER, William. O *compliance game*... cit.; SAAD-DINIZ, Eduardo; MARCANTONIO, Jonathan Hernandes. Financiamento corporativo de campanha eleitoral: controle, transparência e integridade. *Boletim IBCCRIM*, 2015, p. 4.
- (9) SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance... cit., p. 310.

Eduardo Saad-Diniz

Prof. Dr. da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP.

Autoria e participação no ambiente empresarial

Renato de Mello Jorge Silveira e Mariana Tranches Ortiz

Autoria e participação são, em si, dos pontos mais complexos da ciência penal. Essa complexidade só se torna mais aguda quando se aborda a órbita penal empresarial. Tenha-se que refletir sobre esse tema significa enfrentar a indagação acerca de quais pessoas físicas, entre as que integram a estrutura organizacional de determinada empresa, são responsáveis pelos delitos praticados contra bens jurídicos e interesses externos (*ad extra*), no exercício das atividades dessa mesma empresa.⁽¹⁾ Significa, também, responder à pergunta sobre o fundamento jurídico e os limites da responsabilidade de cada qual dessas pessoas físicas. Em suma, tem-se, aqui, um dos motes de maior debate atual.

De imediato, pode-se dizer que não há resposta pronta ou singela a essa indagação. Não é possível afirmar, de antemão, a qual cargo ou função interna às estruturas empresariais deve recair a responsabilidade por todo e qualquer crime praticado no contexto das atividades econômicas da pessoa jurídica.

Outra constatação inicial diz respeito ao fato de que nosso Poder Judiciário tem resolvido essa questão nos casos concretos de criminalidade empresarial de forma absolutamente atécnica, distanciada dos esforços dogmáticos que envolvem a matéria, e com violação a normas e princípios elementares do Direito Penal.

Antes de pretender uma resposta, quer condenatória, quer absolutória, é preciso ter em mente o verdadeiro anseio dos órgãos encarregados da persecução penal pela responsabilização daqueles que ocupam os mais altos escalões da estrutura empresarial. Esta aspiração, internacionalmente constatada, funda-se em uma leitura, em geral correta, de que as práticas criminosas realizadas por meio e em favor de uma sociedade empresária tendem a atender aos interesses dos altos executivos.⁽²⁾

Ao mesmo tempo em que a doutrina reconhece essa realidade, também identifica que, no mais das vezes, o delito é materialmente executado por funcionários que se encontram no corpo da estrutura hierárquica. Nesses casos há uma ruptura entre o que se poderia qualificar como uma “autoridade intelectual” (a idealização do crime) e a “autoridade material” (a efetiva execução dos fatos típicos), e é aqui a maior dificuldade de trabalho.

O cenário, de fato, evidencia que, para se alcançar a pretendida imputação *top down*, privilegiando a responsabilização dos órgãos diretivos da empresa,⁽³⁾ de pouca utilidade é a chamada autoria direta, que se caracteriza pela execução pessoal da conduta proibida. A dificuldade em questão motivou a doutrina, sobretudo a estrangeira,⁽⁴⁾ a procurar alternativas em outras categorias dogmáticas, como nas construções da autoria mediata e da coautoria e na figura da omissão imprópria.

O recurso às modalidades de autoria que ampliam o sentido da realização do tipo⁽⁵⁾ parte da compreensão de que, nos casos de criminalidade empresarial, os atos executivos são perpetrados por funcionários que se limitam a cumprir diretrizes ou determinações estabelecidas pelos órgãos de poder na empresa.

Obrigatória a inicial menção, nesse sentido, da teoria do domínio do fato de **Claus Roxin**, tão falada na atualidade,⁽⁶⁾ que vê dificuldades no recurso a tais modalidades de autoria para se alcançar um modelo de responsabilidade *top down*.

Além do fato de a aludida teoria ter sido pensada para a distinção de autoria e participação em um ambiente dualista, é de se ver que, no caso da coautoria, em que o fato é dominado de forma conjunta, fundamentando uma excepcional hipótese de imputação recíproca entre os intervenientes,⁽⁷⁾ discute-se se esta alcançaria os atos preparatórios, como a ordem ou a orientação relativa à prática do crime, que costumam caracterizar formas de participação em sentido estrito. **Roxin** responde a esta indagação de forma negativa, tendo em conta que apenas poderia se cogitar de responsabilidade do superior hierárquico como coautor do delito executado pelo funcionário se, durante a prática dos atos executivos, a coordenasse pessoalmente, orientando-a. Nesse sentido, qualquer intervenção prévia ao início da execução seria insuficiente para imputar-lhe coautoria, por ausência de domínio do fato.⁽⁸⁾

Em relação à autoria mediata são outras, não menos significativas, as dificuldades a serem enfrentadas. Partindo-se de sua conceituação tradicional

(autoridade mediata em sentido estrito), o reconhecimento da instrumentalização do funcionário executor pelo superior hierárquico demandaria que tal funcionário estivesse em situação de coação ou erro. Pense-se no caso do funcionário de fábrica que, cumprindo ordens superiores, efetua descarte irregular de excipiente, em conformidade com as diretrizes da empresa, sem conhecimento do caráter poluente da substância ou da existência de normas que regulamentam sua destinação. O recurso a tal construção, como se vê, depende da existência de uma situação concreta que não pode ser tomada como regra.

Mais difícil seria fundamentar uma hipótese de autoria mediata nos numerosos casos em que o executor dispõe de informações suficientes que lhe permitem conhecer o sentido delitivo de sua conduta. Nesses casos, poderia se sustentar um “domínio da organização”, também roxiniano. A excepcionalidade do “domínio da organização”, contudo, reside precisamente na responsabilidade do executor, o que, ao menos sob a ótica dos critérios tradicionais, inviabilizaria reconhecer o domínio do fato em outro interveniente. Como é impossível negar que o executor autorresponsável domina o fato, haveria, aqui, uma particular hipótese de autor por trás do autor.⁽⁹⁾

Discute-se se a teoria, idealizada para solucionar casos de organizações que funcionam à margem do Direito (terrorismo de Estado ou organizações criminosas), poderia se estender às hipóteses de criminalidade de empresa, já que ausentes os requisitos da “dissociação da ordem jurídica” e da “fungibilidade do instrumento”. Segundo a doutrina majoritária, tais traços característicos não estariam presentes em uma organização empresarial de índole lícita, o que limitaria consideravelmente sua aplicabilidade em âmbito empresarial. Dessa forma, o recurso à autoria mediata e à coautoria, embora possível, teria sua aplicação restrita a situações excepcionais.

Todos os esforços doutrinários em conciliar o interesse na responsabilização dos executivos como autores nos crimes empresariais com o princípio da responsabilidade penal individual, contudo, parecem ser em vão quando se analisa a linha argumentativa dos nossos tribunais.

Uma breve consulta jurisprudencial revela que a atribuição de autoria a sócios, diretores e gerentes de pessoas jurídicas por crimes executados por funcionários é praticamente automática, passando por cima de todas as questões aqui colocadas. Frequentemente o Supremo Tribunal Federal (STF) declara que a mera condição de sócio, gestor ou administrador de uma pessoa jurídica não bastam para fundamentar a responsabilidade penal, por ser vedada a responsabilidade objetiva em Direito Penal.⁽¹⁰⁾ Tais decisões revelam que as instâncias inferiores continuam a admitir acusações e a confirmar condenações erigidas sobre o argumento de responsabilidade pela posição.

O mesmo STF, contudo, ainda se vê às voltas com uma responsabilidade penal independente de intervenção delitiva, ao justificar a autoria (mesmo que indiciária) do executivo em razão de seu “poder de mando” ou da prática de “atos de gestão”.⁽¹¹⁾ Não raro, ainda, o “poder de mando” tem sido associado à teoria do domínio do fato, erroneamente compreendida como uma válvula de escape às conhecidas dificuldades probatórias relativas à criminalidade empresarial.

Tem-se, em verdade, em muitas situações verificadas na Justiça, uma absoluta perversão do princípio da responsabilidade individual. O superior hierárquico é declarado autor de uma conduta típica que não pratica, e o funcionário executor é isento de qualquer punição. O sistema judicial, assim, pune à sua escolha, aplicando critérios arbitrários e juridicamente insustentáveis, muitas vezes sem se dar conta de que já existem, no cenário penal internacional, outras tantas fórmulas de tentativa de maior segurança na imputação, como a própria noção penal omissiva. Para isso, no entanto, seria necessária toda uma nova formulação, a qual, a princípio, parece que os operadores nacionais ainda estão a evitar.

A pretendida simplista atribuição de autoria aos ocupantes dos altos escalões da estrutura empresarial, enfim, não pode ser alcançada a qualquer custo. Especialmente, não pode ser alcançada desprezando-se a função garantística do tipo penal e com recurso a critérios incompatíveis com o

Direito Penal do fato e da culpabilidade. A afirmação da correta aplicação penal, enfim, não pode se contentar com erráticas importações de conceitos sem que se entenda sua dinâmica e, muito menos, que com isso se viole o que tanto se tardou a entender no Brasil, vale dizer, a necessidade de imposição de limites ao arbítrio do Estado. Que não se tenham escândalos pontuais como justificativa para a flexibilização das garantias, pois nunca se sabe qual será o momento do dia seguinte, quando essas garantias serão, mais do que nunca, necessárias.

Notas

- (1) Excluem-se as hipóteses de responsabilidade penal por fatos praticados internamente à pessoa jurídica (*ad intra*), que caracterizam a chamada criminalidade *na empresa*.
- (2) A criminalidade de empresa seria, assim, resultado da má-gestão da atividade empresarial. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal* – A propósito de la gestión medioambiental. Barcelona: Atelier, 2008. p. 30.
- (3) Em contraposição ao modelo tradicional de imputação, *bottom up*, do qual resulta a punição como autor do funcionário executor do delito.
- (4) Salvo raras exceções a doutrina nacional pouco tem se debruçado sobre o tema, a despeito de sua inegável relevância prática.
- (5) Entendendo que há hipóteses em que o tipo é realizado por alguém que não executa pessoal e integralmente a conduta descrita na norma penal.
- (6) Apesar de falada, não tem sido efetivamente aplicada no Brasil. Vide a crítica de LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo

Tribunal Federal. In: GRECO, Luís *et alii*. *Autoria como domínio do fato*. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 123 e ss.

- (7) Vide GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. *Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro*. In: GRECO, Luís *et alii*. Op. cit., p. 58.
- (8) Também há dúvidas se seria correto falar em coautoria em relações verticais e quanto à presença dos demais requisitos do domínio funcional do fato (plano comum, intervenção relevante) na criminalidade empresarial.
- (9) Cf. BOLEA BARDON, Carolina. *Autoria mediata en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 158 e ss.
- (10) Por exemplo, HC 88875/AM, 2.^a T., rel. Min Celso de Mello, j. 07.12.2010.
- (11) A fórmula “para a aptidão da denúncia por crimes praticados por intermédio de sociedades empresárias, basta a indicação de ser a pessoa física e sócia responsável pela condução da empresa, fato não infirmado, de plano, pelo ato constitutivo da pessoa jurídica” tem sido bastante repetida em acórdãos que repelem alegações de inépcia da inicial (Vide, p. ex., HC 127195/PA, Inq 2589/RS, HC 101.286/MG).

Renato de Mello Jorge Silveira
Professor Titular e Vice-Diretor da
Faculdade de Direito da USP.

Mariana Tranchesi Ortiz
Mestre em Direito Penal pela USP.
Advogada.

Lavagem de dinheiro e futebol

Thiago Bottino e Pedro Trengrouse

O primeiro clube de futebol do mundo, o Sheffield, foi criado na Inglaterra em 1857. A primeira entidade de administração do futebol surgiu em 1863, também na Inglaterra, quando 13 clubes se associaram e codificaram 14 regras criando a Associação de Futebol (The Football Association). Em 1904, Dinamarca, Bélgica, Espanha, França, Holanda, Suécia e Suíça se reuniram em Paris para constituir a FIFA.

O esporte era uma atividade regional e amadora, que sobrevivia da contribuição direta dos próprios praticantes ou de algum mecenas. O imperialismo inglês e a revolução industrial começaram a mudar isso. A expansão comercial inglesa levou o futebol para vários países e a revolução industrial permitiu o surgimento de uma classe trabalhadora com cada vez mais recursos para atividades de lazer. Clubes financiados por empresas começaram a surgir, o Arsenal, de uma fábrica de armas, em 1886, e o Manchester United, de ferroviários, em 1878, são bons exemplos. No final do século XIX, o futebol consolida a tal ponto sua posição de esporte popular que Eric Hobsbawm, em seu livro *A era dos impérios*, identifica cerca de 1 milhão de praticantes na Inglaterra, sendo que à época a população inglesa era cerca de 31 milhões de pessoas.

Os primeiros conflitos econômicos não demoraram a surgir. Buscando vantagens competitivas, alguns clubes começaram a “profissionalizar” seus atletas. Em 1883 os jogadores do Blackburn Olympic foram liberados do trabalho para treinarem em tempo integral e venceram a Copa da Inglaterra. O grande interesse público pelo futebol já dava sinais de que grandes negócios poderiam surgir e alguns clubes buscaram se estruturar. O Arsenal, por exemplo, abriu seu capital na bolsa da Inglaterra em 1891 e 860 investidores tornaram-se acionistas.

A aceitação de jogadores profissionais se dá em 1885. Até então havia dupla jornada: os jogadores tinham um emprego e nas horas vagas jogavam futebol. Não demorou para que o poder econômico se manifestasse na contratação de jogadores. Em 1905 o Middlesbrough contratou Alf Common do Sunderland por 1.000 libras e desde então esse mercado cresce vertiginosamente. Em março de 2015, o site Bleacher Report divulgou estudo com as 100 transferências mais caras da história do futebol mundial, com

valores ajustados pela inflação. As 10 primeiras demonstram bem a evolução desse mercado:

- 1.º – Cristiano Ronaldo (Manchester United/Real Madrid) – R\$ 460,8 milhões
- 2.º – Bale (Tottenham/Real Madrid) – R\$ 415,8 milhões
- 3.º – Zidane (Juventus/Real Madrid) – R\$ 414,45 milhões
- 4.º – Suarez (Liverpool/Barcelona) – R\$ 364,5 milhões
- 5.º – James Rodriguez (Monaco/Real Madrid) – R\$ 357,75 milhões
- 6.º – Luis Figo (Barcelona/Real Madrid) – R\$ 349,2 milhões
- 7.º – Di Maria (Real Madrid/Manchester United) – R\$ 337,5 milhões
- 8.º – Ibrahimovic (Internazionale/Barcelona) – R\$ 337,05 milhões
- 9.º – Crespo (Parma/Lazio) – R\$ 318,15 milhões
- 10.º – Kaká (Milan/Real Madrid) – R\$ 317,25 milhões

Embora na Inglaterra o futebol já viesse se estruturando como negócio desde o final do século XIX, somente na segunda metade do século XX, com a chegada da televisão, que o futebol se torna este negócio multibilionário global dos dias de hoje. Na Europa, atual centro econômico do futebol, estima-se que a temporada 2016/2017 tenha valor de mercado superior a 25 bilhões de euros. O quadro abaixo ilustra bem isso ao demonstrar a evolução das receitas dos principais clubes europeus nas últimas temporadas.

O faturamento da FIFA na Copa do Mundo de 2014, no Brasil, ultrapassou USD 5 bilhões. Direitos de transmissão e patrocinadores interessandos na visibilidade da TV são responsáveis por 90% desse orçamento. Situação bem diferente da última edição da Copa do Mundo no Brasil, em 1950, quando Escócia, Portugal, França, Turquia, Birmânia e Índia desistiram de vir pelos altos custos com a viagem.

As estruturas de administração do futebol no mundo não acompanharam a evolução do mercado e, salvo raras exceções, não possuem modelos de governança adequados à complexidade cada vez maior dos negócios no futebol. A falta de legislação específica e de mecanismos de controle

Ranking (Posição do ano anterior)	Clube	Receitas em 2013/14 (€milhões) (Receitas em 2012/13)	Receitas em 2013/14 (€milhões) (Receitas em 2012/13)
1 (1)	Real Madrid	549.5 (518.9)	459.5 (444.7)
2 (4)	Manchester United	518.0 (423.8)	433.2 (363.2)
3 (3)	Bayern Munich	487.5 (431.2)	407.7 (369.6)
4 (2)	FC Barcelona	484.6 (482.6)	405.2 (413.6)
5 (5)	Paris Saint-Germain	474.2 (398.8)	396.5 (341.8)
6 (6)	Manchester City	414.4 (316.2)	346.5 (271.0)
7 (7)	Chelsea	387.9 (303.4)	324.4 (260.0)
8 (8)	Arsenal	359.3 (284.3)	300.5 (243.6)
9 (12)	Liverpool	305.9 (240.6)	255.8 (206.2)
10 (9)	Juventus	279.4 (272.4)	233.6 (233.5)
11 (11)	Borussia Dortmund	261.5 (256.2)	218.7 (219.6)
12 (10)	AC Milan	249.7 (263.5)	208.8 (225.8)
13 (14)	Tottenham Hotspur	215.8 (172.0)	180.5 (147.4)
14 (13)	Schalke 04	213.9 (198.2)	178.9 (169.9)
15 (20)	Atlético de Madrid	169.9 (120.0)	142.1 (102.8)
16 (New)	Napoli	164.8 (116.4)	137.8 (99.8)
17 (15)	Internazionale	164.0 (164.5)	137.1 (141.0)
18 (16)	Galatasaray	161.9 (157.0)	135.4 (134.6)
19 (New)	Newcastle United	155.1 (111.9)	129.7 (95.9)
20 (New)	Everton	144.1 (100.8)	120.5 (86.5)

Fonte: Deloitte Football Money League 2015.

torna o futebol um campo fértil para a lavagem de dinheiro, como se pode inferir nos exemplos do Parma, cujo controle de 98,7% das ações pertencia à Parmalat e se viu envolvido em um imbróglia pelo envio de recursos a paraísos fiscais; do Envigado, clube Colombiano cujo presidente foi incluído pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos na lista de procurados por integrar um cartel de drogas e lavar no clube o dinheiro do narcotráfico; do Querétaro, Irapuato FC, Necaxa, Santos Laguna, Puebla e Salamanca, clubes mexicanos apontados pelas autoridades para movimentar dinheiro de origem ilícita; e do Cittanova, Sapri Calcio e Rosarnese, que segundo as autoridades italianas serviam para movimentar recursos da máfia.

Outro ponto de atenção é o aumento do volume de apostas esportivas, principalmente pela internet. Uma pesquisa da Associação de Jogadores Profissionais (FIFPro) aponta para o perigo da manipulação de resultados e alerta 35% dos jogadores do Cazaquistão, 30% da Grécia, 15% da Bulgária, 10% da Rússia, 10% da República Tcheca, 8% da Ucrânia, 7% da Polónia e 5% da Croácia já foram solicitados por seus patrões para manipular o resultado de um jogo. No Brasil, em 2005, 11 jogos do Campeonato Brasileiro da Série A foram anulados pela suspeita de manipulação de resultados pelo árbitro Edílson Pereira de Carvalho, que nem sequer foi devidamente processado pela falta de legislação específica sobre a questão.

A criminalização da lavagem de dinheiro está fundada na ideia de que o combate ao crime passa, necessariamente, por estrangular as fontes de recursos de organizações criminosas. A introdução de lucros obtidos em atividades ilícitas no mercado lícito é uma das formas de assegurar que o produto do crime possa ser incorporado ao patrimônio do criminoso, ou utilizado por ele sem despertar suspeitas.

O mercado ligado ao futebol oferece uma série de “oportunidades” para que recursos ilícitos sejam injetados de forma a não serem posteriormente vinculados ao crime que originou tais recursos. O Relatório do GAFI⁽¹⁾ “Lavagem de dinheiro no setor do futebol”,⁽²⁾ de julho de 2009, identifica uma série de vulnerabilidades da indústria do futebol:

1) Uma complexa rede de proprietários: os direitos federativos de jogadores profissionais podem pertencer a uma miríade de proprietários (clubes, agentes, empresas, fundos de investimento), com diferentes percentuais.

2) Fluxo internacional de recursos: o crescimento do negócio do futebol por meio de direitos de televisionamento, patrocínio e operações de compra, venda e empréstimo de jogadores em um mercado altamente globalizado pressupõe variadas transações financeiras internacionais, inclusive em países classificados como paraísos fiscais.

3) Estrutura de gerenciamento amadora: não há mercado organizado com profissionalismo e os atores que participam desse mercado ainda operam de forma amadora, caracterizada pela inexperiência. Mesmo a gestão dos grandes clubes brasileiros ainda não tem características empresariais, oscilando entre diferentes formas de organização jurídica (fundações, associações, empresas de capital fechado, sociedades anônimas).

4) Negociações com valores elevados: operações de compra e venda de jogadores podem variar entre dezenas de milhares de reais até centenas de milhões de reais, sendo praticamente impossível identificar, de antemão, a razoabilidade dos valores. Jogadores podem ser vendidos por preços muito altos sem que haja fundamentos objetivos para determinar se tais valores são reais. Além disso, mesmo clubes que não são considerados grandes podem estar envolvidos em operações milionárias.

Essas características do mercado de futebol acabam por favorecer a prática do crime de lavagem de dinheiro, consistente na transformação de recursos ilícitos em ativos aparentemente lícitos. O processo de lavagem de capitais conhece três momentos distintos, também chamados de “fases da lavagem”: o da ocultação (ação de desfazer o laço que une o dinheiro ao criminoso), o da dissimulação (acobertamento da operação de ocultação por meio de operações financeiras sucessivas, variadas e superpostas, dificultando que se restabeleça o vínculo desde sua origem) e o da integração (quando os ativos ilícitos, já com sua origem criminosa encoberta, são transformados em valores aparentemente lícitos).

Quando o produto do crime se constitui de valores em espécie, pode-se ocultar essa origem misturando-se o dinheiro ilícito com uma movimentação de valores lícitos. Exemplo disso seria uma situação em que a receita da bilheteria de um jogo é artificialmente “inflada”, simulando ganhos superiores ao real. Depois de tributada, essa renda é incorporada ao patrimônio do clube (cuja estrutura está sendo utilizada para lavar um dinheiro criminoso).

Essa renda artificial pode ser enviada ao exterior sem despertar suspeitas no bojo de alguma operação envolvendo jogadores. Nesse caso, o clube acertaria a compra de um jogador cujos direitos federativos valeriam 5 milhões pelo dobro do valor. Para tanto, uma empresa *off-shore* poderia ser utilizada para, primeiramente, adquirir esse jogador de um clube por 5 milhões para imediatamente depois revendê-lo ao clube que participa da operação criminosa por 10 milhões. Esse mecanismo permitia a remessa do dinheiro ilícito para o exterior sem despertar suspeitas, pois as transferências de altos valores são operações comuns nesse mercado.

Outra possibilidade seria usar a renda artificialmente obtida em operações com o criminoso de modo a simular ganhos lícitos para este, por meio da contratação de consultorias jamais realizadas, ou comissões para intermediação de patrocínios, ou ainda pagando valores maiores do que os que seriam adequados em transações envolvendo jogadores. Apostas esportivas também poderiam ser utilizadas nessa fase, já que lidam igualmente com valores em espécie.

Já a fase de dissimulação pode ocorrer por meio da criação de empresas *off-shore*, preferencialmente estabelecidas em paraísos fiscais (que aliam baixa tributação e mecanismos de controle frágeis). Operações “de fachada” envolvendo tais empresas, permitem que altos valores (associados a transferências ou compra e venda de direitos federativos) circulem em diferentes jurisdições nacionais, dificultando que se refaça o caminho original dos recursos.

Por fim, a integração dos recursos ilícitos com aparência de lícitos também pode estar associada às atividades dos clubes. A operação de compra e venda de jogadores, por exemplo, cujos valores não obedecem a critérios objetivos de cálculo, pode ser utilizada como meio de lavar recursos ilícitos. Imagine-se que seja acertada a venda de um jogador de um clube brasileiro para um clube espanhol pelo valor de 10 milhões de reais, mas a operação seja feita de forma triangular. Nesse exemplo, o clube brasileiro vende o jogador para um clube ou uma empresa *off-shore* por 5 milhões. Contudo, no mesmo dia, o clube espanhol compra esse mesmo jogador da empresa *off-shore* por 10 milhões. A diferença de 5 milhões, produto do crime praticado contra o patrimônio do clube brasileiro é incorporada ao patrimônio da empresa *off-shore* (e posteriormente será distribuída entre seus donos, um deles o dirigente do clube brasileiro).

Outro exemplo seria um criminoso que desejasse lavar o dinheiro obtido de forma criminosa por meio da venda de um jogador cujos direitos federativos valeriam 5 milhões de reais. Imagine-se que esse criminoso deseja lavar 5 milhões de reais. Para tanto, ele faria a transferência para o comprador (utilizando sua conta na empresa *off-shore*) de 5 milhões de reais e, em vez de realizar a venda por 5 milhões, declararia que a operação foi de 9,5 milhões. Dessa forma, o comprador estaria comprando um jogador que vale 5 milhões por 4,5 milhões, e o vendedor conseguiria justificar o ingresso em seu patrimônio daqueles recursos que antes não tinham como ser internalizados no país sem despertar suspeitas.

Embora as práticas acima possam ser investigadas e processadas de forma autônoma, as características da indústria do futebol, tal como apontadas pelo relatório do GAFI, fazem com que as evidências desses crimes não sejam fáceis de se identificar.

É precisamente nesse ponto que a nova Lei de Lavagem de Capitais pode contribuir, inibindo o uso dos clubes de futebol para a prática da lavagem. Com efeito, a Lei 12.683/2012 ampliou os poderes fiscalizatórios do COAF ao incluir, entre os setores obrigados a fornecerem informações, “as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contabilidade, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais” e as “pessoas físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares” (art. 9.º, XIV, f, e art. 9.º, XV, da Lei 12.683/2012).

Isto é particularmente importante porque a maioria das transações de jogadores de futebol são feitas por representantes de futebol (um mercado partilhado por mais de 4.000 agentes,⁽³⁾ que representam, negociam e assinam contratos em nome dos contribuintes.

Ainda segundo o relatório do GAFI sobre lavagem de dinheiro no setor do Futebol, os agentes possuem posição fundamental nesse mercado, cuidando não somente da transferência do atleta entre clubes, mas também gerindo os ativos do atleta, negociando contratos de publicidade e supervisionando seu relacionamento com os clubes.

No entanto, embora a Lei 12.683/2012 tenha promovido mudanças substanciais para enfrentar e combater a corrupção ligada ao negócio do futebol, criando novas ferramentas de dissuasão e *compliance*, são necessárias melhorias para que esta política pública alcance resultados mais significativos.

É necessário que o COAF estabeleça regras sobre quais informações devem ser fornecidas, pois ainda não há um regulamento relativo à transferência, compra ou aquisição de contratos relacionados com os esportes profissionais ou atividades artísticas; e a promoção, corretagem, intermediação, comercialização, agência ou negociações relacionadas com os direitos de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares.

O fato de o Brasil ter sido escolhido para sediar eventos importantes – a Copa das Confederações em 2013, Copa do Mundo em 2014 e as Olimpíadas de 2016 – impulsionou a agenda do Governo para a melhoria dos mecanismos de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro no negócio do futebol. No entanto, ainda há importantes passos a serem dados.

A legislação que serve de base para o esporte brasileiro vem sendo remendada desde o decreto-lei 3.199, imposto pela ditadura do Estado Novo em 1941, que impõe esse sistema extremamente autoritário, anacrônico e inadequado. É preciso que o Congresso Nacional discuta uma Lei Geral para o Esporte que permita um choque de democracia e transparência nas organizações esportivas. Hoje, clubes e federações administram recursos de uma coletividade bem maior que os sócios que frequentam suas sedes, ou membros que os constituem, e precisam de mecanismos muito mais eficientes de controle social.

Nos Estados Unidos, por exemplo, um Ato do Congresso Americano no mandato do Presidente Carter em 1978, conhecido como *Amateur Sports Act*, determinou que atletas em atividade deveriam ter pelo menos 20% dos votos em qualquer fórum de decisão das entidades esportivas americanas e os Estatutos da Federação de Futebol dos Estados Unidos refletiram este comando legal não só determinando 20% dos votos para os atletas (ByLaw 302 – Section 3) como também incluindo outros atores relevantes como as ligas profissionais.

É preciso consolidar toda legislação esportiva brasileira em um novo marco regulatório, adequado à democracia do século XXI. É urgente tratar do sintoma mas também é fundamental cuidar da doença. O combate à lavagem de dinheiro no futebol passa necessariamente pela revisão do próprio funcionamento do setor com mais democracia, transparência e controle social.

Notas

- (1) O Grupo de Ação Financeira (GAFI, ou Financial Action Task Force – FATF) é um organismo intergovernamental criado em 1989, no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), com a finalidade de propor políticas públicas para combater a lavagem de dinheiro e estabelecer parâmetros para a cooperação internacional. O Brasil foi admitido como membro do GAFI em 1999. Desde sua criação, o GAFI vem desenvolvendo recomendações que são constantemente revistas (1990, 1996, 2001, 2003 e 2012) e monitorando o progresso dos países-membros na implementação dessas recomendações, além de elaborar relatórios especiais.
- (2) Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/ML%20through%20the%20Football%20Sector.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2015.
- (3) Disponível em: <<http://www.fifa.com/aboutfifa/organisation/footballgovernance/playeragents/list.html>>. Acesso em: 25 jul. 2015.

Thiago Bottino

Pós-Doutor em Direito (Columbia Law School).

Professor Adjunto da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio) e da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Advogado.

Pedro Trengrouse

Mestre em Humanities, Management and Law of Sports (FIFA Master).

Professor de Direito Desportivo da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio) e Professor Visitante da Harvard Law School (Fall 2014).

Advogado.

Impasses penais e processuais da “política jurisprudencial de drogas”

Rodrigo Duque Estrada Roig

Quando falamos de política criminal de drogas, em regra nos vêm à cabeça as responsabilidades, induções e papéis realizados pelos Poderes Executivo e Legislativo. Olvidamos, contudo, a fundamental contribuição do Poder Judiciário para o norteamento e consolidação de uma política de Estado na matéria, a ponto de não ser exagero falar na existência de autêntica “política jurisprudencial de drogas”.

Embora notáveis avanços jurisprudenciais no tratamento da matéria tenham sido percebidos nos últimos tempos (ex.: nos crimes de tráfico, a abolição do regime integralmente fechado, a possibilidade de substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direito e a adequação do regime de cumprimento de pena aos ditames do art. 33, § 2.º, do CP), diversos entendimentos jurisdicionais – ainda ancorados sobretudo nas ideias de ordem e saúde públicas – continuam a gerar entraves à redução de danos. O objetivo deste breve e despretensioso ensaio é pontuar apenas alguns exemplos de como esta paradoxal e errática “política jurisprudencial de drogas” tem provocado danos humanos e sociais inestimáveis.

Inicialmente, no que tange ao delito de porte ou posse para consumo pessoal (art. 28 da Lei 11.343/2006), parece lógico que tanto a diminuta quantidade de droga apreendida (incapaz de produzir dependência) quanto a irrisória cultura de planta destinada à preparação da droga devam ensejar a aplicação do princípio da insignificância, afastando a tipicidade material. Todavia, ainda transitam com facilidade os entendimentos de que “a pequena quantidade de droga faz parte da própria essência do delito em questão, não lhe sendo aplicável o princípio da insignificância” (STJ, AgRg no AREsp 620033/MG, 6.ª T., j. 14.04.2015), ou, ainda, que “não incide o princípio da insignificância ao delito de posse de entorpecente para uso próprio, pois é de perigo abstrato, contra a saúde pública, sendo, pois, irrelevante, para esse fim, a pequena quantidade de substância apreendida” (STJ, RHC 35072/DF, 6.ª T., j. 18.11.2014).

No fundo, a concepção de que o delito de posse ou porte de drogas para uso próprio seria de perigo abstrato à saúde pública vem servindo – de uma só vez – para afastar o princípio da insignificância e “justificar” a constitucionalidade do art. 28, mesmo sendo cristalino que as condutas ali descritas se vinculam ao consumo pessoal, sendo incapazes de lesionar (princípio da lesividade) direitos de terceiros (a saúde pública).

Na essência, a distinção no tratamento penal (destinado a drogas ilícitas) e não penal (destinado a drogas lícitas) viola o princípio da isonomia,⁽¹⁾ não sendo demais insistir que as condutas descritas no art. 28 dizem respeito à esfera privada de determinação de cada indivíduo, pelo que toda intervenção estatal se mostra atentatória ao direito fundamental à intimidade e ao princípio da dignidade da pessoa humana, consectários do regime democrático de direito.⁽²⁾

Ainda segundo a Lei de Drogas, para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz deve atender à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente (art. 28, § 2º). Tal dispositivo dá margem à vasta discricionariedade por parte do julgador, que se vale cotidianamente de aspectos objetivos do tipo ou subjetivos do réu para presumir ou tentar prever se a droga destinava-se a consumo pessoal, consagrando-se o Direito Penal do autor, “de *cunho autoritário e incompatível com a dignidade da pessoa humana e com o princípio da culpabilidade*”.⁽³⁾

Além de confusão entre fato e autor, também se mostra bastante comum na jurisprudência a presunção de que a droga não se destinava a consumo pessoal quando o local da apreensão é conhecido ponto de venda de drogas: “a natureza, a variedade – crack e cocaína – e a considerável quantidade de porções das drogas apreendidas em poder do recorrente, somadas às circunstâncias em que se deu a prisão – em local conhecido como ponto de venda de drogas – e à localização de elevada quantia em dinheiro em seu poder, evidenciam dedicação ao comércio proscrito (...)” (STJ, RHC 57896/SP, Recurso Ordinário em Habeas Corpus, 5.ª T., j. 02.06.2015).

Esse mesmo argumento é utilizado para a imposição de prisão preventiva aos réus: “a variedade, a quantidade de porções e a natureza altamente lesiva de um dos estupefacientes capturados, somadas à forma de acondicionamento do referido material tóxico, bem como às circunstâncias em que se deu a prisão em flagrante – na companhia de um menor e em local conhecido como ponto de venda de entorpecentes –, são fatores que indicam a periculosidade efetiva do envolvido e a potencialidade lesiva do crime perpetrado, autorizando a preventiva” (STJ, HC 318623/SP, 5.ª T., j. 21.05.2015). Esta associação é evidentemente incoerente, pois conhecidos pontos de venda também são conhecidos pontos de compra de drogas por parte de usuários, fato este que, a um só tempo, comprovaria a destinação pessoal do entorpecente e obstaría a prisão preventiva aos réus. Entender o contrário significa consagrar o princípio *in dubio pro societate* em matéria de drogas.

Como ápice da atual política jurisprudencial sobre a posse de drogas para consumo pessoal, não podemos (na verdade, não nos deixam) olvidar o entendimento de que não seria possível, em sede de *habeas corpus*, discutir fatos com o intuito de desclassificar o crime de tráfico para o delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006, pois a desclassificação demanda a incursão aprofundada em todo o conjunto fático-probatório dos autos, vedada no *habeas corpus* (STJ, HC 319178/SP, 6.ª T., j. 02.06.2015). Deixando de lado os rodeios e retóricas típicos do discurso jurídico, perceberemos que o engessamento da defesa neste caso produz duas reduções e um aumento: de um lado redução de trabalho para o Poder Judiciário e de chances de defesa e pronta reparação de constrangimentos ilegais. De outro, aumento de danos para os réus, que em regra são ou permanecem presos.

A par da vasta discussão que envolve o delito do art. 28 da Lei 11.343/2006, os principais impactos da “política jurisprudencial de drogas” podem ser sentidos no delito de tráfico (art. 33 da Lei 11.343/2006).

Em primeiro lugar, em que pese cristalina a possibilidade de incidência do princípio da insignificância (em face tanto da ínfima quantidade de droga envolvida quanto da irrisória cultura de planta destinada à preparação da droga), o Supremo Tribunal Federal passou a exigir múltiplos vetores para a aplicação do princípio da insignificância, neste e em outros delitos: (a) ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado; (b) reduzido grau de reprovabilidade; (c) inexpressividade da lesão; (d) nenhuma periculosidade social (por todos, cf. STF, HC 126273 AgR/MG, 2.ª T., j. 12.05.2015). O acúmulo de requisitos para o reconhecimento da insignificância – aliado à ideia de perigo abstrato à saúde pública – tem de fato tornado ainda mais árdua a adoção da perspectiva redutora de danos em matéria de drogas.

Outra emblemática manifestação jurisprudencial desse delito é a Súmula 512 do STJ, segundo a qual “a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas”. A edição da Súmula reflete os entraves causados pela “política jurisprudencial de drogas” brasileira, gerando a oportunidade de o Supremo Tribunal Federal enfrentar o tema de maneira conclusiva e atenta à necessidade de redução de danos.

Outra incoerente tendência jurisprudencial no crime de tráfico de drogas: a de “justificar”, pela natureza e/ou quantidade da droga, uma série de gravames penais e processuais aos réus. Vejamos:

“O fato de as circunstâncias judiciais serem favoráveis ao réu e de a pena privativa de liberdade aplicada ser inferior a 4 (quatro) anos não lhe assegura, por si só, o direito de cumpri-la em regime aberto. Dependendo da natureza e/ou da quantidade da droga com ele apreendida, poderá ser imposto regime mais gravoso” (STJ, AgRg no AREsp 202.564/RS, 5.ª T., j. 10.02.2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, 6.ª T., j. 05.02.2015).

“Não configura bis in idem a utilização do vetor natureza/quantidade da droga no momento da dosimetria e para impor o regime inicial fechado, porquanto é cabível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas na individualização da pena, gerando efeitos diversos” (STJ, HC 323464/RO, 6.ª T., j. 02.06.2015).

No que tange à prisão preventiva no delito de tráfico, é corriqueira a vinculação entre quantidade/natureza das drogas e necessidade de segregação acautelatória, mesmo diante de baixo poder lesivo da substância apreendida (STJ, HC 319029/SP, 5.ª T., j. 26.05.2015). Entende-se ainda que “a decisão do magistrado de primeiro grau encontra-se fundamentada na garantia da ordem pública, considerando a razoável quantidade e espécie da droga apreendida – 14,2 gramas de cocaína –, circunstância que demonstra a gravidade da conduta perpetrada e a periculosidade social do agente” (STJ, RHC 56517/SP, 5.ª T., j. 26.05.2015). Presume-se assim, ao mesmo tempo, a existência de periculosidade social do agente, gravidade da conduta perpetrada e ameaça à ordem pública, em claro *bis in idem*.

Enfim, as corriqueiras nebulosidade e pobreza probatórias que envolvem as circunstâncias das prisões e apreensões de drogas no Brasil levaram a jurisprudência ao apego exagerado (uma espécie de *confiança cega*) aos critérios da quantidade e espécie da droga, tornando-as quase que “rainhas das provas” da narcotráfica, desencadeando ainda presunções de periculosidade e de ameaça social.

Em conclusão, apesar dos avanços jurisprudenciais que tentaram arrefecer os efeitos dessocializantes e criminógenos da atual política de drogas, muitos outros entendimentos parecem ao mesmo tempo obscurecer o horizonte de racionalidade no enfrentamento do tema. Por isso a necessidade de coerência e maior reflexão sobre os rumos da “política jurisprudencial de drogas” brasileira, se desejamos realmente que esta funcione como instrumento de contenção de danos humanos e sociais.

Notas

- (1) Nesse sentido, SANTOS, Lycurgo de Castro. Tóxicos: algumas considerações penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 5, p. 123-124, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- (2) Nesse sentido, KARAM, Maria Lúcia. Drogas: a irracionalidade da criminalização. *Boletim IBCCRIM*, n. 45, p. 9-10, São Paulo, ago. 1996. Em sentido igualmente crítico, cf. KARAM, Maria Lúcia. A Lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo. *Boletim IBCCRIM*, v. 14, n. 167, p. 6-7, São Paulo, 2006. CARVALHO, Salo. *A política criminal de drogas no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crime de porte de drogas para uso próprio*: com a palavra, o Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Viva Rio, 2015. BOITEUX, Luciana; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; VARGAS, Beatriz; BATISTA, Vanessa Oliveira; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Tráfico de drogas e Constituição*. Pensando o direito. Ministério da Justiça. Brasília, n. 1, 2009. MARONNA, Cristiano Ávila. Drogas e consumo pessoal: a ilegitimidade da intervenção penal. *Boletim IBCCRIM*, v. 20, p. 4-6, São Paulo, out. 2012. Ainda sobre o tema, cf. STF, RE 635.659.
- (3) BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito. *Nova Lei de Drogas*: comentários à Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 44.

Rodrigo Duque Estrada Roig
Doutor em Direito Penal pela UERJ.
Professor de Direito Penal e Execução Penal.
Defensor Público/RJ.

O sistema penal e suas inimigas: o controle dos corpos femininos de presas comunistas e traficantes

Priscilla Placha Sá

1. Inimigas: com a letra “A”

“A história oficial das Américas só reserva um lugarzinho para as fiéis sombras dos figurões, para as mães abnegadas e as viúvas sofredoras: a bandeira, o bordado e o luto”.⁽¹⁾ Quando não lhes reserva – como desde Eva, na narrativa bíblica – um lugar maldito, de sombra e repúdio; lugar de pecado e dor.

No Brasil “recém-descoberto” de 1500, as mulheres índias teriam protagonizado o 1º caso criminal identificado pelo homem branco: cozinham e comeram um português; por interesse econômico não se aplicou o Direito Penal da Coroa. No mesmo período colonial, encontra-se o uso da expressão “inimigo”, inscrita e escrita no *masculino* e destinada aos indígenas homens.⁽²⁾ As indígenas mulheres não eram vistas com tal *periculosidade*, mas tiveram seus corpos submetidos aos homens brancos (tal e qual “suas” mulheres e escravas negras) inaugurando-se por aqui a intervenção em sua carne com estupros e investidas violentas, narrados epicamente como feitos heroicos, viris e masculinos.⁽³⁾

O lugar obscuro que as mulheres ocupam não as coloca com a mesma potência nos livros de história, não raro, seu aparecimento é pelo avesso. Suas histórias são as micro-histórias não contadas em uma pretensa macro-história universal de atos grandiosos e guerreiros, de conquistas e travessias de mares, de inventos tecnológicos e construções monumentais;⁽⁴⁾ feitos que mata(ram) muitas vidas e muitas mulheres cujas histórias, provavelmente, nunca foram ou serão conhecidas.

A submissão dos corpos femininos, como exercício de poder e controle de sexualidade, permeia essa proposta de intervenção, pois se enraiza profundamente nas estruturas do direito e, especialmente, do sistema penal. Instrumento arrogante e letal de controle da vida, sobretudo, produtor da morte. É a morte (ou de quem a produz) que estrutura o poder, poder que está na figura do *masculino*.⁽⁵⁾

2. O patriarcado, a dominação masculina e a dicotomia dos espaços de poder

O patriarcado ou a dominação masculina,⁽⁶⁾ além dos aspectos de classe e raça, implica na dicotomia dos espaços de poder. Nos espaços públicos, na rua e na política, transitam os homens: senhores da guerra, das armas, da força, da lei e do falo; trabalham nas coisas altas e secas; protagonistas de conquistas e epopeias. Já no espaço privado, doméstico ou da casa, as mulheres são as rainhas do lar e à disposição de seus maridos, sucessores dos seus pais; responsáveis pela educação das crianças e tarefas enfadonhas, rotineiras e cotidianas; cuidam do que é rasteiro, como ervas e temperos, das coisas úmidas como comidas, líquidos e unguentos.⁽⁷⁾

A divisão do que é do *feminino* ou *masculino* produz características relacionais que agrupam significados ao significante *homem* e *mulher*; eles como o “cara”, o sujeito que é e que faz; elas como a “coisa”, aquela coisa ali, aquilo de que não se lembra.⁽⁸⁾ Aspectos que se espalham para o arranjo social e institucional e marcam binarismos e dicotomias (isso é de *homem*; aquilo é de *mulher*). Incorporados pelo direito, resultam em debates oblíquos em temas como o aborto e a prostituição.

As conquistas do(s) feminismo(s)⁽⁹⁾ no campo da política, como o direito ao voto, e no campo social, como acesso à educação e ao trabalho, por vezes são dadas como suficientes e acabadas. Embora ainda restem tão evidentes, as profundas desigualdades na participação política e relações sociais, além da sujeição de seus corpos – como o assédio sexual – tão ligada à sua condição de mulher.⁽¹⁰⁾

Sem descuidar do tom, por vezes, elitista das várias ondas do feminismo (acadêmico, branco e intelectual) que parecia pretender se colocar no posto de dominação que tanto criticava, os movimentos de mulheres se entrelaçaram e se replicaram evidenciando a condição operária, o lesbianismo, a prostituição, o racismo etc.

3. Onde tudo começou: as bruxas e o *Malleus Maleficarum*

O *Malleus Maleficarum* (*O martelo das feiteiras*) de 1484, de **Heinrich Kramer** e **James Sprenger**,⁽¹¹⁾ antecedido pela *Summis desiderantes affectibus* (1484), a “Bula das Bruxas”, do Papa Inocêncio VIII, implica em um legado de enorme complexidade e de nefastos efeitos para o sistema de justiça criminal – não adstrito às autoridades eclesiásticas. **Zaffaroni** assevera que desde aí se sucederam discursos com idêntica estrutura: alega-se discursivamente uma emergência e uma *inimiga* (ou inimigo) como ameaça extraordinária que põe a humanidade em risco e por isso não se pode colocar nenhuma barreira ao poder punitivo.⁽¹²⁾

Batista e Zaffaroni apresentam a polêmica acerca da concepção sobre as mulheres-feiteiras no *Malleus Maleficarum* e as características que as tornam o “mal em si”;⁽¹³⁾ *inimigas*, por excelência do sistema penal. As bruxas e feiteiras seriam as mesmas descritas por **Ginzburg**,⁽¹⁴⁾ como as que frequentavam o sabá. Em ambos, elementos interessantes: (a) seus encontros noturnos representavam, não raro, o medo, a transgressão, a volúpia, o crime; (b) os descritivos fantasiosos traziam figuras que eram metade-pessoa e metade-bicho e narravam a matança de crianças para o uso da gordura como unguento protetivo, além de poções mágicas com asa de morcego e perna de sapo; (c) as figuras femininas têm centralidade, embora homens participassem, indicando que eram as classes baixas que se reuniam à noite após o trabalho; (d) as insinuações de orgia e de sexualidade implicam a crítica moral e religiosa.

Tal obra demonológica, pelos efeitos deletérios, ao menos na América Latina, de uma epistemologia inquisitorial por ele proclamada, nublou o que seria a questão central: havia aí nos sabás e nos encontros noturnos as histórias das mulheres contadas umas para as outras, perpassando gerações, por meio de contos e de uma sabedoria sobre métodos de autocontrole do seu corpo e da própria sexualidade. Daí que uma das formas de provar que uma mulher era bruxa – pois não se dispunha a provar a própria bruxaria – era por meio do seu útero.

A problemática em torno da matriz inquisitorial deixou em segundo plano o fato de que se soerguia um sistema vertical, hierárquico e militarizado que oprimia as pessoas fracas, pequenas, humildes, tortas e, especialmente, as mulheres. O destino das bruxas: a fogueira. Até que **Frei Friederich von Spee**, que ouvia as confissões das ditas bruxas, começa a questionar o fato de que, pelo método utilizado, todas as mulheres poderiam ser como se queria, bruxas.

4. *Inimigas públicas: as comunistas e as traficantes*

Tendo em conta essa perspectiva de investida nos *corpos femininos*, é que se elegeu grupos de mulheres ou estereótipos femininas, cujas histórias normalmente são contadas pelo avesso, como verdadeiro atrapalho ou desafio à história oficial, de ordem e de progresso, por sua participação no espaço público, na política e na rua. Mais do que a repressão ao comunismo e ao tráfico de drogas (que sustentam desde a Primeira República os discursos políticos, com matrizes bélico-militares) é a repressão à condição de mulher nesses temas que se delinea.

São as protagonistas más, as antagonistas das “mocinhas-donzelas”; mulheres que se distanciam dos *femininos* ditos ideais e do papel natural e biologicamente destinado a elas; desafiaram o controle de sua sexualidade, a inscrição social sobre seus *corpos*; não aceitaram a divisão sexual do trabalho e as implicações e complicações da dicotomia da reprodução e produção.⁽¹⁵⁾

Tal escolha pauta-se pela faceta do sistema penal que as olha como quem se deve privar de liberdade, liberdade do corpo e da alma. Até mesmo que se deve matar real ou simbolicamente; mulheres que podem ter seus *corpos* violados e violentados por uma razão de Estado, seu sexo colocado à disposição do sistema penal, a serviço do processo, da prova e do grotesco.

À primeira vista, poder-se-ia dizer que mulheres comunistas e mulheres traficantes aparecem em contextos históricos e políticos muito distintos. No entanto, o modo como o sistema penal lida com elas indica as permanências do patriarcado e da misoginia. Contra as *inimigas* tudo é possível.

Desde os métodos de interrogatório (os mesmos usados pelas Inquisições),

passando por instrumentos e formas de tortura que questionam sua condição de mulher e violam sua sexualidade, por meio de estupro cometido por autoridades públicas, e impondo abortos e adoções compulsórias, em meio a frases como: guerrilheira não é mãe; traficante não é mulher. No cumprimento das penas, impõem-se o trabalho doméstico das prisões, privadas das visitas íntimas e da assessoria jurídica, elas definitivamente não aparecem sequer no impacto das estatísticas criminais, embora a privação de que padecem seus *corpos* no espaço prisional que é *masculino* vá muito além daquela pelas quais passam os homens.⁽¹⁶⁾ Violência, solidão e sofrimento são também, para elas, pena e castigo.

Notas

- (1) GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso*. Trad. Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM Editores, 2011. p. 71.
- (2) A referência contemporânea normalmente remete ao *direito penal do inimigo* e ao penalista Günther Jakobs, mas essa expressão encontra sua fundação para muito além disso: v. FRANÇA, Leandro Ayres. *Inimigo ou a inconveniência de existir*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- (3) RAMINELLI, Ronald. Eva Tupinambá. In: PRIORE, Mary Del (Org.); PINSKY, Carla Bassanezi (Coord.). *História das Mulheres no Brasil*. 10. ed., 1ª. reimp. São Paulo: Contexto, 2012. p. 11-44.
- (4) PERROT, Michelle. *Os excluídos da história: operários, mulheres e prisioneiros*. Trad. Denise Bottmann. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- (5) BEAUVOIR, Simone de. Trad. de Sérgio Millet. *O segundo sexo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 2009. v. 1, p. 103.
- (6) MIGUEL, Luis Felipe. Org. Luis Felipe Miguel e Flávia Biroli. *Feminismo e política: uma introdução*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2014. p. 18 e ss. O autor apresenta a discussão a respeito da utilização do termo “patriarcado” e “dominação masculina” para tratar do fenômeno que polariza o masculino e o feminino e que dá potência ao primeiro, bem como seus reflexos e suas permanências, particularmente, para as sociedades ocidentais.
- (7) BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011. p. 16-18.
- (8) ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pela mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan (Instituto Carioca de Criminologia), 2012. p. 125-157.
- (9) Parece ser preciso falar em *feminismos*, no plural, dada a diversidade de demandas e dos recortes que essa teoria política implica (MIGUEL, Luis Felipe. *Feminismo e política: uma introdução*, p. 17 e ss.).
- (10) MIGUEL, Luis Felipe. *Feminismo e política: uma introdução*, p. 17 e ss.). Além dos dados citados pelo autor, ver os dados da Secretaria Nacional de Políticas para as Mulheres (disponíveis em <<http://www.spm.gov.br/assuntos/poder-e-participacao-politica/dados/tabelas>>. Acesso em: 25 jul. 2015). São nauseantes as descrições de David Harvey a respeito da violação dos *corpos* das trabalhadoras chinesas nas salas de costura das empresas multinacionais, assim como as coreanas, mexicanas e tailandesas (*Neoliberalismo: história e implicações*. São Paulo: Loyola, 2008. p. 181 e ss.).
- (11) KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiteiras*. Introdução histórica de Rose Maria Muraro. Trad. Paulo Froés. Do original: *Malleus Maleficarum*. 22. ed. Rio de Janeiro: Record/Rosa dos Tempos, 2011.
- (12) ZAFFARONI, Eugenio Raúl; REP, Miguel. *La cuestión criminal*. 3. ed. Buenos Aires: Planeta, 2012. p. 42 e ss. O autor chega a elencar 20 itens que demonstram sua permanência, embora registre que existam outros.
- (13) ZAFFARONI, Eugenio Raúl; REP, Miguel. *La cuestión criminal*, p. 42.
- (14) GINZBURG, Carlo. *História noturna*. Trad. Nilson Moulin Louzada. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 9 e ss.
- (15) A respeito da questão cultural na concepção de papéis das mulheres e do lugar do feminino em uma dimensão simbólica: BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Já no lugar político e na dimensão pública: COSTA, Pietro. *Poucos, muitos, todos: lições de história da democracia*. Curitiba: Ed. UFPR, 2012.
- (16) A respeito do encarceramento das mulheres: CASTRO, Natalia Eloísa. Hacia una propuesta de equidad de género en el campo penitenciario. In: BERGALI, Roberto et al. (Org.). *Violencia y sistema penal*. 5. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2008. p. 107-115. Também: ESPINOZA, Olga. *A mulher encarcerada: em face do poder punitivo*. Monografias. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

Priscilla Placha Sá

Doutora em Direito do Estado pela UFPR.

Professora Adjunta da Graduação em Direito da UFPR e da

PUCPR e do Mestrado em Direitos Humanos da PUCPR.

Presidente da Comissão da Advocacia Criminal

da OAB-PR (2013-2015).

Sobre o cárcere, o Judiciário e irresponsabilidades

Bruno Shimizu

O aprisionamento é estruturalmente ilegal. Qualquer aprisionamento.⁽¹⁾ Mesmo que respeitados os parâmetros de legalidade impostos pela legislação de determinado local no que tange às condições das prisões, os próprios critérios de seleção que determinam quem será encarcerado são essencialmente discriminatórios, seja na América Latina, onde o cárcere se coloca como aparato de segregação e extermínio da juventude negra, pobre e periférica, seja em países “centrais”, onde o cárcere funciona como mecanismo de contenção de segmentos indesejados, fazendo-se como *locus* da institucionalização da xenofobia e da inocuidade dos “consumidores falhos”.⁽²⁾

No Brasil, contudo, onde a política de encarceramento em massa da pobreza transforma o sistema penal em um aparato genocida,⁽³⁾ a ilegalidade do encarceramento não é sequer contestável. Em um contexto de “deslegitimação pelos próprios fatos”,⁽⁴⁾ a seletividade estrutural se alia a práticas medievais de tortura e horror.

A Defensoria Pública de São Paulo, no cumprimento de suas atribuições previstas no art. 81-B, V, da LEP, desenvolveu política de visitas de inspeção nos estabelecimentos prisionais do Estado.⁽⁵⁾ A experiência contribuiu para reafirmar o que é de conhecimento geral: a situação prisional viola os direitos humanos mais básicos e degrada, em um pretense Estado Democrático de Direito, a vida de milhares de pessoas. Todos os estabelecimentos visitados até o momento estavam superlotados, chegando, não raro, a quase 400% de lotação; o que representa, em geral, mais de 50 pessoas em celas com capacidade para 12.

As condições das celas são indignas. A falta de luminosidade e ventilação é assustadora. A insalubridade, aliada à péssima conservação das instalações hídricas, proporciona um odor pútrido e piora a situação daqueles que dormem no chão, sobre pedaços de espuma infestados de percevejos. Não bastasse, os presos são submetidos a racionamento crítico de água, passando, na maioria dos locais, dois terços do dia sem acesso a esse recurso. O banho de água gelada, mesmo em períodos de frio, torna doenças respiratórias uma constante. Quanto à alimentação, os presos relatam que, muitas vezes, os alimentos estão azedos, cheiram mal, além de chegarem em quantidade insuficiente. Em São Paulo, invariavelmente, nenhum alimento é entregue aos detentos entre 16hs e 7hs. A maioria das unidades não conta com equipe mínima de saúde, ficando os presos doentes quase sempre relegados ao próprio azar.

Diante desse cenário de barbárie, cabe perguntar qual o papel do Poder Judiciário e como ele tem se portado ao ser confrontado com esse paradoxo, no qual a aplicação do Direito Penal importa, obrigatoriamente, a violação de direitos fundamentais.

Do ponto de vista jurídico-formal, o Estado, ao se valer do *ius puniendi*, processando e prendendo o cidadão, assume responsabilidade sobre sua custódia. Em razão do dever de guarda, a responsabilidade estatal por danos que advenham dessa relação é objetiva.⁽⁶⁾

A aplicação das normas pelo Judiciário, contudo, quando se trata da garantia de direitos dos excluídos, nunca se dá de forma objetiva, sendo a ideologia de extermínio do inimigo o vetor que, na maioria das vezes, orienta as decisões.

A título de exemplo, cita-se uma ação civil pública ajuizada pela Defensoria, requerendo fornecimento suficiente de água aos presos do CDP de Praia Grande, estabelecimento extremamente precário e superlotado, onde os presos, não bastasse se amontoarem em celas com espaço de menos de um metro quadrado por pessoa, ainda sofrem intenso racionamento de água. Em primeira instância, foi concedida medida liminar. Contudo, em sede de agravo interposto pelo Estado, o Desembargador **José Luis Gavião de Almeida** cassou a liminar, alegando que não haveria urgência no provimento: “O presídio envolvido não é novo e a população carcerária do local, de uma forma ou outra, tem sobrevivido, como mostra o relatório do CNJ que não aponta rebeliões, fuga ou morte entre presos”.⁽⁷⁾ O mero

risco à vida e à integridade física dos presos não é suficiente para que se reconheça situação de urgência. Exige-se que presos morram ou que causem rebeliões que, de preferência, sejam transmitidas por programas policiais sensacionalistas. O direito tutelado pelo Judiciário não é o direito do preso, mas o direito da classe média de não ser incomodada pela lembrança de que há um contingente enorme de pessoas tratadas como lixo, sendo empurradas às masmorras brasileiras por este mesmo Judiciário que, ao ser confrontado com sua própria ilegalidade, escolhe o cinismo como expediente para se esquivar de sua responsabilidade.

Essa mesma postura é acompanhada pela cúpula do Tribunal Paulista. Em duas ações civis públicas movidas pela Defensoria pleiteando a instalação de equipes mínimas de saúde no CDP de Serra Azul e na Penitenciária de Ribeirão Preto, cada uma contando com uma população de mais de mil presos, as medidas liminares impondo obrigação de fazer ao Estado foram suspensas pelo Presidente do Tribunal, sob o argumento de que o cumprimento da legislação, mediante prestação de atenção à saúde dos presos, “*expõe a risco grave a ordem pública, compreendida aqui como ordem administrativa*”. O Desembargador **Renato Nalini** asseverou que, caso mantida a decisão de primeira instância, haveria um “*evidente potencial replicador, multiplicador, porque é inegável que, se preservada sua eficácia, servirá de paradigma para situações relacionadas com outros estabelecimentos prisionais*”.⁽⁸⁾ Logo, a medida foi suspensa, por razões políticas e econômicas, eis que, a garantir o direito à saúde dos presos de duas unidades prisionais, o Judiciário teria de reconhecer que as outras unidades também funcionam à margem da legalidade. Para que se evitasse esse contratempo, pareceu melhor ao Tribunal simplesmente deixar que nenhuma unidade fosse contemplada. Interessante notar, ainda, como questões orçamentárias e administrativas aparecem tranquilamente em decisões, como justificativa para a violação de direitos fundamentais, quando a sociedade discute justamente os impactos orçamentários deletérios da concessão de volumosos “auxílios moradia” e outras gratificações e verbas indenizatórias a juízes e demais operadores do sistema.

As esquivas do Poder Judiciário em reconhecer a responsabilidade jurídica pelas condições indignas de encarceramento – inclusive sua própria responsabilidade –, institucionalizaram-se, em São Paulo, bem como em vários Estados, por via da invenção da exótica figura do “juízo corregedor dos presídios”, relegando-se as atividades judiciais de fiscalização e garantia de direitos sociais dos presos a um “juiz com função administrativa”, conforme entendimento endossado pelo CNJ.⁽⁹⁾ Assim, as violações de direitos da população carcerária, em vez de serem levadas à apreciação do juízo natural das Varas da Fazenda Pública, sofrem o deslocamento de competência para um “juiz sem poderes jurisdicionais”, que pouco mais faz que expedir ofícios protocolares recomendando que se garanta esse ou aquele direito, se possível. O sistema de Justiça, ciente da ilegalidade estrutural do cárcere, desenvolveu manobra jurídica que impede o efetivo acesso à Justiça da população carcerária, por meio da “administrativização” inconstitucional das funções judiciais do art. 66, VII e VIII, da LEP.

Atualmente, tramitam no STF algumas ações sobre o tema da responsabilidade civil do Estado pelas condições de encarceramento. A ADIn 5.170, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, pede que seja conferida interpretação conforme à Constituição aos dispositivos 43, 186 e 927 do Código Civil, para reconhecer o dever de indenizar por condições carcerárias violadoras de direitos fundamentais. Chama a atenção, contudo, que, na própria inicial, sem qualquer amparo legal, o autor peça que o valor pago a título de indenização não se destine à vítima da violação, mas, sim, seja depositado em um fundo próprio. Por sua vez, no RE 280.252, em trâmite no STF, o Min. Roberto Barroso apresentou voto reconhecendo a contrariedade ao direito representada pela situação carcerária. Contudo, propôs inovação, sugerindo que, em vez de compensar o preso mediante indenização, dever-se-ia reconhecer-lhe o direito à remição, instituto originalmente pensado como forma de fomentar o estudo e o trabalho, direitos que, por

sistematicamente não serem garantidos, poderiam ser substituídos pelo ato de suportar condições de tortura. Em ambos os casos, verifica-se que os próprios operadores do Direito, mesmo quando reconhecem a ilegalidade do cárcere, recusam-se a dispensar ao preso tratamento isonômico. No que toca à “remição por tortura”, parece óbvio que os institutos não guardam relação entre si. A minoração ou o perdão da pena pela indignidade na forma de cumprimento deveria vir pelos instrumentos político-criminais do indulto e da comutação,⁽¹⁰⁾ evidentemente sem prejuízo da justa indenização. De toda forma, verifica-se que, na lógica do Poder Judiciário, o direito do preso é visto com preconceito, sendo ele tratado como um não cidadão, acobertado, quando muito, por regras de um “direito humanitário não escrito”, que só entra em ação, modestamente, quando for inevitável se evitar a visibilidade do extremo excesso de crueldade.

Notas

- (1) Sobre a concepção do cárcere como uma instituição “fora da lei”, cf. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Trad. port. de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 147-158.
- (2) BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. port. de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 24.
- (3) Para uma leitura do sistema penal brasileiro como produto de um projeto genocida, cf. FLAUZINA, Ana Luíza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.
- (4) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. port. de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- (5) A metodologia utilizada nessas inspeções se consubstancia em questionamentos feitos à direção dos estabelecimentos prisionais, entrevistas reservadas com algumas das pessoas presas no local, escolhidas aleatoriamente, diálogo com os presos nos locais de aprisionamento e observação direta pelos Defensores Públicos. Cumpre salientar que a incursão se dá em todas as áreas utilizadas para a custódia de pessoas, tais como os setores de inclusão de presos, do convívio rotineiro, de cumprimento de sanção disciplinar, de proteção e segurança pessoal e enfermaria.
- (6) Nesse sentido: “[...] são as hipóteses nas quais é o **Poder Público quem**

constitui, por ato comissivo seu, os fatores que propiciarão decisivamente a emergência de dano. Tais casos, a nosso ver, assimilam-se aos de danos produzidos pela própria ação do Estado e por isso ensejam, tanto quanto estes, a aplicação do princípio da **responsabilidade objetiva**” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009. p. 1036-1037).

- (7) TJSP – AI 0136175-50.2013.8.26.0000 – j. em 18.07.2013.
- (8) TJSP – Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 2031991-72.2014.8.26.0000 – j. em 07.03.2014.
- (9) Refere-se, aqui, à decisão do CNJ no procedimento de controle administrativo 200810000002397, de 08.04.2008: “A decisão que decreta a interdição de estabelecimentos prisionais é de natureza administrativa e não jurisdicional, não sendo desafiável por meio do recurso de agravo em execução (art. 197 da LEP), consoante entendimento do STJ (MC n. 5220/MG e RMS n. 4059/RS). Analogia com a natureza jurídica da decisão que transfere presos, igualmente consubstanciadora de ato administrativo (STF: HC n. 64347/SP e HC n. 67221/PR; STJ: CC n. 40326/RJ). II. Sendo administrativo, submete-se ao controle hierárquico da Administração e compete ao juízo da execução criminal, desde que observadas as formalidades e procedimentos, caso regulamentados, do Tribunal de origem. Exegese conjugada dos arts. 65 e 66, VIII, da LEP”.
- (10) Vale mencionar que a Defensoria Pública de São Paulo e a Pastoral Carcerária Nacional encaminharam sugestão para o decreto de indulto de 2014 no sentido de se conceder indulto ou comutação a partir de parâmetros de superlotação, convocando a Presidência a levar em conta as condições materiais de encarceramento para o exercício do poder de indultar. A proposta, contudo, aprovada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e pela Secretaria de Assuntos Legislativos da Presidência, foi barrada pelo gabinete do Ministério da Justiça.

Bruno Shimizu

Mestre e Doutor em Criminologia pela USP.
Defensor Público Coordenador Auxiliar do Núcleo
Especializado de Situação Carcerária da
Defensoria Pública do Estado de São Paulo.
Presidente da Comissão de Sistema Prisional do IBCCRIM.

Crime de tortura no sistema criminal de justiça penal – Cenários e desafios para a pesquisa

Fernando Afonso Salla e Maria Gorete Marques de Jesus

A questão da investigação e processamento dos crimes de tortura pelo sistema de justiça criminal tornou-se tema de diversas pesquisas nos últimos anos (MAIA, 2006; JESUS, 2010; JESUS e JESUS, 2010; CALDERONI et al., 2015). Compreender como os órgãos de segurança pública e justiça apuram, investigam, processam e julgam crimes de tortura, especialmente aqueles praticados por agentes do Estado, tem sido o ponto central dessas pesquisas. De maneira geral, todas elas mostram que os crimes de tortura praticados por pais, mães, padrastos ou outros atores resultam em um maior número de condenações do que aqueles praticados por policiais civis e militares, agentes penitenciários, monitores de unidades de internação de adolescentes e outros agentes do Estado.

De acordo com a pesquisa *Julgando a Tortura* (2015),⁽¹⁾ os casos envolvendo *agentes públicos* tiveram mais chance de terem sua decisão de condenação convertida em absolvição nos Tribunais de Justiça do que aqueles envolvendo os *agentes privados*. Do total de casos envolvendo agentes públicos, 35% deles foram absolvidos. Do total de casos envolvendo agentes privados, 11% foram absolvidos em segunda instância. Ainda conforme esta pesquisa, um dos argumentos mais comuns encontrados nos acórdãos para a decisão de absolvição dos acusados estava relacionado às provas, que eram consideradas insuficientes para comprovar a violação

e/ou a autoria. Além disso, havia também uma desqualificação da vítima quando o autor do crime era agente público (JESUS, 2010).

Diante desse quadro surgem alguns questionamentos: por qual razão existe esta diferença? Como se dá a investigação e o processamento de ambos os casos? Há maior colheita e produção de provas em um caso em detrimento do outro? Para buscar algumas respostas, era necessário fazer uma pesquisa mais aprofundada sobre o assunto.

Em 2014, o IBCCRIM realizou a pesquisa *Investigação e processamento de crimes de tortura em Goiânia, Curitiba e Belo Horizonte*, elaborada a partir do Edital da Senasp.⁽²⁾ A pesquisa foi desenvolvida tendo como fonte principal os documentos produzidos para investigar ou processar os crimes de tortura, na fase administrativa e na judicial de primeira e de segunda instâncias. O projeto procurou identificar o universo de casos de tortura, entre 2010 e 2013, junto às corregedorias das polícias civil e militar, junto ao sistema penitenciário e socioeducativo, os processos judiciais e ainda as decisões de segunda instância. À exceção dos acórdãos que são acessíveis em plataformas eletrônicas, nos demais casos a organização de sistemas de informação que possibilitem a identificação e localização dos procedimentos instaurados, com informações básicas, é de uma precariedade constrangedora para o serviço público.

Houve uma série de obstáculos para a realização da pesquisa,

especialmente com relação ao acesso aos dados. As instituições acionadas apresentaram as mais variadas dificuldades para dar acesso às informações sobre os casos de tortura, bem como aos documentos que possibilitassem a coleta de dados. Uma das descobertas da pesquisa, que talvez fosse apenas uma constatação, é a falta de registros confiáveis e sistematização dos casos por esses órgãos. Existe uma opacidade com relação às instituições do sistema de segurança e de justiça, que são pouco permeáveis ao escrutínio público. Há o que se poderia chamar uma produção da invisibilidade das informações regulares, consistentes e confiáveis. Os órgãos envolvidos, quando dispõem de algum mecanismo de armazenamento de informações sobre os procedimentos instaurados, nem sempre contam com instrumentos de rastreamento/desagregação (por tipo de agente, tipo de vítima, local de ocorrência etc.) que permitam transformar tais informações em instrumentos internos para efeito de aperfeiçoamento do funcionamento da instituição ou como elemento para dimensionamento de planejamento futuro de política pública. Pode-se dizer que a ausência de mecanismos centralizados de armazenamento e de acesso a informações é uma constante. Assim, a própria coleta dos dados foi em si uma tarefa árdua e um dado de pesquisa.

Outro ponto importante a ser destacado é que muitas instituições de controle interno são geralmente assumidas pelos próprios pares dos perpetradores da tortura. As corregedorias de polícia, seja a civil ou a militar, é composta por membros das próprias corporações. Por um lado, isso pode prejudicar as apurações, tendo em vista as relações corporativistas, por outro lado, os policiais que ocupam cargos nessas corregedorias voltarão a assumir os expedientes da carreira quando encerrarem seus mandatos nesses órgãos, podendo sofrer perseguições das mais variadas formas.

Em decorrência da pesquisa é possível expor alguns dos pontos considerados cruciais ao analisarmos a forma como os órgãos correccionais, de segurança pública e de justiça atuam nos casos de tortura que envolvem agentes do Estado:

- I. a constatação de uma ainda inconsistente produção de informações sobre os casos de tortura na forma de bancos de dados informatizados no âmbito de todas as instituições integrantes do sistema de justiça criminal;
- II. as polícias ainda são bastante resistentes em dar transparência para os casos envolvendo membros de seus quadros;
- III. apesar de se constatar uma tendência à elevação do número de casos enquadrados como tortura, muitos dizem respeito a ocorrências envolvendo agentes privados no âmbito das relações domésticas;
- IV. esses casos também são aqueles que recebem a maior porcentagem de condenações quando comparados aos casos envolvendo agentes públicos;
- V. embora muitos casos de tortura cometidos por agentes públicos ocorram em instituições como delegacias e presídios, envolvendo uma rede hierárquica direta no local, não foi encontrada nenhuma condenação por omissão;
- VI. percebeu-se uma falta de empenho das instituições na coleta de provas de qualidade. É sabido que as organizações de investigação e perícia apresentam uma série de problemas estruturais e organizacionais, mas no âmbito da comprovação da tortura, especialmente quando envolve agentes públicos, parece haver um empenho menor do que nos casos envolvendo agentes privados. Não é por acaso que há muitas absolvições por falta de provas. Além de ter gerado um instrumento de pesquisa que pode ser ferramenta útil para pesquisas futuras, o presente estudo apresenta uma série de recomendações baseadas nos resultados da pesquisa.

Além da gravidade da persistência de tantos casos na sociedade brasileira, decorridos mais de 17 anos da entrada em vigor da lei 9.455/1997, o que mais chama a atenção é que houve apenas progressos muito modestos no âmbito das instituições responsáveis pelas investigações, produção de provas e processamento em conter a emergência de tais crimes, sua reprodução e ainda evitar a sua impunidade. Ou seja, continuam ausentes ou precários os mecanismos (dotados de certa autonomia) para recepção

de denúncias do crime de tortura que envolvam agentes públicos como as ouvidorias de polícia, ouvidorias do sistema penitenciário e ouvidorias dos sistemas socioeducativos. Os órgãos internos de apuração dos crimes de tortura, como as corregedorias, em geral, são corporativos e estão longe de conduzir investigações rigorosas que impliquem punições e que sinalizem para os agentes da corporação o caráter inaceitável dessa prática no âmbito das polícias ou dos sistemas de encarceramento.

As investigações conduzidas pelas polícias continuam a ser limitadas e inconsistentes, sobretudo quando envolvem agentes públicos como acusados, não sendo produzidas provas robustas para fundamentar os processos. Ainda, os órgãos responsáveis pela perícia criminal são, em geral, subordinados às secretarias de segurança pública com grande prejuízo para a sua autonomia na produção de provas com isenção de interferência de membros das corporações policiais e nem sempre contam com recursos humanos e materiais adequados para proceder ao seu trabalho. As defensorias públicas nem sempre dispõem de membros suficientes para o atendimento das vítimas de tortura. Assim, se, como é comum, as investigações não produzem provas consistentes, limitando-se, muitas vezes, ao confronto de depoimentos entre agentes públicos (valorizados e inquestionados) e vítimas (socialmente desclassificadas como “bandidos”, “presos”, “criminosos”), as chances de impunidade na fase judicial não são pequenas, seja qual for o posicionamento da promotoria ou dos magistrados.

Em suma, a realização da pesquisa revelou categoricamente a situação paradoxal vivida no presente pelo país onde os avanços alcançados em relação ao enfrentamento dos crimes de tortura convivem com as condições insatisfatórias de investigação e processamento de tais casos, bem como limitações na organização de dados e na sua transparência para o público em geral. Porém, são as resistências *interna corporis* que estimulam o desconhecimento dos casos, evitam a avaliação externa do seu funcionamento, impondo obstáculos para a identificação e acesso a eles.

Referências bibliográficas

- CALDERONI, Vivian.; JESUS, Maria Gorete Marques de. (Coord). Julgando a tortura: análise de jurisprudência nos tribunais de justiça do Brasil (2005 – 2010). ACAT-Brasil/Conectas/NEV-USP/IBCCRIM/Pastoral Carcerária, 2015.
- JESUS, José de; JESUS, Maria Gorete Marques de (2010) *Pastoral carcerária*. Relatório sobre tortura: uma experiência de monitoramento dos locais de detenção para prevenção da tortura. 2010. Disponível em: <http://www.carceraria.org.br/fotos/fotos/admin/Relatorio_tortura_revisado1.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2015.
- JESUS, Maria Gorete Marques de. *O crime de tortura e a justiça criminal*: um estudo dos processos de tortura na cidade de São Paulo., São Paulo: IBCCRIM., 2010.
- MAIA, Luciano Mariz. *Do controle judicial da tortura institucional*: à luz do direito internacional dos direitos Humanos. Recife: Tese (Doutorado), Universidade Federal de Pernambuco, 2006.

Notas

- (1) Essa pesquisa foi realizada com apoio de cinco organizações: ACAT-Brasil, Pastoral Carcerária, Conectas, NEV-USP e IBCCRIM. O estudo analisou 455 acórdãos de crimes de tortura, coletados nos sites do Tribunais de Justiça dos Estados brasileiros.
- (2) Os resultados das pesquisas constantes desse edital serão futuramente lançados pela Senasp.

Fernando Afonso Salla

Sociólogo, pesquisador sênior do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP).

Maria Gorete Marques de Jesus

Doutoranda do Programa de Pós-Graduação do Departamento de Sociologia da Universidade de São Paulo (FFLCH-USP).
Pesquisadora do Núcleo de Estudos da Violência da USP (NEV/USP).

Descasos

Romualdo

Alexandra Lebelson Szafir

Quando tinha 13 anos, Romualdo foi expulso de casa pela sua mãe. O motivo? Bateu no padrasto, que, bêbado, acabara de quebrar o maxilar dela. Foi menino de rua, tinha tudo para dar errado, e, por um tempo, até deu: cumpriu pena por roubo.

Hoje, no entanto, ele é um homem recuperado: auxiliar de enfermagem, cuida de um senhor que sofre de ELA.⁽¹⁾ Para quem não sabe, também tenho essa doença;⁽²⁾ é como me envolvi no caso que passo a narrar.

Vamos aos fatos. Romualdo estava separado da mãe da filha dele. Esta ligou para ele da escola, pedindo que a levasse ao McDonald's. Quando chegou ao local, ainda no horário de aula, para buscar a filha, foi mandado embora depois de duas horas (!) de espera porque não estava cadastrado e não conseguiram falar com a mãe da menina. Procedimento correto da escola, mas, pelo tempo que o deixaram esperando, não se apressaram muito, digamos assim.

Ele ficou irritado com a espera, que se mostrou infrutífera – quem não ficaria? –, mas exagerou na reação ao segurança que tentava expulsá-lo. Chamaram a “polícia”, que nada mais era que membros da Guarda Civil Metropolitana, conhecidos da diretora da escola.

Bem por isso, chegaram “apavorando”, ou seja, dando tapas na cara de Romualdo e algemando-o. Fizeram isso na frente dos outros pais e mães, os quais, a essa altura, já vinham buscar os seus filhos na escola, o que o constrangeu.

Naquele momento, ele teve uma ideia “brilhante”. Pensou: “*se estão me prendendo sem motivo, eu vou dar motivo*”. E deu um chute no vidro da viatura, ferindo um guarda no olho. Resultado: foi processado por lesão corporal grave, desacato, resistência e dano qualificado.

Ao chegar à presença do juiz, a sorte, finalmente, lhe sorriu: o Promotor de Justiça requereu a desclassificação do crime de lesão corporal para a forma culposa e propôs a suspensão condicional do processo (embora, reincidente, ele não tivesse direito a ela), quer por ter visto a inutilidade de dar seguimento a um processo originado de um incidente banal, quer por ter se compadecido de Romualdo.⁽³⁾

No termo, constaram as condições do benefício, entre elas o comparecimento trimestral ao cartório do juízo e a prestação de serviços à comunidade, ambos pelo prazo de dois anos. É importante frisar que no termo constou de maneira clara o endereço do cartório do juízo, mas não da Vara das Execuções Criminais, responsável por esta última condição.⁽⁴⁾

Romualdo compareceu religiosamente ao cartório, mas, ao fim do biênio, a Central de Penas e Medidas Alternativas informou que ele lá não havia estado para que pudesse prestar serviços à comunidade.⁽⁵⁾

Por esse motivo, e também por não ter direito à suspensão, a juíza oficiante na Vara revogou o *sursis* processual.

Essa era a situação quando conhecemos Romualdo. Ele veio ao nosso escritório acompanhado da filha e foi bastante honesto: admitiu todos os fatos, inclusive que tinha errado. Disse que só não prestou serviços à comunidade porque não tinha conhecimento dessa condição, sobre a qual o advogado não o havia informado. Se quisesse descumprir o acordo, não teria comparecido trimestralmente ao cartório, onde jamais o informaram que deveria se apresentar na Vara das Execuções.

A lógica era inegável.

Optamos, então, por, antes de impetrar um *habeas corpus*, pedir à juíza a reconsideração da decisão que revogara a suspensão. Fomos, eu e os brilhantes jovens advogados Daniel Gerstler e Luna Perel Harari, despachar a petição.

O que aconteceu a seguir foi uma aula de como não se deve receber um advogado e/ou um deficiente físico.

A juíza, ao me ver entrar de cadeira de rodas na sala de audiências, decidiu, unilateralmente, nos receber do lado de fora, sem sequer me consultar sobre o que eu preferia. Oferecer de nos receber no seu gabinete? Nem pensar! Ao que parece, não éramos dignos de tal honraria.

Visivelmente impaciente enquanto o Dr. Daniel lhe expunha os argumentos, a magistrada interrompeu-o de forma rude, perguntando se Romualdo estava acompanhado de advogado na audiência preliminar.

Neste ponto, faço um parêntese: como a doença, além dos movimentos, tirou-me a voz, quando vou despachar uma petição, costumo escrever o que

eu iria dizer caso pudesse falar. O advogado Daniel explicou isso a ela.

Era um texto de uma página e meia, cuja leitura não demandaria mais do que cinco minutos. Ainda que não tivesse o menor interesse no que eu tinha a dizer – como era claramente o caso –, se aquela juíza tivesse um mínimo de sensibilidade, leria o que escrevi naquele momento, como forma de compensar a minha deficiência.

No entanto, ela só disse, sem sequer olhar para mim: “*vou ler, rasgar e jogar fora*” (ênfase no “rasgar”), pois isso não é petição”. Ainda tentei dizer a ela⁽⁶⁾ que tinha escrito aquilo porque não conseguia falar, achando que talvez ela não tivesse entendido. Ouvi a mesma resposta. Ela não iria ler as minhas “palavras” agora.

Em resumo: a douta magistrada foi ríspida (não só comigo), deixando muito claro que não éramos bem-vindos. Saímos de lá com a certeza de que ela ia indeferir o nosso pedido.

Não deu outra! O pedido foi indeferido, sob os argumentos de que: (i) Romualdo não fazia jus à suspensão e (ii) ele tinha assinado o termo em conjunto com seu defensor, não podendo alegar desconhecimento da cláusula do acordo.

Impetramos um *habeas corpus*, redigido pelos ilustres advogados Luna e Daniel. Em síntese, argumentamos que, uma vez homologado o acordo, o Juízo não pode “mudar de ideia”, mesmo porque a folha de antecedentes já estava nos autos quando foi proposta, aceita e homologada a suspensão. No writ, dissemos também que o termo não era suficientemente claro quanto à obrigação de comparecer na Vara das Execuções e que Romualdo tinha demonstrado boa-fé ao comparecer trimestralmente no cartório do Juízo.

Deferida a liminar para suspender o andamento do processo, sobreveio um parecer favorável da Procuradoria de Justiça, nos seguintes termos: “(...) Tenho que, de fato, não constou de maneira clara do termo de audiência que concedeu o direito questionado ao paciente o endereço da Central de Penas e Medidas Alternativas, mas, tão somente, o endereço do Juízo de formação da culpa (...), onde ele realmente foi (...), demonstrando, ao menos, boa fé em cumprir ao acordado. Ao que parece, não houve orientação, por parte da serventia, quanto ao local onde deveria se dirigir para a prestação de serviços à comunidade. Não há notícias de que o Juiz das Execuções Criminais tenha intimado o paciente para iniciar a prestação de serviços à comunidade (...)”.

Finalmente, a ordem foi concedida. Em acórdão relatado pelo Desembargador Aben-Athar de Paiva Coutinho, constou o seguinte: “*não constou de maneira clara do termo da audiência que concedeu o direito questionado ao paciente o endereço da Central de Penas e Medidas Alternativas (...). Daí não se poder afirmar que a queixa é desarrazoada, (...) fosse o paciente pessoa simples ou não devia estar em destaque, não originando qualquer espécie de dúvida*”.

Fez-se justiça. Mas e se Romualdo não tivesse advogados? Certamente, seria mais um a engrossar a fila dos réus.

Notas

- (1) Esclerose lateral amiotrófica, doença que ficou conhecida com o “desafio do gelo”, no ano passado. A ELA paralisa, progressivamente, os músculos do corpo, incluindo os responsáveis pela fala, deglutição e respiração.
- (2) Escrevo por meio de um equipamento que acompanha o movimento dos meus olhos.
- (3) Não estando presente na audiência, é o que sou levada a acreditar, pois simplesmente não é possível que nem o promotor, que propôs a suspensão, nem o juiz, que a homologou, tenham se dado conta do equívoco, uma vez que a folha de antecedentes dele já estava acostada aos autos.
- (4) O fato de a Vara das Execuções Criminais ser encarregada de condição do *sursis* processual diz muito sobre a frustração do caráter despenalizador da Lei 9.099/1995.
- (5) É significativo o fato de a Central ter se mantido silente durante todo o período de prova, quando ainda era possível evitar o descumprimento da condição imposta pelo Juízo. Também não se intimou Romualdo para cumprir a condição em discussão.
- (6) Quando não estou no computador, comunico-me por meio de uma tabela de letras.

Alexandra Lebelson Szafir

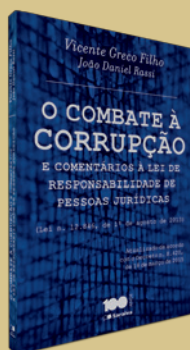
Advogada.

(aleszafir@uol.com.br)



**ESTATUTO DA CRIANÇA
E DO ADOLESCENTE –
LEI N. 8.069/90 –
COMENTADO ARTIGO
POR ARTIGO**

Luciano Alves Rossato,
Paulo Eduardo Lépore e
Rogério Sanches Cunha
7ª edição



**O COMBATE À CORRUPÇÃO
E COMENTÁRIOS À LEI DE
RESPONSABILIDADE
DE PESSOAS JURÍDICAS**

Vicente Greco Filho
e João Daniel Rassi
1ª edição



**MITOLOGIA
PROCESSUAL
PENAL**

Rubens R. R. Casara
1ª edição

REEDIÇÕES E LANÇAMENTOS DO

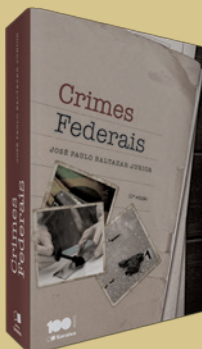
DIREITO PENAL

COM A QUALIDADE EXCLUSIVA DA EDITORA SARAIVA



**CRIMES DE
TRÂNSITO E DE
CIRCULAÇÃO
EXTRATRÂNSITO –
COMENTÁRIOS
À PARTE PENAL
DO CTB**

Nei Pires Mitidiero
1ª edição



**CRIMES
FEDERAIS**

José Paulo Baltazar
Junior
10ª edição



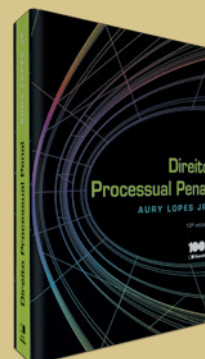
**COMPLIANCE,
DIREITO PENAL
E LEI
ANTICORRUPÇÃO**

Renato de Mello
Jorge Silveira e
Eduardo Saad-Diniz
1ª edição



**TRATADO DE
DIREITO PENAL –
5 VOLUMES**

Cezar Roberto Bitencourt



**DIREITO
PROCESSUAL
PENAL**

Aury Lopes Jr.
12ª edição

Mantenha-se informado
sobre as novidades da Saraiva:



/editorasaraiva



@editorasaraiva



**Editora
Saraiva**

editorasaraiva.com.br