



LEFIS SERIES 25

**Direito penal,
processo penal
e criminologia**

Gustavo Noronha de Avila,
Romulo Rhemo Palitot Braga
(coords.)

PRENSAS DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

LEFIS
LEGAL FRAMEWORK FOR THE INFORMATION SOCIETY



COMITÉ CIENTÍFICO
SERIE LEFIS

Coordinación

Prof. Fernando Galindo Ayuda. Universidad de Zaragoza
Profa. María Pilar Lasala Calleja. Universidad de Zaragoza

Consejo asesor

Prof. Javier García Marco. Universidad de Zaragoza
Prof. Alejandro González-Varas Ibáñez. Universidad de Zaragoza
Prof. Philip Leith. Universidad Queen's de Belfast
Prof. Emérito Abdul Paliwala. Universidad de Warwick
Prof. Aires Rover. Universidad Federal de Santa Catarina
Prof. Erich Schweighofer. Universidad de Viena
Prof. Ahti Saarenpää. Universidad de Rovaniemi

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL
E CRIMINOLOGIA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL
E CRIMINOLOGIA

Gustavo Noronha de Ávila,
Romulo Rhemo Palitot Braga
(coords.)

PRENSAS DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

LEFIS
LEGAL FRAMEWORK FOR THE INFORMATION SOCIETY

 **CONPEDI**
Sociedade Científica do Direito

 **UNIPÊ**
Centro Universitário
de João Pessoa

DIREITO penal, processo penal e criminologia [Recurso electrónico] / Gustavo Noronha de Ávila, Romulo Rhemo Palitot Braga (coords.). — Zaragoza : Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2019

256 p. ; 22 cm. — (LEFIS series ; 25)

ISBN 978-84-17633-59-2

1. Informática–Derecho–Brasil. 2. Internet en la administración pública. 3. Derecho penal–Brasil

ÁVILA, Gustavo Noronha de
BRAGA, Romulo Rhemo Palitot

34(81):004

004.738.5:35

004.738:343(81)

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© LEFIS

© CONPEDI, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – Brasil.

© De la presente edición, Prensas de la Universidad de Zaragoza (Vicerrectorado de Cultura y Proyección Social)

1.ª edición, 2019

El Centro Universitário de João Pessoa - PB - UNIPÊ ha subvencionado parcialmente la edición de este libro.

Prensas de la Universidad de Zaragoza. Edificio de Ciencias Geológicas, c/ Pedro Cerbuna, 12. 50009 Zaragoza, España. Tel.: 976 761 330. Fax: 976 761 063

puz@unizar.es <http://puz.unizar.es>

<https://www.conpedi.org.br/>



Esta editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional.

SUMÁRIO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CRIMINOLOGIA

APRESENTAÇÃO.....	9
<i>Gustavo Noronha de Avila, Romulo Rhemo Palitot Braga.</i>	
A GESTÃO DE RISCOS PENAIS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E A RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO NOS PROGRAMAS DE CUMPRIMENTO.....	10
<i>Rebecca Cerqueira Rocha, Sebastian Borges de Albuquerque Mello.</i>	
A SOCIEDADE DE RISCO E A EXPANSÃO DA LEGISLAÇÃO PENAL PARA O COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO.....	30
<i>Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato, Ítalo Ramon Silva Oliveira.</i>	
AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: O PAPEL DO AGENTE INFILTRADO COMO MEIO DE PROVA E SUA DIGNIDADE HUMANA.....	44
<i>Geilson Nunes.</i>	
INFLUÊNCIAS CRIMINOLÓGICAS E AMBIGUIDADES: EM BUSCA DE UMA HERMENÊUTICA PARA A JUSTIÇA JUVENIL.....	62
<i>Érica Babini Machado, Milena Oliveira dos Santos.</i>	
MEDO DO CRIME: UMA ABORDAGEM A PARTIR DAS ESTRATÉGIAS PREVENCIÓNISTAS.....	86
<i>Érika Mendes de Carvalho, Gustavo Noronha de Ávila.</i>	
O ACORDO DE LENIÊNCIA COMO MECANISMO LEGAL PARA O EFETIVO COMBATE À CORRUPÇÃO.....	106
<i>Luiz do Nascimento Guedes Neto, Rômulo Rhemo Palitot Braga.</i>	
O PODER JUDICIÁRIO E A CULTURA AUTORITÁRIA: O CASO RAFAEL BRAGA VIEIRA SOB A PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA.....	122
<i>Aline Souza Prado, Clóvis Marinho de Barros Falcão.</i>	
OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E SUAS CONCEPÇÕES: EXAME CRÍTICO PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	143
<i>Matheus de Araújo Alves, Sérgio Henriques Zandoná Freitas.</i>	
PLEA BARGAINING: A INFLUÊNCIA DO DIREITO PREMIAL AMERICANO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	164
<i>Isaac Ronalitti Sarah da Costa Saraiva.</i>	
PRISÃO, CRISE E OMISSÃO DO ESTADO: ANÁLISE DO AMBIENTE CARCERÁRIO BRASILEIRO.....	183
<i>Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Ricardo Ferreira Barouch.</i>	

RACIONALIDADE DO ALINHAMENTO ENTRE O DIREITO PENAL
INTERNACIONAL OS PRINCÍPIOS REITORES DO SISTEMA PENAL NOS ESTADOS
DEMOCRÁTICOS DE DIREITO.....203
Maria Auxiliadora Minahim, Lucas Gabriel Santos Costa.

REDISCUINDO A PARTICIPAÇÃO DO INVESTIGADO NA INVESTIGAÇÃO
POLICIAL A PARTIR DA GARANTIA DA AMPLA DEFESA.....220
Fernando Laércio Alves da Silva.

TEORIA GERAL DA PENA: EXECUÇÃO DA PENA NO REGIME SEMIABERTO NO
COMPLEXO PENITENCIÁRIO ANÍSIO JOBIM EM MANAUS.....241
Rubens Beçak, Leonardo Figliuolo.

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CRIMINOLOGIA¹

APRESENTAÇÃO

Durante um ensolarado 7 de Setembro de 2018, em uma das mais tradicionais Universidades espanholas, tivemos a oportunidade de realizar importantes discussões sobre as ciências criminais e seus impactos concretos. Trabalhos de todo o país compuseram uma variedade de temas e referenciais, com debates extremamente ricos.

As discussões revelaram, em seus campos, o estado da arte acerca das preocupações concretas. Não apenas tivemos trabalhos críticos ao atual cenário de persistência de punitividades, como também percebemos textos de caráter propositivo.

Dentro de um cenário onde os justificacionismos punitivos se agigantam em frente ao cidadão, percebemos a preocupação dos/as autores/as em discutir e aprofundar as categorias dogmáticas. Justamente no sentido de construir/desconstruir, compreender para criticar.

Além disso, muitos dos textos percorrem o caminho de aproximar as diversas ciências criminais. As fronteiras entre direito penal, processo penal, criminologias e políticas criminais estão bastante diminuídas, sem que exista perda de qualidade de análise.

Em comum entre os textos também está a preocupação com as conquistas democráticas na gestão do sistema de justiça criminal. Eles constituem importante instrumento de resistência aos obscurantismos que não cessam em ressurgir.

Desejamos ao leitor uma excelente leitura!

Coordenadores do GT:

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Avila – UNICESUMAR

Prof. Dr. Romulo Rhemo Palitot Braga – UFPB

¹ Nota Técnica: Os artigos que não constam neste livro foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, - <http://indexlaw.org/index.php/conpedireview/index>.

A GESTÃO DE RISCOS PENAIS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E A RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO NOS PROGRAMAS DE CUMPRIMENTO

Rebecca Cerqueira Rocha

Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

Sebastian Borges de Albuquerque Mello

Universidade Federal da Bahia

Resumo

É inegável que o Direito Penal caminha sobre novos trilhos, na medida em que sua internacionalização tem provocado importantes mudanças nas bases de seus institutos clássicos. A exigência dirigida à instituição dos programas de *criminal compliance*, enquanto mecanismos de gestão de riscos e prevenção de delitos, na seara empresarial, oferece um terreno fértil à discussão acerca dos parâmetros de responsabilidade penal dos membros que integram a pessoa jurídica. O *compliance officer*, por sua vez, ganha posição de destaque nessa temática, na medida em que a ausência de regulação jurídica, tocante às suas funções e âmbito de competências, conduz à equivocada imputação automática da sua responsabilidade jurídico-penal, nos casos de ocorrência da criminalidade empresarial.

Palavras-chave: *Criminal compliance*, Gestão de risco, *Compliance officer*, Responsabilidade jurídico-penal.

Abstract/Resumen/Résumé

It's undeniable that The criminal law takes New paths, as its internalization has been making important changes in The background of its classical institutes. The direct demand towards The execution, related to The criminal compliance programs, being criminal risk management mechanisms and prevention of offences, in The entrepreneurial environment, offers The possibility for The discussion about The parameters of criminal responsibility of the members who take part in The company. The compliance officer achieves notability position in this issue, seeing as how, The absence of juridical regulation, related to his functions and his competence scope, leads to The mistaken automatic imputation of his juridical criminal responsibility, in The entrepreneurial criminality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: criminal compliance, hazard management, juridical-criminal responsibility, omissive crimes.

1. Introdução

A sociedade de risco, própria das sociedades pós-industriais, é uma realidade inafastável. Nela, a atividade empresarial passa a ser desenvolvida a partir da constante utilização de instrumentos técnicos e recursos, os quais passam a ser fontes de novos riscos e novas relações. Por um lado, tais riscos se convertem em oportunidades de mercado; de outro, surgem novas fontes de perigo cada vez mais vinculados com a atividade humana. Os riscos inerentes à atividade industrial e tecnológica faz surgir novas dimensões de previsibilidade, controle e atribuição de responsabilidade.

Nesta conjuntura empresarial da pós modernidade, que se serve dos avanços tecnológicos, a existência de atividades humanas de risco favorecem a ocorrência de crimes empresariais, fundados na ocorrência de danos a bens jurídicos de terceiros, fazendo surgir, portanto, a discussão acerca da responsabilidade jurídica daqueles membros da pessoa jurídica, cuja função perpassa pela evitação da prática de fatos antijurídicos, tanto no seio da empresa, quanto no ambiente exterior.

Ante ao novo contexto de vida e os riscos dele oriundos, a ciência do Direito não pode ficar alheia às mudanças sociais, de modo que a definição de seus institutos precisa ser repensada, a partir das novas organizações da sociedade.

Com isto, impõe-se a discussão acerca do surgimento de novos marcos teóricos na dogmática penal, tendo em vista que a Teoria do Delito foi construída tradicionalmente a partir de uma perspectiva individualista, na qual o crime é decorrência da conduta de uma pessoa física ofendendo ou expondo a perigo um bem jurídico individual. Os fundamentos tradicionais não conseguem fornecer respostas satisfatórias para a definição da responsabilidade penal derivada de atuações empresariais.

O Direito Penal, pois, deve ser chamado a dar respostas para estes fenômenos, pois a dogmática penal somente tem sentido se trouxer soluções adequadas às condições sociais existentes e aos novos fenômenos das sociedades contemporâneas

É exatamente dentro do contexto da atual sociedade que a complexidade organizativa das relações de responsabilidade surge como aspecto caracterizador da dita sociedade de riscos,

na medida em que o incremento das interconexões causais, bem como seu desconhecimento, ou suas dificuldades em sua aclaração, determina que a responsabilidade de torne cada vez mais fluída.

As pessoas jurídicas rapidamente se adaptaram à referida realidade, implantando programas de cumprimento (*compliance*) na sua estrutura organizacional, adotando códigos de ética e de conduta com o fim realizar uma gestão de riscos e, simultaneamente, demonstrar seu comprometimento em evitar a ocorrência de infrações.

Por outro lado, a criação de tais programas estabelece novos paradigmas daquilo que pode ser concebido como violação de deveres, sobretudo no que se refere aos deveres de fiscalização e vigilância. Isto traz uma nova dimensão de interpretação dos crimes omissivos, e a pergunta se a condição de garantidor, tradicionalmente prevista no art. 13, § 2º, do Código Penal, consegue alcançar eventuais omissões no âmbito da pessoa jurídica e fundamentar a responsabilidade por omissão. Esta é a hipótese a ser desenvolvida no presente artigo.

Faz-se necessário, portanto, posicionar-se sobre a estrutura dos crimes omissivos na Teoria do Delito, focando, especialmente, no instituto da omissão imprópria e na figura do garantidor, analisando seus pressupostos fundamentais a fim de estabelecer a natureza jurídica da posição assumida pelo *compliance officer* dentro da empresa, e, assim, poder determinar se a sua omissão diante da ocorrência de condutas delitivas é penalmente relevante e se o torna garantidor da integridade corporativa à luz do art. 13, §2º, do Código Penal.

Introduz-se, portanto, a discussão sobre a possibilidade de responsabilização penal do *compliance officer* pela omissão no cumprimento dos seus deveres de controle e vigilância, diante da ocorrência de um resultado lesivo à pessoa jurídica decorrente da sua omissão no cumprimento do dever de controle e de que forma esta se daria, fixando seus limites e alcance, para, por fim, concluir se o mesmo assume ou não o papel de autêntico garantidor à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

2. Direito penal moderno e os crimes omissivos no âmbito empresarial

Na nova dimensão social do risco, sem deixar de lado a importância da conduta ativa, a omissão ganha especial atenção na seara penal, como uma busca resolutiva por questões de

atribuição de responsabilidades no direito penal empresarial, acarretando, portanto, em repetidas construções penais omissivas¹.

Até recentemente, ancorado nas criminalizações de perigo, o Direito Penal moderno passa ir além. O processo de neocriminalização amplia seu horizonte ao âmbito ainda mais prévio, no qual as novas tipificações de condutas omissivas fincam suas bases em meras infrações de dever (SILVEIRA, 2016, p. 49).

A diferenciação entre os crimes omissivos e comissivos, em que pese aparentemente simples, revela-se uma atividade bastante complexa, exigindo da doutrina o estabelecimento de critérios precisos para tal fim.

A criação de perigo para os bens jurídicos surge como critério decisivo nesta distinção, na medida em que o crime comissivo restará configurado quando o agente criar ou aumentar o perigo, este materializado no resultado, ao passo que o delito omissivo irá se perfazer, a partir da inércia do agente, quando esta tenha diminuído a possibilidade de sua não ocorrência (DIAS, 2007, p. 909).

No entanto é de rigor perceber que a incidência, pura e simples, deste critério não soluciona, definitivamente, o problema, em debate, na medida em que sua aplicabilidade ficaria restrita aos crimes de resultado.

As regras de imputação, portanto, não podem recair exatamente da mesma forma nos crimes comissivos e omissivos, uma vez que estes últimos podem ostentar a natureza de delitos de infração dever, em hipóteses que tais, não há que se falar em aumento ou diminuição de risco, mas importa perquirir, tão somente, se houve o ultraje de um dever juridicamente estabelecido.

Sendo assim, a diferença entre os crimes omissivos e comissivos não deve partir da mera análise da modalidade da conduta, mas, sim, ter como base o exame da estrutura proibitiva ou mandamental da lei penal. Isto porque, a omissão encontra seu fundamento no estabelecimento do dever de agir ao omitente pela norma penal, ao passo que a comissão existe, independentemente, da lei penal firmar qualquer dever de agir (DUARTE, 2005, p. 45).

Superado o enfoque mecanicista ou mesmo ontológico sobre a natureza dos crimes omissivos, é certo, como Pondera Juarez Tavares (2012, p. 128) que a omissão somente pode ser configurada diante da existência de um dever de agir. Quando se associa uma conduta

¹ Atente-se, oportunamente, que esta nova realidade de sobrecriminalização não traduz a omissão, a partir de sua conformação tradicional, isto é, a mera ausência de aplicação de energia, tendo em vista que essa perspectiva clássica não se aplica ao horizonte penal empresarial. Este, segue uma outra forma de consideração omissiva, aproximando-se do uso da omissão imprópria, ou comissão por omissão, o que permite ampliar o espectro de imputação penal.

comissiva ou omissiva a um dever de agir, torna-se impossível considera-la como apenas atividade ou inatividade, uma vez que não possuem substrato natural, mas sim axiológico. Logo, se o sujeito não possui um dever de agir, a sua inatividade não tem qualquer valor².

Logo, a omissão só terá relevância jurídico-penal quando incorporada a uma norma que estabeleça o dever de agir do omitente. Nesse caso, a norma pode estabelecer uma relação entre a omissão e o resultado a partir da constatação que a ação do omitente, em sendo possível, teria evitado a ocorrência do resultado (SOUZA, 2003, p. 80) ainda que não haja causalidade física na omissão

Entre as formas de omissão, deve-se investigar se a omissão atribuível é omissão própria ou imprópria.

Partindo de um raciocínio simplista, é possível afirmar que o critério diferenciador entre os crimes omissivos próprios e impróprios reside na figura do garante, na medida em que detém um dever jurídico extrapenal de atuar, a fim de garantir a integridade de um bem jurídico frente à sociedade.

A omissão relevante para o direito é aquela consistente na ausência de cumprimento de um dever jurídico, que é a não realização do resultado, de modo que apenas um dever que resulte dessa posição de garantidor terá aptidão para fundamentar a punibilidade do fato como crime comissivo por omissão (BENEDETTI, 2014, p. 65).

Os tipos de omissão imprópria, por conseguinte, pressupõem um dever especial de proteção, a ser desempenhado por classes determinadas de autores, as quais, antes do início de execução do resultado típico, ocupavam uma determinada posição que lhes obrigava a impedi-lo, sendo sua omissão, assim, “qualificada”. Daí a se falar na posição de garante (ou garantidor) (SCANDELARI, 2015, p. 166)³.

Sob a perspectiva do ordenamento jurídico vigente, a delimitação da posição de garante parte de uma tríade legal, isto é, de uma orientação, baseada na tradicional teoria das fontes formais dos deveres jurídicos, amparados na lei, no contrato e na conduta precedente perigosa⁴.

² Id. *Ibid.*, p.128.

³ O Código Penal Brasileiro, em seu art. 13, §2º, encampou a teoria das fontes formais, de modo que o dever de agir incumbe a quem a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. No entanto, sem que se pretenda o total abandono do normativismo, é de rigor salientar a insuficiência da teoria formal na tarefa de delimitar posições de garante, quando não sustentadas na lei, em contratos ou em condutas anteriores geradores de perigo.

⁴ Art. 13 (...)

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

No entanto, ante a insuficiência da predita teoria clássica, a doutrina e a jurisprudência alienígenas vêm adotando a noção das estreitas relações da vida como base da posição de garantia, o que dá início à moderna concepção material, edificada por Armin Kaufmann⁵.

De todo modo, a análise isolada da posição de garantia, seja pela perspectiva formal como pela funcional, conduz a manifesta insuficiência, na medida em que a primeira vertente peca ao não delinear o conteúdo do dever jurídico e seus elementos materiais, ao tempo em que a adoção pura e simples do critério material representa um grande déficit de segurança jurídica, na medida da amplitude e difusão de suas categorias (QUIRINO, 2012, p. 254).

A opção legislativa pela criminalização de condutas omissivas, sobretudo, de natureza imprópria, é uma tendência que se impõe na realidade do novo Direito Penal empresarial, na medida em que violação de condutas de regulação ou autorregulação se tornam cada vez mais comuns, a partir dos deveres de vigilância, expectativas de cumprimento normativo e respeito ao *compliance program* (SILVEIRA, 2016, p. 85/86).

O problema da imputação penal, neste particular, assume contornos sensíveis à sua legitimidade, na medida em que são evidenciadas as dificuldades em ser identificada a figura do garante, a partir de suas funções, dentro de uma realidade econômico-empresarial altamente complexa.

Não se pode olvidar, no entanto, que entre os critérios que fundamentam a equivalência da omissão imprópria à comissão encontra-se, justamente, a posição de garante, a qual não pode ser examinada apartada do quanto determinado no preceito normativo do Código Penal (art. 13, §2º, alíneas a, b e c), sob pena de violação ao princípio indeclinável da legalidade.

Trata-se pois de uma questão-chave da dogmática do tipo objetivo dos crimes de comissão por omissão determinar de que modo podem delimitar-se os deveres de garantia jurídico-penalmente relevantes com a clareza e a determinabilidade suficientes para responder às exigências jurídico-constitucionais do *nullum crimen sine lege* (DIAS, 2007, p. 933).

2.1. A delimitação da função de garante

É objeto de crítica doutrinária a alegada insuficiência do texto legal, no que toca a delimitação da figura do garante, na medida em que, ao prescrever a atuação com o fim de

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

⁵ Kaufmann desenvolve dois grupos de garantes. No primeiro, os garantes de cuidado ou proteção devem cumprir uma função protetora de determinados bens jurídicos, assumida pelo sujeito ou imposta pelo direito, enquanto no segundo, os garantes de segurança têm por função vigiar determinadas fontes de perigo, a partir de situações de ingerência. (BIERRENBACH, 2014, p. 64).

evitar casual resultado danoso, a lei não cuidou de precisar o conteúdo do dever de agir nem de definir quais os resultados de lesão são atribuíveis ao sujeito em posição qualificada (de garantia) que estabelece (TAVARES, 1996, p. 68).

Nesse ponto, a partir da delimitação pouco precisa das posições de garantia dada pelo Código Penal brasileiro, é que se sustenta a aproximação dos recursos trazidos pela teoria material de Kafumann, sem que com isso se perca o parâmetro da regra da legalidade.

Isto significa uma concretização dos deveres e posição de garantia alcançados pela conjugação, em uma certa direção e com um determinado sentido, das teorias material e formal, procedendo-se uma valoração autônoma da ilicitude material, completadora do tipo formal, através da qual a comissão por omissão vem a equiparar-se à ação na situação concreta (DIAS, 2007, p. 938).

Embora haja a premente necessidade de aperfeiçoamento jurídico à realidade atual, a fim de que condutas relevantes para o direito penal não resultem inócuas, como é o caso dos crimes comissivos por omissão, não pode o aplicador da lei penal deixar de fazer alusão ao dever jurídico de agir, estatuído nas alíneas do §2º, do art. 13, em homenagem ao princípio da reserva legal.

Nesta diretiva, Luiz Luisi (2003, p. 142) pondera que “ao explicar como surge o dever de agir a lei confinou o juiz, reduzindo o âmbito de sua discricionariedade, posto que o mesmo só pode entender configurar o delito omissivo impróprio, se o agente não impediu o resultado, que podia impedir, e que juridicamente está obrigado a evitar como decorrência de um dever de agir oriundo de qualquer uma das fontes criadoras desse dever descritas nas letras a, b, e c do §2º do artigo 13 do vigente código penal.”.

Assim, a questão da posição de garantidor, perante o ordenamento jurídico-penal brasileiro, deve ser perquirida com base nos limites normativos estatuídos, taxativamente, pelo §2º, do art. 13, do CP, aliados às funções e conteúdos da teoria material, de forma a melhor delimitar as situações concretas de garantia. Ou seja, é fundamental que o dever de agir encontre abrigo no ordenamento jurídico vigente.

Segundo Ilana Martins (2018, p. 202), seriam cinco os requisitos estruturais dos crimes omissivos impróprios que devem ser preenchidos para que se faça o juízo de adequação típica mediata: posição de garante, capacidade de atuação do garantidor, nexos de causalidade, produção de um resultado e elemento subjetivo. xxx

As situações concretas de garantia devem ser definidas, a partir da extensão do compromisso efetivo do garantidor, combinado com a função protetiva de determinados bens

jurídicos, dentro das hipóteses limitadoras das alíneas *a*, *b* e *c*, do §2º, do art. 13, do CP (QUIRINO, 2012, p. 260).

3. A responsabilidade jurídico-penal do responsável pelo programa de cumprimento (compliance officer): enfrentamento mais aprofundado do art. 13, do CP

Dentro do moderno contexto da governança corporativa é de rigor fixar mecanismos eficientes de identificação de autores de fatos criminalmente puníveis no âmbito das empresas, especialmente, aqueles que praticaram determinada infração, relacionada a um dever previamente conhecido e formalmente assumido. Uma mostra dessa realidade é a discussão acerca da responsabilização penal do *compliance officer*.

A figura do oficial de cumprimento dos programas de *compliance* surge no contexto da nova governança corporativa, na medida em que possui, em regra, os deveres de cuidado, vigilância, proteção e o controle das práticas empresariais através da efetivação de procedimentos padronizados, a fim de evitar ou diminuir os riscos de sua responsabilização penal.

Atente-se para o fato de que, habitualmente, é atribuída a este, ainda, a função de investigar eventuais práticas criminosas, no âmbito de atuação das empresas, adentrando à sua esfera de responsabilidade, portanto, o regular cumprimento de mais um dever, qual seja o de comunicação de fatos potencialmente criminosos às autoridades competentes (SAAVEDRA, 2014, p. 171).

Por certo, as funções que recaem sobre tal colaborador envolvem não apenas a prevenção da prática de algum ilícito, mas, sobretudo, a identificação de alguma deficiência ou inobservância do programa de integridade e a sua conseqüente informação ao órgão de administração.

Vê-se, então, a extensa abrangência atribuída à atuação do C.O., na medida em que atua, em geral, como verdadeiro guardião da empresa para que esta permaneça dentro dos limites da legalidade, prevenindo, assim, eventuais atribuições de responsabilização penal.

No entanto, é de rigor observar, concretamente, o papel exercido pelos colaboradores da empresa, especialmente, do *compliance officer*, bem como sua posição no organograma

desta, uma vez que, a partir de como este tem sido constituído acaba por colocá-lo, automaticamente, na posição de garante⁶.

Com isso, é possível perceber, paradoxalmente, o aumento nas chances de responsabilização penal deste sujeito, dado que, se este não exercer de forma bem sucedida, a tarefa de proteção da empresa, poderá responder como se tivesse praticado o crime, quando, na verdade, sua função deveria estar adstrita ao estímulo na diminuição de riscos (SAAVEDRA, 2014, p. 171).

Note-se, por oportuno, que, embora o *compliance officer* seja concebido como o responsável pela aplicação dos programas de integridade, muitas são as controvérsias que envolvem sua eventual responsabilização, na medida em que a legislação brasileira não fixou parâmetros claros para tal fim.

Nessa cadência, sendo este o indivíduo responsável pela implementação e fiscalização acerca do cumprimento das medidas de integridade, com o fito de prevenir práticas delitivas, surge a tormentosa questão se ele poderá ocupar a posição de garante e, por conta disso, ser responsabilizado penalmente por um crime omissivo impróprio.

3.1. Responsabilidade dentro de novas estruturas empresariais

Em princípio, dentro das estruturas empresariais tradicionais, caberá aos administradores da pessoa jurídica, enquanto superiores hierárquicos, a responsabilidade de controle e dever de evitar atos lesivos praticados pela empresa, recaindo sobre eles, portanto, a condição de garantidores.

No entanto, as organizações empresariais modernas ganharam novos formatos, ostentando, cada vez mais, uma natureza complexa, em razão de haver uma fragmentação das condutas e tomadas de decisões, não cabendo mais, exclusivamente, aos administradores o controle geral e irrestrito de todas as ações. Assim, surge o fenômeno da transferência por delegação da posição de garante (SÁNCHEZ, 2009, p. 17).

São inúmeros os desafios que impulsionam as empresas a diluir seu processo decisório a partir de um paradigma mais participativo. As exigências de uma realidade cada vez mais complexa e tecnológica fazem surgir necessidades de decisões cada vez mais rápidas, num

⁶ Na Alemanha, o BGH condenou um *compliance officer* por entender que este, ao assumir a responsabilidade pela prevenção de crimes no interior da empresa, assume também uma posição de garante e, portanto, deve ser punido criminalmente por ter assumido a responsabilidade de impedir o resultado e por ter obrigação de cuidado, proteção e vigilância.

ambiente de incerteza, ambiguidade e instabilidade. Tudo isso demanda uma estrutura organizacional mais flexível e capaz de se reprogramar para atender rapidamente às variações do contexto (FALCÃO MARTINS; MARINI, 2006).

O ato da delegação implica uma transferência de responsabilidades ao delegado, conforme lhe sejam confiadas novas competências ou meras execuções de competências, e uma transformação na posição originárias do delegante, que não deixa de ser vigilante, porém, não mais diretamente, mas de forma residual (SCANDELARI, 2015, p. 174/175).

Mediante a delegação, o delegante exerce uma gestão de seu âmbito de competência, não havendo, com isso, completa desvinculação por parte do transmissor daquilo que foi transmitido, de modo que, na condição de gestor, mantém determinados deveres residuais (FERNANDEZ, 2017, p. 744).

Inserido nesse novo cenário empresarial, o oficial de cumprimento do programa de *compliance* aparece como o indivíduo capaz de assumir, por delegação, a condição de garantidor, a partir da sua função de gerenciamento de medidas tendentes a conduzir o processo de “conformidade”.

Nas palavras de Bermejo e Palermo (2013, p. 28), a posição do C.O. não é originária, mas sim, decorrente da posição de garante dos administradores da pessoa jurídica, tendo estes o dever originário de evitar ilícitos no âmbito empresarial. Ou seja, na definição de Renato Silveira (2016, p. 215/216), o administrador assumiria uma posição de garante próprio, enquanto o *compliance officer* a condição de garante impróprio.

No entanto, a condição de garante *a priori* do administrador muitas vezes não se revela concretamente quando se tratar de grandes organizações, pois o mundo empresarial contemporâneo, sobretudo quando se trata de grandes organizações, é caracterizado por modelos de gestão corporativa que não mais se alicerçam na concentração de poder. A tradicional estrutura centralizadora e hierarquizada da governança corporativa não mais se sustenta, pois a tomada de decisões nem sempre pressupõe um controle centralizado e personificado no seu corpo diretivo.

Quando se adota modelos de gestão mais orgânicos e horizontais, amiúde o binômio poder/dever que caracteriza a função de garantidor não se aplica, pois são diversas camadas de competência que diluem o controle do administrador sobre os processos decisórios e fiscalizatórios no âmbito da empresa, o que justifica, inclusive, a própria criação dos sistemas de cumprimento. Numa grande organização, quase sempre a vontade individual de um gestor tem uma importância relativa, na medida em que a divisão de trabalho, a fragmentação do poder

e as cadeias de competências vão fazendo com que o processo decisório vá se diluindo entre as estruturas hierárquicas no âmbito da pessoa jurídica.

Robes Planas⁷ assevera que o responsável de cumprimento não assume a completa posição de garantia de controle e vigilância por delegação do órgão competente, nem tampouco se gera uma nova posição de garantia com o mesmo conteúdo, senão o assume apenas uma parte, no que pertine ao dever de investigar e transmitir informação ao órgão superior, autêntico competente primário da evitação de delitos na empresa.

Bem é de ver, por sua vez, que, em razão da alta complexidade das estruturas empresariais, bem como da omissão da legislação brasileira, acerca da função e posição do *compliance officer*, mister se faz delinear, explicitamente, no bojo dos programas de integridade, seus poderes e deveres, a fim de possibilitar a delimitação de eventual responsabilidade penal.

Neste ponto, faz-se necessário fixar a premissa que toca à imprescindibilidade de ser estabelecido com clareza o feixe de responsabilidades atribuídas ao *C.O.* na estrutura organizacional da empresa, pois não pode ser ele o profissional sobre o qual recairá automática e imediatamente a assunção dos riscos e responsabilidades legais da companhia (SACERDO, 2016, p. 51).

A falta de uniformidade, portanto, das balizas que cercam a figura do responsável pelo cumprimento das tarefas de prevenção e detecção de delitos dificulta uma análise com aproximações excessivamente generalizadoras, com afirmações do tipo “o *compliance officer* tem o dever de garante” ou “o *compliance officer* não tem dever de garante”, de modo que o enfrentamento dessas questões impõe uma análise tópica, a partir das obrigações que cada empresa atribui a sua responsabilidade (GÓMEZ-ALLER, 2013, p. 169).

Por isso mesmo que o tratamento dogmático da figura do *compliance officer* não pode estar apartado de premissas básicas, a exemplo da responsabilidade penal de natureza pessoal e subjetiva, de modo que torna-se inviável o estabelecimento de presunções ou regras automáticas de imputação de responsabilidade, sobretudo, quando este indivíduo pode ter atribuições, funções e poderes bastante distintos, a depender da formatação conferida pela empresa (COSTA, 2014, p. 215).

⁷ “Como puede comprobarse, el responsable de cumplimiento es tan sólo un órgano auxiliar. El cumplimiento del Derecho en la empresa es tarea primordial de sus órganos directivos, quienes son los realmente llamados a organizar un sistema de cumplimiento en el cual al responsable de cumplimiento es solo la cabeza visible.”. (ROBLES PLANAS, 2013, p.319-330).

É dizer, a posição de garantidor assumida por ele dependerá diretamente da sua capacidade executiva de evitar o resultado, devendo ter, por conseguinte, controle atual sobre a fonte produtora de perigo, a partir das funções deveres que tenha contraído, em termos concretos.

Por isso, determinar o âmbito de compromisso do *compliance officer*, enquanto garantidor, constitui uma tarefa de análise concreta das situações fáticas, sem que haja um desprezo pelas fontes do dever jurídico de agir, insertas no art. 13, §2º, do CP, elementos que envolvem a perspectiva formal, necessários ao atendimento das exigências do princípio da legalidade.

3.2. O Confronto com as hipóteses do art. 13, § 2º do Código penal

Para que se entenda, portanto, a eventual função de garantidor do *compliance*, é indispensável analisar o problema à luz das fontes do dever de agir do §2º, do art. 13, do CP.

De pronto, a clareza legal do dispositivo normativo da alínea “a” do §2º, do art. 13, do CP elide, a priori, qualquer interpretação laboriosa, na medida em que não haveria outra compreensão que não fosse a exigência inarredável de que as obrigações de cuidado, proteção ou vigilância estejam vinculadas por lei, em sentido estrito.

No entanto, como já pontuado, em linhas anteriores, Juarez Tavares adverte acerca da insuficiência dos critérios formais, estabelecidos no art. 13, §2º, do CP, de modo que posição de garantia deve ser determinada a partir da teoria formal do dever jurídico aliada ao fundamento material da figura do garantidor, baseado na especial posição de defesa de certos bens jurídicos e a responsabilidade pelas fontes produtoras de perigo⁸.

Com isso, a delegação de deveres empresariais, dos níveis superiores aos inferiores da empresa, não deve ser apenas formal, com a mera nomeação escrita e assinada pelo delegado, mas, também, deve ser material, de modo que não será garantidor de bens jurídicos o funcionário que não tenha realmente assumido as funções correspondentes e os meios necessários para bem desempenhá-las (SCANDELARI, 2015, p. 175).

Nesse sentido, não há que se falar em atribuição irrefletida de deveres de garante ao *compliance officer*, tornando-se imprescindível a perquirição acerca das competências que lhes

⁸ “A especial posição de defesa de certos bens jurídicos pressupõe, ademais, que alguém se encontre incapacitado ou sem condições de proteger seus próprios bens jurídicos e que, assim, outra pessoa esteja disso encarregada. Já a responsabilidade pelas fontes produtoras de perigo pressupõe um dever de vigilância a objetos ou pessoas, que se encontrem a ele subordinados, de modo que possa esperar, em virtude disso, um estado de segurança.” (TAVARES, 2012, p. 316).

foram concretamente atribuídas no programa de criminal *compliance*, a fim de restar configurada materialmente sua posição de garantidor (GOMÉZ-ALLER, 2013, p. 177)⁹.

É de ser ter em conta que o vocábulo “vigilância”, utilizado pelo legislador, na alínea 'a', do §2º, do art. 13, do CP, sinaliza a teoria das funções de Armin Kaufmann, na medida em que o profissional dos programas de integridade exerceria um dever de controle de determinadas fontes de perigo, a partir da atuação de terceiras pessoas, o que reflete uma valiosa combinação entre as teorias formal e material do dever jurídico (BIERRENBACH, 2014, p. 69).

No entanto, embora as especificações de cuidado, proteção ou vigilância possam decorrer de uma interpretação material, acerca das funções de tutela de um determinado bem jurídico, mister se faz que tais funções derivem de um mandamento estritamente legal, o que não existe no ordenamento jurídico pátrio, por exemplo, perante a figura do *compliance officer*.

Mais tormentosa é a discussão travada em torno da eventual atribuição da qualidade garantidor ao *compliance officer*, quando a fonte geradora do dever de garantia consiste no que descreve o Código Penal como a assunção da “responsabilidade de impedir o resultado”, por outras formas diversas da legal (art. 13, §2º, alínea “b”, do CP).

Diga-se, de logo, que a hipótese, em questão, não se esgota em um dever contratual, podendo abarcar todos os casos em que haja uma livre e voluntária assunção da responsabilidade pela proteção de um bem jurídico, sendo o âmbito de compromisso determinante às situações de garantia do sujeito em posição especial pela assunção fática.

Assim, o indivíduo que assume o compromisso inequívoco de proteção de um bem jurídico de determinados perigos, para agir como “barreira de contenção” de riscos, dá ensejo à sua posição de garantia.

Com isso, nota-se, evidentemente, a infiltração de critério material, deslocando para segundo plano o elemento formal do contrato, sendo decisivo a assunção voluntária, mediante a qual o sujeito se assenhora da tarefa de manter ileso o bem jurídico periclitante, com o qual, portanto, passa a estabelecer aquela estreita e especial relação sem a qual não há garantidor (ZAFFARONI, 2010, p. 361).

⁹ Nessa linha, proclama Ricardo do Espírito Santo Cardoso: “Assim, não é suficiente que o *compliance officer* possui responsabilidade penal pela prática de delitos, caso ocorra falha em seu dever para com o criminal compliance por conta dos encargos assumidos no cumprimento do mesmo. É importante, para caracterizar a condição de garantidor assumida pelo *compliance officer*, derivada dos administradores, que tenha efetivo conteúdo material, uma especial posição que assume frente a responsabilidades pelo controle das fontes produtoras de perigo.” (CARDOSO, 2016, p. 31).

Diante da possibilidade de atribuição da responsabilidade penal, a condição formal de garante deve estar acompanhada da análise do domínio sobre o fundamento do resultado, a partir da lógica proposta por Schunemann (2017, p. 11), na medida em que apenas dessa forma será possível promover uma equiparação lógico-objetiva entre ação e omissão.

Com efeito, em que pese o oficial de cumprimento do programa de *compliance* detenha formalmente deveres de fiscalização do cumprimento das medidas preventivas, não avoca para si, necessariamente, a capacidade executiva de evitar o resultado e, tampouco, possui domínio atual sobre a fonte de perigo, conforme a lição de Érika Mendes de Carvalho (2017, p. 2).

Basicamente, compete a este colaborador cumprir as medidas de prevenção de riscos no âmbito das atividades empresariais, através de inspeções e alertas para eventual ocorrência de perigos, exercendo, portanto, um mero domínio informativo, e não um domínio real sobre a fonte geradora do perigo.

Esse domínio real sobre a fonte geradora de perigo, por sua vez, deve ser concebido, a partir da noção de poderes de administração, assumidos pelo *compliance officer*, dentro da estrutura de empresa.

Nesse sentido, para que recaia sobre ele a condição de garantidor, é imprescindível que este possua capacidade de administração, especificamente, o poder de decisão e veto, ou suspensão das ações dos administradores da pessoa jurídica, traduzida na sua possibilidade concreta de agir na evitação do resultado delitivo.

Em outras palavras, para que ele tenha o poder de evitar um dano, é inarredável que estampe uma posição hierárquica sobre aquele que eventualmente praticará o ato ilícito, de modo que possa impedir, por exemplo, que um produto defeituoso entre no mercado, ou que um poluente seja jogado em águas pluviais, ou que a contribuição previdenciária dos empregados deixe de ser repassada ao órgão governamental.

A posição concentra, inicialmente, o exercício das funções de vigilância e informação, não detendo ele o poder de evitar, concretamente, o resultado, ou até mesmo, reparar ou sancionar o eventual desvio de conduta, sendo esta uma atribuição da alta direção.

Note-se, com isso, que este indivíduo não detém faculdades executivas na empresa, de modo que não há como impor-lhe o dever de efetivamente impedir a ocorrência de um resultado típico, se não o de obter um determinado conhecimento acerca do descumprimento do programa de conformidade e de comunicá-lo a quem puder tratá-lo. Sendo assim, pode-se dizer que este possui uma obrigação de meio, e não de fim (SCANDELARI, 2015, p. 192).

Sob tal enfoque, o empresário continua sendo o principal responsável em matéria de cumprimento na empresa, devendo adotar e executar um modelo de gestão de riscos penais, a

fim de evitar resultados delitivos. Com isso, o responsável pelo cumprimento dos programas de *compliance* representa tão somente a figura de um executor qualificado, o qual não dispõe nem de competências de instrução, nem de mando, capazes de corrigir diretamente determinadas carências ou infrações (FERNANDEZ, 2017, p. 758).

Nesse diapasão, é possível afirmar, num primeiro momento, que o *compliance officer* não assume uma posição de garantia de vigilância derivada do âmbito de competência do empresário, nem se converte, portanto, no principal responsável da evitação dos riscos penais para terceiros que possam derivar da atividade empresarial.

Sua função gravita, apenas, em torno da supervisão do sistema de cumprimento implantado na empresa, estando sua ocupação adstrita à vigilância do cumprimento das regras internas da empresa, culminando com a comunicação de informações recolhidas ao órgão de administração ou alta direção, este sim, titular da função organizativa de controle como meio para a prevenção de delito de empresa (FERNANDEZ, 2017, p. 758).

Sob a perspectiva da alínea “c”, do §2º, do art.13, do CP, o dever de agir surge nos casos de ingerência, quando a criação do risco para um determinado bem jurídico parte de um comportamento anterior, comissivo ou omissivo, sendo, portanto, o fundamento do dever de agir a conduta perigosa precedente.

É preciso observar, no entanto, que o teor literal da norma, sob análise, não explicita os requisitos da conduta precedente exigidos para a configuração da hipótese de ingerência, convertendo, aparentemente, em garante aquele que pratica qualquer comportamento anterior perigoso, independentemente de quaisquer delimitações, ultrajando, assim o princípio da legalidade.

Ponha-se em relevo que a atuação do *compliance officer*, via de regra, não é criadora do risco do resultado, mas tão somente identificadora de sua existência, devendo, a partir desta constatação, criar mecanismos que os reduza, sendo, havendo, portanto, uma prevenção primária do risco. Eventual descumprimento do programa de *compliance* não implica, necessariamente, em uma violação à legislação penal, configurando um mero ilícito interno.

É inarredável perceber que, embora grande parte da doutrina proponha a substituição do critério do dever jurídico formal por critérios materiais, o fato do Código Penal Brasileiro ter adotado critérios formais nos obriga a receber com reservas toda a construção doutrinária em torno dos critérios materiais, a fim de que não seja violado o princípio da legalidade (ZAFFARONI, 2010, p. 359).

Ante este panorama, é de rigor estabelecer uma revisão permanente e especialmente intensa, no que toca às tentativas modernas de relativização de garantia político-criminais,

regras de imputação e critérios processuais, já que os Estados vem acolhendo com comodidade a lógica da “perene emergência”, aludida por Silva Sánchez (2002, p. 184), propiciando o crescimento e consolidação de um Direito Penal cada vez mais interventor.

O que se depreende, portanto, é que nenhuma das três hipóteses, preconizadas nas alíneas, do §2º, do art. 13, do CP, estão amoldadas, perfeitamente, à figura do *compliance officer*, sendo este, a princípio, um mero gestor responsável pela diminuição de riscos, criando, assim, um sistema de comprometimento da atividade empresarial com a ordem jurídica vigente.

Ora, nesse rumo, a outra conclusão não se poderia chegar não fosse o afastamento, num primeiro momento, da responsabilidade penal do *compliance officer*, em face da não evitação dos delitos cometidos no âmbito empresarial, na medida em que não ostenta posição de garantia legal, imediata e originária para tal fim.

4. Considerações finais

a) Na conjuntura empresarial da pós modernidade, que se serve dos avanços tecnológicos, a existência de atividades humanas de risco favorecem a ocorrência de crimes empresariais, fundados na ocorrência de danos a bens jurídicos de terceiros, fazendo surgir, portanto, a discussão acerca da responsabilidade jurídica daqueles membros da pessoa jurídica, cuja função perpassa pela evitação da prática de fatos antijurídicos, tanto no seio da empresa, quanto no ambiente exterior.

b) Na nova dimensão social do risco, sem deixar de lado a importância da conduta ativa, a omissão ganha especial atenção na seara penal, como uma busca resolutiva por questões de atribuição de responsabilidades no direito penal empresarial, acarretando, portanto, em repetidas construções penais omissivas.

c) A opção legislativa pela criminalização de condutas omissivas, sobretudo, de natureza imprópria, é uma tendência que se impõe na realidade do novo direito penal empresarial, na medida em que violação de condutas de regulação ou autorregulação se tornam cada vez mais comuns, a partir dos deveres de vigilância, expectativas de cumprimento normativo e respeito ao *compliance program*.

d) Entre os critérios que fundamentam a equivalência da omissão imprópria à comissão encontra-se, justamente, a posição de garante, a qual não pode ser examinada apartada do quanto determinado no preceito normativo do Código Penal (art. 13, §2º, alíneas a, b e c), sob pena de violação ao princípio indeclinável da legalidade.

e) A questão da posição de garantidor, perante o ordenamento jurídico-penal brasileiro, deve ser perquirida com base nos limites normativos estatuídos, taxativamente, pelo §2º, do art. 13, do CP, aliados às funções e conteúdos da teoria material, de forma a melhor delimitar as situações concretas de garantia. Ou seja, é fundamental que o dever de agir encontre abrigo no ordenamento jurídico vigente.

f) Embora grande parte da doutrina proponha a substituição do critério do dever jurídico formal por critérios materiais, o fato do Código Penal Brasileiro ter adotado critérios formais nos obriga a receber com reservas toda a construção doutrinária em torno dos critérios materiais, a fim de que não seja violado o princípio da legalidade.

g) Nenhuma das três hipóteses, preconizadas nas alíneas, do §2º, do art. 13, do CP, estão amoldadas, perfeitamente, à figura do *compliance officer*, sendo este, a princípio, um mero gestor responsável pela diminuição de riscos, criando, assim, um sistema de comprometimento da atividade empresarial com a ordem jurídica vigente.

5. Referências bibliográficas

BENEDETTI, Carla Rahal. Criminal Compliance. Instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BERMEJO, Mateo G.; PALERMO, Omar. La intervención delictiva del compliance officer. IN: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. Compliance y teoría del derecho penal. Madrid:Marcial Pons, 2013.

BIERRENBACH, Sheila. Crimes omissivos impróprios. 3ª ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2014

CARVALHO, Érika Mendes de.; KASSADA, Daiane Ayumi. O compliance officer é autêntico garante no âmbito dos crimes omissivos impróprios ambientais? Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5727-O-compliance-officer-e-autentico-garante-no-ambito-dos-crimes-omissivos-improprios-ambientais. Acesso em: 02/05/2017.

CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. Responsabilidade penal do compliance officer por omissão imprópria nos crimes de lavagem de dinheiro. In: Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Vol 2, nº 2, jul/dez 2016

COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Compliance e o julgamento da APN 470. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 106, jan, 2014

DIAS, Jorge Figueiredo. Direito penal: parte geral, tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal; Coimbra Editora, 2007.

DUARTE, Luciana Sperb. A teoria moderna do crime omissivo. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 17, n. 6, jun. 2005. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21480/teoria_moderna_crime_omissivo.pdf>

FALCÃO MARTINS, Humberto; MARINI, Caio . Guia de Modelagem de Estruturas Organizacionais. São Paulo: Edições Fundap, 2006.

FERNANDEZ, Raquel Montaner. El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones. Disponível em: Acesso em: 08/05/2017.

GOMÉZ-ALLER, Jacobo Dopico. Posición de garante del compliance officer por infracción del ‘deber de control’: una aproximación tópica. In: ZAPATERO, Luis Arroyuo, MATÍN, Adán Nieto. El derecho penal econômico en la era compliance. Editorial: Tirant lo blanch, 2013.

JIMÉNEZ DÍAZ, María José. Sociedad del riesgo e intervención penal. Revista Electrónica de Ciencia. Penal y Criminología (en línea). 2014, núm. 16-08, p. 08:1-08:25. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf>. ISSN 1695-0194 [RECPC 16-07 (2014), 9 oct].

LUIZI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARTINS, Ilana, Compliance e omissão imprópria. Belo Horizonte, D’Plácido, 2018

MÉNDEZ, Iván Fábio Meini. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. In: Revista Derecho, N° 52, diciembre 1998/abril 1999 Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, págs. 883 a 914.

MOURA, Bruno. Autoria e participação nos crimes desde a empresa: bases para um modelo de imputação individual. In: Revista CEPPG, a 15, nº25, 2º sem/2011. Catalã: Centro de Ensino Superior de Catalão, 2011.

ROBLES PLANAS, Ricardo. El responsable de cumplimiento (compliance officer) ante el derecho penal. In: Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013, p.319-330

QUIRINO, Mateus Castriani. Reinterpretando a posição de garante no Código Penal brasileiro. In: Boletim Científico ESMPU, Brasília, ano 11, nº 38, p. 245-278, jan/jun, 2012, p. 254.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance e prevenção à lavagem de dinheiro: sobre os reflexos da lei nº 12.683/2012 no mercado de seguros. In: Revista de Estudos Criminais, ano XII, nº 54, jul-set, p. 165/180. São Paulo: Editora Síntese, 2014

SARCEDO, Leandro. Compliance e responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 45.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo, Autoria y participación em organizaciones empresariales complejas, in: Cuestiones Actuales de Derecho Penal Económico, Buenos aires, Buenos Aires: Editorial B de F, 2009.

SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil: primeira abordagem. In: compliance e direito penal. Coord: Fábio André Guaragni, Paulo César Busato; Org: Décio Franco David. p. 158-199. São Paulo: Atlas, 2015.

SCHUNEMANN, Bernd. El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría. Disponível em: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1037/981>. Acesso em 18/05/2017.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito Penal Empresarial. A omissão do empresário como crime. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 5. Coord. Cláudio Brandão. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

SOUZA, Carmo Antônio de. Fundamentos dos crimes omissivos impróprios. Rio de Janeiro: Forense, 2003

_____ ; SAAD-DINIZ, Eduardo. Criminal compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 16, p. 293-336, abr/jun, 2012.

TAVARES, Juarez. As controvérsias em torno dos crimes omissivos. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.

_____. Teoria dos crimes omissivos. Madrid: Marcial Pons, 2012

ZAFFARONI, Raúl. Direito Penal Brasileiro, segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010, 2ª edição. 2010.

**A SOCIEDADE DE RISCO E A EXPANSÃO DA LEGISLAÇÃO PENAL
PARA O COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO**

Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato

Universidade Federal da Paraíba

Ítalo Ramon Silva Oliveira

Universidade Católica de Pernambuco

Resumo

A sociedade moderna emergiu, na Europa, no século XVII, representando um processo de descontinuidade de tudo aquilo que se viu nas sociedades tradicionais, fundadas sob as égides da mecânica e do relativismo. Deixa-se de lado o passado e, tendo como base a racionalidade do homem e a ciência, volta-se para o futuro. Diante da velocidade e profundidade das mudanças ocorridas, notadamente em virtude da evolução tecnológica, passa-se a admitir uma radicalização das alterações, colocando em xeque as bases dessa nova ordem social. É o que Beck e Giddens chamam de modernidade reflexiva, ambiente que consolidou a chamada sociedade de risco.

Palavras-chave: Modernidade, Sociedade de Risco, Lavagem de Dinheiro.

Abstract/Resumen/Résumé

Modern society emerged in Europe in the seventeenth century, representing a process of discontinuity of all that was seen in traditional societies, founded under the aegis of mechanics and relativism. Let go of the past and, based on the rationality of man and science, turns to the future. Faced with the speed and depth of the changes that have taken place, notably due to technological evolution, a radicalization of the changes is admitted, putting the foundations of this new social order in check. This is what Beck and Giddens call reflexive modernity, an environment that has consolidated the so-called risk society.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Modernity; Society of Risk; Money Laundering.

1. Introdução

O presente trabalho tem como objetivo analisar a evolução imposta pela reflexividade da sociedade moderna, que culminou com aquilo que Ulrich Beck chamou de sociedade de risco, e quais impactos essa profunda transformação social causou na política criminal e no Direito Penal moderno. Um direito em que não se está mais na mansarda estreita do solar, mas que avalia fins e meios, pondera interesses sociais, seja de eficácia seja de efetividade.

Para tanto, o primeiro capítulo discutiu a origem da modernidade, bem como as modificações drásticas ocorridas nas bases dessa mesma sociedade moderna, levando à sua radicalização.

Já o segundo capítulo teve como foco a figura do risco e a sua releitura nesta sociedade moderna, trazendo o seu conceito em teorias sociais desenvolvidas por Niklas Luhmann, Antony Giddens e Ulrich Beck.

A terceira parte do texto focou na teoria específica do alemão Ulrich Beck, responsável pelo desenvolvimento do conceito de sociedade de risco, estudando, sem pretensão de exaurimento, as suas principais características.

Posteriormente, discutiu-se a tendência expansionista do Direito Penal, influenciada pela emergência desta nova sociedade de risco, reclamando a criminalização de novas medidas e o recrudescimento daquelas já existentes, tudo com o objetivo de suprir a necessidade de segurança derivada dos riscos globais criados.

Por fim, analisou-se a evolução legislativa do delito de lavagem de dinheiro, um dos crimes econômicos com maior destaque, que seguiu a tendência expansionista observada em todo o Direito Penal, bem como em parte da política criminal moderna.

2. A modernidade e suas origens

Pode-se dizer que a modernidade emergiu na Europa a partir do século XVII, simbolizando uma verdadeira ruptura com a forma de organização social anterior. Segundo Giddens (1991) a modernidade representou uma descontinuidade em relação a todos os tipos tradicionais de ordens sociais até então existentes, tanto do ponto de vista de sua extensão - estabelecendo conexões sociais que afetam todo o globo - quanto da sua intensidade - afetando fortemente e nos pontos mais íntimos as características do nosso cotidiano.

Ao analisar as sensíveis mudanças ocorridas, referido autor enumera três principais características. A primeira delas seria o *ritmo* das transformações, apresentando-se na modernidade como extremo, diferenciando-se de tudo o que já aconteceu no passado. Uma segunda qualidade remete-se ao *escopo* das mudanças, considerando a larga área territorial atingida pelas transformações sociais (toda a extensão do globo), em razão das interconexões estabelecidas. Por fim, a própria *natureza intrínseca das instituições modernas*, uma vez que muitas delas sequer existiam em períodos históricos precedentes, a exemplo do estado-nação.

Ao contrário das culturas tradicionais, baseadas na perpetuação dos símbolos e na veneração ao passado, a modernidade traz a perspectiva de ações voltadas para o futuro, definidas pela racionalidade humana. Lançando mão do conceito de *reflexividade*, (1991) trabalha a ideia de que, na modernidade, “*as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz de informação renovada sobre estas próprias práticas, alternado assim constitutivamente seu caráter.*”

Diante de uma aceleração das mudanças impostas pela modernidade, deflagrou-se uma discussão para se saber se estaríamos vivenciando Giddens um outro *status* social, qual seja a *pós-modernidade*. Não há um marco temporal definido para esta suposta virada, trabalhando alguns autores com os anos 50 do século XX. Porém, a multiplicação de teorias acerca deste novo momento ocorre apenas vinte anos depois, já nos anos 70 (Taschner, 1999).

Fala-se em pós-modernidade quando se discute mudanças substanciais nos campos social, cultural e político. Tem-se, por exemplo, o avanço exponencial das tecnologias de informática, aptas a alterar a base produtiva da nossa sociedade. Há, ainda, a modificação nos modelos de produção, que migraram substancialmente da rigidez mecânica empregada pelo *Taylorismo/Fordismo*, para a flexibilização, despadronizando os produtos. Como consequência, houve, também, alteração nos padrões de consumo. Se, antes, o foco era o produto, procurando-se um *homem médio* para o consumir, com a alteração de perspectiva nos meios de produção, o cliente passa a ter a atenção especial, almejando, inclusive, se possível, a personalização do produto. Outro avanço substancial pode ser observado no campo das comunicação, com a proeminência da internet, relegando ao segundo plano a própria televisão, um símbolo do avanço tecnológico da sociedade moderna. Por fim, sem pretensão exauriente, discute-se as modificações intensas provocadas pelo fenômeno da globalização, levando à crise, até mesmo, o estado-nação e os seus conceitos mais representativos, a exemplo da soberania (Taschner, 1999).

Não obstante tantas e tamanhas mudanças, alguns autores, como Giddens e Beck negam o *status* de pós-modernidade, trabalhando com uma ideia de radicalização da própria

modernidade. Giddens (2000) assim se posiciona porque, para ele, os princípios dinâmicos desta forma de organização social permanecem, como, por exemplo, a expansão do capitalismo e os efeitos modificadores da ciência e da tecnologia.

Já Beck (2011) trabalha com a ideia de modernização simples, fenômeno este observado durante o período industrial, e modernização reflexiva, que representa uma verdadeira ruptura no interior da própria modernidade.

Ao trabalhar o conceito de *reflexividade*, Beck (2000) o vincula às modificações ocorridas nas bases da sociedade moderna, em virtude do seu inerente dinamismo, atingindo os campos técnicos, econômicos, familiares, industriais, das formações de classe e de *status*. É a quebra dos contornos e premissas da sociedade industrial levando a uma outra modernidade.

Mostra-se extremamente importante e pertinente a diferenciação que Beck (2000, p. 5-6) faz questão de sedimentar entre *reflexão* e *reflexividade*:

À luz destas duas fases, o conceito de “modernização reflexiva” pode ser diferenciado por referência a um equívoco fundamental. Este conceito não significa (como poderia ser sugerido pelo adjectivo “reflexivo”) *reflexão*, mas sim (e sobretudo) *autoconfrontação*. [...] Este tipo de confrontação entre as bases da modernização e as suas consequências deve ser claramente distinguido do incremento do conhecimento e da ciência, no sentido de auto-reflexão sobre a modernidade. À transição autónoma, indesejada e imperceptível da sociedade industrial para a sociedade do risco chamamos *reflexividade* (de modo a distingui-la e a contrastá-la com a noção de reflexão).

Exatamente esta transição entre a modernidade industrial e a modernidade reflexiva faz surgir aquilo que o citado autor chama de *sociedade (industrial) do risco*, sobre a qual nos debruçaremos, com mais afinco, adiante.

3. A ideia de risco e a sua releitura na sociedade moderna

O alemão Niklas Luhmann dedicou parte do seu tempo para entender como o risco se reconfigurou, quando do advento da modernidade. Para ele (LUHMANN, 1992), o conceito surge exatamente da distinção entre *risco* e *perigo*. Caso o dano seja consequência de uma decisão humana, fala-se em risco. Por outro lado, se for provocado externamente, por força do meio ambiente, por exemplo, tem-se a configuração de perigo.

Acrescenta o autor que apenas se pode falar em risco, quando existir a possibilidade de se tomar uma decisão, sem a qual poderia o dano ocorrer. É indiferente que, aquele que vá

decidir acerca da conduta, perceba o risco como consequência do seu ato, pouco importando, também, o momento em que ocorrerá o dano, se no momento da sua decisão ou depois. Para o conceito de risco, o que se mostra imprescindível é a possibilidade do dano ser evitado.

Luhmann (1992) é enfático ao dizer que não existe conduta livre de risco. Sempre que tomamos decisões – e optar por não decidir, no mundo moderno, já é uma decisão –, os danos são resultados possíveis. Conclui o autor (LUHMANN, 1992, p. 41):

Agora bem, se não há decisões com a garantia de estarem livres de risco, deve ser abandonada a esperança (que um observador de primeira ordem poderia ter) de que com mais investigação e mais conhecimento poderíamos passar do risco à segurança. A experiência prática nos ensina que ocorre exatamente o contrário: quanto mais se sabe, mais se constrói uma consciência do risco. Quanto mais racionalmente se calcula e quanto mais complexo é o cálculo, de mais aspectos nos percebemos, e com eles virá maior incerteza acerca do risco e, conseqüentemente, mais risco. Vistas assim as coisas, não é nenhum acidente que a perspectiva do risco tenha se desenvolvido de maneira paralela à diferenciação da ciência. Deste modo, a sociedade moderna de risco não é apenas um resultado da percepção das conseqüências e das realizações técnicas: se encontra presente no desenvolvimento das possibilidades de investigação e de conhecimento. (Tradução livre)¹.

Giddens (1991), por sua vez, enfrenta o risco sob uma perspectiva diferente. Ao tratar da modernidade, ele afirma que se trata de um “*fenômeno de dois gumes*” (Giddens, 1991, p. 16), uma vez que, ao passo que conferiu à sociedade uma existência mais segura do que aquela observada em épocas anteriores (pré-modernas), trouxe, por outro lado, modificações com potenciais destrutivos em larga escala. Como exemplos do “*lado sombrio*” (Giddens, 1991, p. 16) da época moderna, podem ser citados as preocupações ecológicas; os episódios de totalitarismo observados, como Nazismo e Fascismo; e o desenvolvimento do poder militar, culminando com a criação dos armamentos nucleares e a industrialização da guerra. O mundo, pois, tornou-se um lugar perigoso.

Partindo do conceito – e da conseqüente diferenciação – que Luhmann desenvolve de risco e perigo, Giddens (1991) dele discorda para asseverar que não se trata de considerar a

¹ “Ahora bien, si no hay decisiones con la garantía de estar libres de riesgo, debe abandonarse la esperanza (que un observador de primer orden podría todavía tener) de que con más investigación y más conocimiento podríamos pasar del riesgo a la seguridad. La experiencia práctica nos enseña que ocurre más bien lo contrario: mientras más se sabe, más se constituye una conciencia des riesgo. Mientras más racionalmente se calcule y mientras más complejo sea el cálculo, de más aspectos nos percatemos, y con ellos vendrá mayor incertidumbre en cuanto al riesgo y, conseqüentemente, más riesgo. Vistas así las cosas, no es ninguna casualidade que la perspectiva del riesgo se haya desarrollado de manera paralela a la diferenciación de la ciencia. De este modo, la sociedad moderna de riesgo no es solamente um resultado de la percepción de las consecuencias de las realizaciones técnicas: se encuentra ya presente en ele desarrollo de las posibilidades de investigación y de conocimiento.”

possibilidade de se tomar decisões, cujo dano é consequência, como o ponto chave da diferença entre ambos. Antes disso, o perigo, na verdade, existe em situações de risco. Os dois estão intimamente relacionados, mas não se confundem.

O que o risco pressupõe é precisamente o perigo (não necessariamente a consciência do perigo). Uma pessoa que arrisca algo corteja o perigo, onde o perigo é compreendido com uma ameaça aos resultados desejados. Qualquer um que assume um “risco calculado” está consciente da ameaça ou ameaças que uma linha de ação específica pode pôr em jogo. Mas é certamente possível assumir ações ou estar sujeito a situações que são inerentemente arriscadas sem que os indivíduos envolvidos estejam conscientes do quanto estão se arriscando. Em outras palavras, estes estão inconscientes dos perigos que correm.

Para além do mais, Giddens (1991) não trabalha o conceito de risco como uma ação unicamente individual. Ele traz, expressamente, a noção de “ambientes de risco” (Giddens, 1991, p. 43), cujos danos, caso ocorram, são capazes de afetar um grande volume de indivíduos, podendo, inclusive, ter alcance global, a exemplo de um desastre nuclear.

4. Da sociedade de risco

Ulrich Beck desenvolve a sua teoria social adotando o risco como uma das bases fundamentais do seu pensamento, ao contrário de Giddens e Luhmann, que analisaram o risco como um, dentre vários, elementos inerentes à composição social da modernidade.

Como afirmado anteriormente, ao visitar as origens e peculiaridades da sociedade moderna, Beck nega a existência de uma *pós-modernidade*, mencionando, inclusive, no Prefácio à obra *Sociedade de Risco*, que o livro é, na verdade, a tentativa de seguir o rastro do termo *pós*, o qual ele considera como palavra chave da nossa época. Mais que *palavra chave*, a partícula *pós*, sob a óptica de Beck (2011, p. 11), “*é a senha para a desorientação que se deixa levar pela moda*”.

O que se tem, a bem da verdade, é uma intensificação do processo de modernização, que leva a uma confrontação com as próprias premissas inicialmente assentadas da sociedade moderna. “*Vivenciamos uma transformação dos fundamentos da transformação*” (BECK, 2011, p. 17).

Esta modernidade reflexiva é o que o autor chama de *sociedade (industrial) de risco*. Com ela, algumas das principais dinâmicas sociais sofrem alteração. Por exemplo, o conflito básico da sociedade industrial (modernidade simples), qual seja a distribuição de *bens*, foi

sucedido pelo novo conflito em torno da distribuição dos *riscos* (males). A questão é: como distribuir – ao tempo em que, também, se previne, controla e legitima – os riscos inerentes aos bens produzidos nesta modernidade radicalizada, a exemplo da tecnologia nuclear e a investigação genética (BECK, 2000, p. 4)?

Ao mesmo tempo em que a lógica da distribuição do risco, em certa medida, acompanha a da distribuição de riquezas, havendo uma desigualdade de classes sociais – os males são alocados em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, até por inexistir, nesses locais, instrumentos de controle efetivos – Beck (2011) alerta para a ocorrência do “*efeito bumerangue*”: aqueles que produzem os riscos, ou que deles auferem lucros, cedo ou tarde, são por eles atingidos – ricos e pobres não estão insensíveis aos efeitos dos males.

Analisando a teoria do referido autor alemão, Silva (2010) identifica três espécies de risco: aqueles de perigos globais ou destruição ecológica, esta última condicionada pela riqueza e pelo desenvolvimento técnico-industrial (energia nuclear, destruição da camada de ozônio etc.); riscos oriundos da pobreza ou destruição ecológica ocasionada por esta mesma pobreza ou pelo desenvolvimento técnico-industrial incompleto; e riscos das armas de alto poder destrutivo (químicas, biológicas ou nucleares). Em todos os casos, as consequências são globais, seja em curto ou médio prazo.

Analisadas – obviamente, sem pretensão exauriente – algumas das principais características da sociedade de risco, passemos a examinar os reflexos no campo do Direito Penal.

Olhemos o que tais mudanças de paradigmas geraram no contexto jurídico punitivo.

5. Da tendência expansionista do Direito Penal

As profundas mudanças sociais ocorridas com a radicalização da modernidade também lançaram seus reflexos sobre a criminalidade. O professor alemão Hassemer (1994) indica as três principais características assumidas pela criminalidade moderna. Em primeiro lugar, observa-se a ausência de vítimas individuais, figurando na condição de ofendida, em regra, o Estado ou comunidades. Outra característica é a pouca visibilidade dos danos causados. Por se tratar, muitas vezes, de bens jurídicos supraindividuais, os resultados tornam-se difusos, identificáveis apenas quando de maior volume o prejuízo. Por fim, nota-se uma nova forma de ação, em que a violência e o sangue são raros, pelo menos de maneira imediata, prevalecendo, também, o caráter transfronteiriço dos delitos, bem como a profissionalidade e a divisão de tarefas. Como exemplos dessa nova criminalidade, podemos citar os crimes econômicos –

dentro dos quais, logicamente, encontra-se a lavagem de dinheiro –, os crimes ambientais e o tráfico internacional de drogas.

O ambiente de risco criado, seja ele individual ou coletivo, no bojo deste ambiente moderno, trazendo, como consequência natural, novas características à criminalidade, em sua grande maioria com repercussões globais, em curto ou médio prazo, gerou uma demanda por segurança – ou melhor, por uma sensação de segurança.

Natural que, em decorrência disso, o Direito Penal fosse instado a eliminar ou minimamente controlar os riscos, fixando responsabilidades àqueles causadores dos males. A crença, regra geral, é a de que o Direito Penal é a solução de todos os problemas, exatamente por representar a legitimação do uso da violência pelo Estado.

Fala-se, então, como resposta direta à criminalidade moderna e suas características, bem como à ambiência de risco que foi gerada, no surgimento de um Direito Penal Moderno.

Porém, Hassemer (1994) questiona: este Direito Penal Moderno será capaz de dar respostas satisfatórias às expectativas criadas? Terá condições de debelar ou controlar, minimamente, a nova criminalidade?

O que acontece, na verdade, é uma expansão desenfreada do Direito Penal, muito em virtude de uma reação simbólica, que constitui parcela importante da política criminal moderna. Ou seja, sabe-se que os instrumentos utilizados são ineptos, ineficientes para um combate efetivo à criminalidade, constituindo meros rompantes demagógicos e retóricos.

Não seria melhor uma restrição a um contexto clássico? De onde os crimes seriam só os fatos que agredissem bens jurídicos com uma clara historicidade?

Ora, dois são os principais meios de efetivação desta modalidade de política criminal: recrudescimento das medidas já existentes – elevação considerável de penas, por exemplo – e criminalização de novas condutas. Neste último caso, aponta Hassemer (1994) que há um abuso na utilização dos crimes de perigo abstrato.

Para esse tipo de crime, há uma antecipação da tutela penal. Em regra, considerando a dogmática clássica, para ser considerada delito, uma ação deve ocasionar lesão ou ameaça – *concreta* – de lesão a bem jurídico definido.

Ao contrário do que ocorre nos crimes de dano e de perigo concreto (desvalor do resultado), nos crimes de perigo abstrato (desvalor da ação), há criminalização da conduta, sem que, para tanto, seja necessária a comprovação de efetiva lesão ou de comprovação do *real* perigo a que foi submetido o bem jurídico.

Nesses casos, há um indiscutível adiantamento da esfera de proteção do Direito Penal, punindo condutas que, no âmbito da dogmática clássica, seriam criminalizadas apenas em situações excepcionalíssimas.

Por outro lado, a nova criminalidade e, por consequência, a expansão simbólica do Direito Penal trazem alguns problemas de compatibilidade com institutos jurídicos sedimentados sobre bases normativas liberais, a exemplo do *bem jurídico*.

O Direito Penal clássico, de viés liberal, sempre trabalhou com a necessidade de individualização do bem jurídico a ser protegido pela tipologia penal. Tratava-se, portanto, de crimes contra a vida, a liberdade, a integridade física, o patrimônio etc.

A ascensão da criminalidade moderna, ocorrida na esteira do desenvolvimento da sociedade de risco, trouxe a necessidade de intervenção do Direito Penal em áreas até então inexploradas, que reclamavam a proteção de bens jurídicos supraindividuais, muitas vezes de difícil determinação. Os crimes econômicos e, mais precisamente, a lavagem de dinheiro, constituem exemplos evidentes.

6. A evolução legislativa para o combate à lavagem de dinheiro

Em 1991, o Brasil, através do Decreto nº 154, ratificou a Convenção de Viena (1988), que tratou do combate ao tráfico ilícito de entorpecentes e da lavagem dele decorrente. Já em 1992 o país participou da XXII Assembleia Geral da OEA, nas Bahamas, durante a qual foi aprovado o *Regulamento Modelo Sobre Delitos de Lavagem Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e Delitos Conexos*, elaborado pela Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (CICAD).

Em virtude dos diversos compromissos internacionais assumidos, dentre eles os que foram mencionados acima, foi promulgada a Lei 9.613/1998, que tipificou o crime de lavagem de dinheiro e dispôs sobre mecanismos administrativos de prevenção e combate à referida prática, a exemplo do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).

Naquela redação original, optou o legislador pelo modelo de 2ª geração, prevendo um rol taxativo de crimes antecedentes (artigo 1º, incisos I a VIII). Caso fosse perpetrada infração penal diversa daquelas descritas no supracitado dispositivo, não havia a possibilidade de configuração do delito de branqueamento, por ausência de tipicidade.

Em 2012, foi editada a Lei 12.683 – dentro dos padrões da 3ª geração (As legislações de primeira geração vieram na esteira da Convenção de Viena de 1988) e atrelavam a prática de lavagem ao tráfico de entorpecentes. de legislações de combate à lavagem, utilizada em

países como França e Itália –, eliminando o rol exaustivo previsto inicialmente. Desde então, toda e qualquer infração penal – crimes ou contravenções – podem, *ab initio*, figurar como antecedentes ao delito de branqueamento de capitais.

Nota-se que a evolução legislativa ocorrida no Brasil, decorrência natural de uma tendência mundial, ditada pelas políticas desenvolvidas pelos Estados Unidos e pela União Europeia, segue uma nítida expansão, representada, dentre outras medidas, pela exclusão do rol dos crimes antecedentes.

No âmbito específico da lavagem, conforme anteriormente afirmado, há um problema considerável para identificação e definição do bem jurídico a ser protegido pelo tipo penal.

Conforme explicita Bottini (2016), por ter sido a primeira geração de legislações de combate ao branqueamento atreladas ao tráfico de drogas, definiu-se a saúde pública, afetada diretamente pelo crime antecedente, como o bem jurídico protegido.

Com a segunda geração, houve ampliação do rol de crimes antecedentes, havendo o entendimento doutrinário que o bem jurídico tutelado seria aquele afetado pelos delitos anteriores. Segundo Bottini (2016), este seria o melhor posicionamento, porque, existindo um rol fixo e taxativo, deverá o legislador se esforçar para indicar, com precisão, a lista de infrações passíveis de gerar produtos recicláveis.

Seguindo a tendência expansionista do Direito Penal, com a Lei 9.683, o Brasil excluiu o rol taxativo e aderiu à 3ª geração de legislações sobre branqueamento, considerando, doravante, qualquer infração penal, seja crime ou contravenção, como apta a produzir produto lavável. Entretanto, o velho problema retornou: qual o bem jurídico protegido, já que não há mais precisão de lista de infrações antecedentes?

Surge, então, a proposta doutrinária de apontar a *administração da justiça* como o objeto de tutela do crime de lavagem. Para Bottini (2016, p. 85), com tal solução:

O crime teria as características do *favorecimento* (arts. 348 e 349 do CP), pois o comportamento afeta a capacidade da Justiça de exercer suas funções de investigação, processamento, julgamento e recuperação do produto do delito. A *lavagem* aqui é entendida como um processo de mascaramento que não lesiona o bem originalmente violado, mas coloca em risco a operacionalidade e a credibilidade do sistema de Justiça, por utilizar complexas transações a fim de afastar o produto de sua origem ilícita e com isso obstruir seu rastreamento pelas autoridades públicas. Macula-se o desenvolvimento satisfatório da atividade de potestade judicial. Vale notar que a *administração da Justiça* é considerada aqui sob uma *perspectiva ampla*, compreendendo o exercício da atividade jurisdicional e de todos os demais institutos envolvidos na solução institucional de conflitos e na apuração de fatos necessário para tal. Do ponto de vista dogmático, a proposta confere maior autonomia entre a *lavagem* e o crime antecedente, ainda que permaneça uma conexão entre ambos, uma vez que a razão da tutela penal será justamente garantir os instrumentos para apuração e julgamento dos delitos anteriores e a recuperação do seu produto.

Admitindo um posicionamento complementar, Braga (2013) consente com a ideia de o branqueamento de capitais é um delito pluriofensivo, vez que, com a sua tipificação, busca-se tutelar não apenas a administração da Justiça, mas também a ordem socioeconômica.

Exatamente conforme advertido por Hassemer (1994), a criminalidade e, como resposta, o Direito Penal modernos assumem novas características, dentre elas a necessidade de tutela de bens jurídicos supraindividuais, cada vez mais difusos.

7. Conclusão

Alcançamos um tempo em que a opacidade das nossas aflições nos aparenta gigantescas, de onde por detrás de um desconhecimento parece haver outro e mais outro (assim sucessivamente). Onde o que está por detrás pode estar a nossa frente.

Formamos um espaço virtual cuja síntese é a própria metáfora da nossa indeterminação, cujos olhos voltam-se a si, sem possibilidade de apelos para subterfúgios.

Nosso tempo é o de sensações que não nos passam despercebidas de todo. E que de repente deveriam motivar um desprender desse vai-e-vem instável. Algo que nos fizesse manifestar uma vontade incontável de sabermos cada vez mais e que extrapolaria tudo aquilo que o “eu”, agora em um meio que nos sobrecarrega, está em condições de realizar.

A frustração deveria ser também um estímulo que nos obrigasse a um desdobramento em que das saídas encontradas teríamos a da oposição entre o transcendental e o empírico, do reflexivo da tomada de consciência ao que é reflexivamente inacessível e imemorial.

Na realidade, deveríamos formar um conhecimento nesse processo de busca e descoberta que se desdobrasse em uma regulação e em uma emancipação. Construímos um meio em que as necessidades nos falam mais alto e em que a dita “regulação” viesse a dominar esse nosso tento de “emancipação”.

Passaríamos a institucionalizar uma “regulação” que ao não aceitar autocrítica, far-se-ia isolada.

A hipostasiar uma certa forma de pensamento como o único modo de pensar o real. Indiscutível!

Os tempos de hoje colonizaram o saber, tornando, sob o nome de uma qualquer razão institucionalizadora, impronunciável as necessidades de um sem número de grupos sociais, onde sob a capa de “valores” universais, fez-se imposta a verdade de uma raça, de um sexo e de uma classe social “dominante”.

Fez-se surgir silêncios como bloqueios de potencialidades, como um empecilho a um pensar.

Confia-se na inexistência de alternativas às ideias e soluções que foram colocadas como “máximas”.

Construiu-se uma hegemonia-argumentativa ao que está posto e ao que passamos a ver ao lado da regulação.

Passamos de uma vida em convivência para uma (con)vivenciada alienação que não se assenta em concordar, mas em se resignar.

Onde o que existe não tem de ser aceito por ser bom. Bom ou mau é inevitável e nessa base tem de se aceitar. Como se diz: é assim por ser assim!

É certo que houve uma radicalização da modernidade, momento a partir do qual as próprias bases desta mesma modernidade foram colocadas em xeque, notadamente ante o avanço da globalização e das tecnologias.

Surgiu, então, aquilo que Beck muito bem chamou de sociedade de risco, que alavancou o conceito de danos e ameaças para outro patamar, quase sempre com repercussões globais, seja em curto ou médio prazo.

Diante das exigências dessa nova ordem social, que reclama por segurança – ou pela mera sensação –, uma faceta da política criminal, muito vinculada à funcionalidade do sistema, influenciou diretamente a ocorrência de alterações consideráveis no Direito Penal Moderno, tudo com fincas a combater uma forma diferenciada de criminalidade que veio a surgir.

Some-se a isso a compreensão unânime hoje de que por mais estável que seja ver o direito penal como um direito voltado para uma compreensão lógico-dedutiva não há de abrimos mão de uma compreensão material.

Posta em respeito aos limites do legislador e em concordância aos caminhos político-criminais.

Aos caminhos que contornam e justificam uma violência – *Gewalt* – que é a aplicação própria da lei. Dessa incomensurável força da lei legitimada não antes, mas a *posteriori* por uma sociedade que a constitui e a mantém.

Indiscutivelmente o Direito Penal passou a responder aos anseios da sociedade com um grau de expansionismo até então nunca visto, criminalizando novas condutas e recrudescendo as medidas já existentes. Além disso, antecipou, consideravelmente, a sua zona de tutela, abusando da tipificação de crimes de perigo abstrato, anteriormente utilizados apenas em circunstâncias excepcionais.

A lavagem de dinheiro, uma das mais comuns modalidades de crimes econômicos, não passou ao largo de tantas mudanças, seguindo na mesma esteira de evolução. Desde a Convenção de Viena (1988), em que restou previsto o branqueamento de dinheiro oriundo do tráfico de drogas, a legislação de combate à reciclagem de valores expandiu-se em larga medida, até chegar, no Brasil, à atual 3ª geração, em que qualquer infração penal, seja crime ou contravenção, pode ser considerada crime antecedente.

Afora a exclusão do rol de delitos anteriores, as alterações impostas pela Lei 12.683/2012 trouxeram, dentre outras medidas, a criminalização da mera utilização de bens e valores, como se lavagem fosse, desde que oriundos de infração penal (artigo 1º, §2º, inciso D), além de, expressamente, prever a desnecessidade, para o processo e julgamento do crime de branqueamento, de decisão acerca da procedência ou não das acusações referentes aos delitos antecedentes (artigo 2º, inciso II).

A tendência, observa-se, é expansionista, indo a legislação brasileira na esteira da evolução implementada nos Estados Unidos e na União Europeia. Considerando a, cada vez maior, conexão entre os sistemas financeiros nacionais, ganha espaço a regulamentação mais severa para o combate ao branqueamento, objetivando a desestruturação de organizações criminosas de amplitude internacional.

8. Referências bibliográficas

BADARÓ, Gustavo; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**. Aspectos penais e processuais penais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Rumo a uma nova modernidade. São Paulo: editora 34. 2011.

_____; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**. Oeiras: Celta Editora, 2000.

BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. **Lavagem de dinheiro**. Fenomenologia, bem jurídico protegido e aspectos penais relevantes. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

BRUSEK, Franz Josef. **Risco e contingência**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, V. 22, n. 63, São Paulo, fevereiro 2007.

DAVID, Marília Luz. **Sobre os conceitos de risco em Luhmann e Giddens**. Revista Eletrônica dos Pós Graduandos em Sociologia Política da UFSC, v. 8, n. 1, janeiro/julho, 2011.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: editora Unesp, 1991.

_____ ; PIERSON, Christopher. **Conversas com Anthony Giddens**. O sentido da modernidade. São Paulo: FGV, 2000.

LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Guadalajara: Walter de Gruyter Co., 1992.

PEREIRA, Flávia Goulart. **Os crimes econômicos na sociedade de risco**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 51, São Paulo, novembro/dezembro 2004.

SHINN, Terry. **Desencantamento da modernidade e da pós-modernidade**: diferenciação, fragmentação e matriz de entrelaçamento. Scientiae Studia. São Paulo, v. 6, n. 1, p. 43-81, 2008.

SILVA, Luciana Carneiro da. **Perspectivas político-criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco**. Revista Liberdades, n. 05, São Paulo, setembro-dezembro 2010.

TASCHNER, Gisela. **A pós-modernidade e a sociologia**. Revista USP, São Paulo, n. 42, p. 6-19, junho/agosto, 1999.

AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: O PAPEL DO AGENTE INFILTRADO COMO MEIO DE PROVA E SUA DIGNIDADE HUMANA

Geilson Nunes

Programa de Doutorado em Direito da Universidade de Marília - SP

Resumo

O presente trabalho teve por objetivo analisar as organizações criminosas e as novas ferramentas de enfrentamento advindas pela Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013, principalmente relacionadas à figura do agente infiltrado. Inicialmente, foi analisada as organizações criminosas, atentando aos seus aspectos legais e doutrinários. Em segundo passo, versou sobre a investigação e meios de obtenção de provas, nos quais o agente infiltrado. Finalmente, trouxe aspectos legais da utilização do agente infiltrado no combate ao crime, fazendo uma análise quanto aos seus direitos e garantias fundamentais na atividade. Para tanto, optou-se pelo método dedutivo, com um pesquisa essencialmente bibliográfica.

Palavras-chave: Crime organizado, Infiltração de agentes, Garantias fundamentais.

Abstract/Resumen/Résumé

The present work had the objective of analyzing the criminal organizations and the new tools of confrontation coming from Law 12.850, of August, 2013, mainly related to the figure of the infiltrated agent. Initially, criminal organizations were analyzed, taking into account their legal and doctrinal aspects. In second step, dealt with the investigation and means of obtaining evidence, which the agent infiltrated. Finally, it brought legal aspects the use of the agent infiltrated in the fight against crime, making an analysis of their rights and fundamental guarantees the activity. For that, the deductive method was chosen, with essentially bibliographical research.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Organized crime, Infiltration of agentes, Fundamental guarantees.

1. Introdução

A justificativa do presente estudo ser conhecer as principais características do Crime Organizado e as recentes ferramentas normativas de enfrentamento a esta modalidade delitiva, bem como tratar do papel exercido pela figura do agente infiltrado como meio de obtenção de provas e as peculiaridades da sua utilização.

A situação problema é identificar de que forma a figura do agente infiltrado pode contribuir no combate ao Crime Organizado e até que ponto suas liberdades e garantias fundamentais poderão ser mitigadas em prol da coletividade?

Com o advento da Lei 12.850/13 a atuação do agente infiltrado passou a ser considerado meio de prova no combate ao crime organizado e uma das principais armas de combate ao Crime Organizado, e, em benefício da coletividade, alguns de seus direitos e garantias constitucionais poderão ser mitigadas até certos limites.

Neste sentido, para um melhor entendimento do tema proposto, estudaremos no primeiro capítulo o surgimento do Crime Organizado no Brasil, utilizando-se de um referencial histórico, além de analisarmos as principais características, conceitos jurídicos e doutrinários. Nesta mesma linha, adentraremos no combate às organizações criminosas, atualmente com estruturas de enfrentamento da Lei e da Ordem, colocando em risco o Estado Democrático de Direito, apontando os meios de prova atualmente disponíveis para a persecução criminal no que se refere a estas modalidades delitivas.

O terceiro capítulo será tratado sobre a figura do agente infiltrado, bem como a evolução jurídica dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro e uma análise do procedimento investigatório trazido pela Lei nº 12.850/13, a compatibilidade da utilização da ação controlada e da infiltração de agentes, bem como a possibilidade de responsabilização deste em caso de excesso, buscando fazer uma interface entre sua atividade e os fundamentos do princípio da dignidade da pessoa humana, abordando as questões relacionadas aos Direitos e Garantias do agente infiltrado que poderão ser relativizadas pela operação de infiltração.

No que tange ao objetivo a ser alcançado, refere-se à tentativa de entendermos o fenômeno do Crime Organizado, e ao mesmo tempo, sob um enfoque relacionado aos direitos e garantias fundamentais, analisando a figura do agente infiltrado e as peculiaridades de sua utilização como ferramenta deste enfrentamento.

Para tanto, para obtenção dos resultados almejados no presente estudo, o método de abordagem será o dedutivo, de forma a alcançar os resultados propostos pelo presente estudo.

Em relação ao método de investigação utilizado, corresponde às fontes elencadas acima, o presente estudo será delineado com referencial teórico bibliográfico, galgado através de um acervo doutrinário e legislativo, a fim entendermos as complexidades relacionadas à figura do agente infiltrado.

2. Organizações criminosas e seus aspectos legais e doutrinários

A sociedade atual vive um momento de extremo desenvolvimento tecnológico, após o fenômeno social denominado Terceira Revolução Industrial, e principalmente com o advento da globalização, que embora sem dúvidas nenhuma, produza benefícios sem precedência em diversas áreas do conhecimento, trouxe consigo prejuízos na mesma proporção à sociedade.

Neste sentido, preceitua Beck (2004, p. 41):

Na medida em que as relações econômicas foram-se tornando mais complexas, conquistando o âmbito internacional e explorando tecnologia avançada, maior oportunidade surgiu para o recrudescimento das práticas ilícitas nesse campo de atuação. Como demonstra a vasta experiência criminológica obtida ao longo das últimas décadas, sempre que o sistema deixa de ocupar determinado espaço onde de uma atividade se possa obter lucro, tal espaço logo passa a ser ocupado pela delinquência.

O crescimento da violência urbana, aliada a uma fragilização cada vez maior da segurança no Brasil nos últimos anos, estão diretamente relacionados com a evolução da criminalidade no Brasil. Aos poucos facções criminosas organizadas que se formaram a princípio no interior de presídios, expandiram suas bases sólidas na sociedade atual e deram início a uma nova modalidade delitiva: o Crime Organizado.

Embora não se possa identificar com exatidão desde quando o Crime Organizado esteve presente na sociedade, o certo é que já se tornou um dos grandes desafios do mundo globalizado.

Entretanto é importante afirmar que tal modalidade criminosa tomou o aspecto e proporção de Organização Criminosa, e conseqüentemente notoriedade em todo âmbito nacional, com a formação de facções criminosas no interior dos presídios, como por exemplo, o Comando Vermelho (CV)¹, o Primeiro Comando da Capital (PCC)², com surgimento nos

¹O Comando Vermelho foi criado em 1979 no presídio Cândido Mendes, na Ilha Grande (RJ), a partir do convívio entre presos comuns e militantes dos grupos armados que combatiam o regime militar. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/especial/2002/traficonorio/faccoes-cv.shtml>>. Acesso em: 08 maio 2017.

² Iniciado em 31 de agosto de 1993, o PCC era chamado a princípio de Partido do Crime e tinha como objetivo vingar o Massacre do Carandiru, movimento que matou mais de 100 presos, em 1992. A ideia partiu de oito presos que integravam a população carcerária do Anexo da Casa de Custódia de Taubaté, em São Paulo. Disponível em:

presídios dos estados do Rio de Janeiro e São Paulo, respectivamente, e em um passado mais recente a Família do Norte (FDN)³, no estado do Amazonas.

Torna-se importante mencionar que o crime organizado, de um modo geral, evoluiu com o passar dos anos através do incremento estrutural, bélico e tecnológico que as facções criminosas alcançaram, se tornando mais estruturado, com cada detalhe planejado, tendo um crescimento de acordo com sociedade na qual se encontra o Brasil, principalmente pela fragilização da segurança concedida à sociedade pelo Estado, aliado a outros problemas sociais, como por exemplo, desemprego, más condições de saúde, ente outros.

Neste sentido, Fernandes (2010, p. 445) destaca que mais uma vez temos a confirmação de que, infelizmente, devido a situação econômica e social vivenciada pela sociedade brasileira e mundial, o crime organizado possui à sua disposição um campo fértil para sua atuação. Atualmente, o crime organizado é praticamente universal, tendo a interligação da economia mundial permitido às organizações criminosas a globalização de suas atividades, mormente após a queda do comunismo soviético e a dissolução das fronteiras da Europa.

Em relação à necessidade de enfrentamento ao Crime Organizado, Nucci (2008, p.178), afirma que a criminalidade organizada causa grandes danos, muitas vezes irremediáveis à sociedade, “corroendo a honestidade pública e gerando descrédito às instituições oficiais, bem como fomentando a impunidade no tocante aos crimes em geral”.

As Organizações Criminosas, de um modo geral, apresentam características próprias, como preceitua o Gomes (1999, p. 32):

1) previsão de acumulação de riquezas indevida ou de forma ilícita; 2) hierarquia estrutural; 3) planejamento empresarial envolvendo, por exemplo, custo das atividades, forma de pagamento do pessoal, programação do fluxo de mercadorias, planejamento dos itinerários, etc.; 4) uso dos meios tecnológicos sofisticados; 5) recrutamento de pessoas e divisão funcional de atividades; 6) conexão estrutural ou funcional com o Poder Público ou com agentes do Poder Público, a ponto de formar uma simbiose, decorrente do seu alto poder de corrupção e do seu poder de influência. Nessa relação se verifica tanto a participação direta de agentes do Poder Público nas associações, quanto atitudes de favorecimento para o funcionamento das organizações; 7) ampla oferta de prestações sociais, no âmbito da saúde pública, segurança, transportes, alimentação, alimentação e emprego; 8) divisão territorial das atividades ilícitas; 9) alto poder de intimidação; 10) real capacidade para fraude, de forma a lesar o patrimônio público ou coletivo; 11) conexão local, regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa.

<<http://www.estudopratico.com.br/o-que-significa-pcc-no-crime-saiba-mais-sobre-essa-facciao/>>. Acesso em: 08 maio 2018.

³ Família do Norte (FDN) é apontada pela Polícia Federal como a terceira maior facção do país, atrás do Primeiro Comando da Capital (PCC) e do Comando Vermelho (CV), e teria sido criada para conter o PCC. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/o-que-e-a-fdn-a-facciao-por-tras-do-massacre-no-maior-presidio-de-manaus-bh3g0wff1egolmj15vg3qt7p7>>. Acesso em: 08 maio 2018.

Ao se proceder a uma análise a legislação penal e processual que constituem o Ordenamento Jurídico Brasileiro nota-se que não há uma definição legal de crime organizado, estando o termo diretamente relacionado às organizações criminosas, sendo inclusive tais termos utilizados como sinônimos, o que não é correto pelos motivos que passarão a ser expostos a seguir.

As primeiras leis brasileiras que trataram do instituto das organizações criminosas foram às leis nº 9.034/95 e a nº 12.964/12, contudo, vale destacar que referidas leis não trouxeram uma definição do que seria o instituto das organizações criminosas, o que resultava certa insegurança jurídica, pois o preenchimento desta lacuna ficaria a cargo do magistrado, durante a persecução penal.

Neste sentido:

Se as leis do crime organizado no Brasil (Lei 9.034/95 e Lei 10.217/01), que existem para definir o que se entende por organização criminosa, não nos explicaram o que é isso, não cabe outra conclusão: desde 12.04.2001 perderam eficácia todos os dispositivos legais fundados nesse conceito que ninguém sabe o que é. São eles: arts. 2º, II (flagrante prorrogado), 4º (organização da polícia judiciária), 5º (identificação criminal), 6º (delação premiada), 7º (proibição de liberdade provisória) e 10 (progressão de regime) da Lei 9.034/95, que só se aplicam para as (por ora, indecifráveis) organizações criminosas. (GOMES, 2002, p.487).

A trajetória legislativa do Ordenamento Jurídico Brasileiro no sentido de elaborar uma tipificação para o enfrentamento ao Crime Organizado teve início com o advento da Lei 9.034, de 3 de maio de 1995. Após a sua promulgação a doutrina considerou a referida lei insuficiente e ineficaz em relação ao objetivo para o qual foi elaborada.

Posteriormente, foi promulgada a Lei 10.217, em 11 de abril de 2001, que modificou o art. 1º da lei 9034/95, onde define e regula “os meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”.

Mais uma vez o legislador tratou de forma horizontal as ações criminosas praticadas por quadrilha, bando e organizações criminosas, trazendo ainda a figura das associações criminosas. Apesar de diferenciar “quadrilha” e “bando” de “organizações ou associações de qualquer tipo”, o legislador não conceituou tais institutos, ficando tal definição a cargo do julgador nos casos concretos, o que poderia ser considerado uma afronta a outro princípio basilar do Estado Democrático de Direito, o Princípio da Legalidade, com expressa previsão legal na Constituição Federal vigente em seu art. 5º, inciso XXXIX⁴.

⁴Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Neste sentido, a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, adotado em Nova Iorque, em 15 de novembro de 2000, mais conhecido como Tratado de Palermo (que foi ratificado pelo decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004), classificou como “grupo criminoso organizado” da seguinte forma:

Para efeitos da presente Convenção, entende-se por: a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concentradamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material; b) "Infração grave" - ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior; c) "Grupo estruturado" - grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada. (Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, 2000, p.231).

No Brasil, apenas em 2012, com a promulgação da Lei 12.694, que dispunha sobre o processo e julgamento em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organização criminosa, pela primeira vez em nosso ordenamento, houve uma definição do que seria organização criminosa, trazida no art. 2^o do referido dispositivo legal.

3. A investigação e os meios de obtenção de provas nas organizações criminosas- o papel do agente infiltrado e suas garantias legais

A criminalidade moderna não pode mais ser combatida pelos meios tradicionais de combate ao crime, eis surge a necessidade de instrumentalizar o Estado com mecanismos eficientes e desenvolvidos de persecução criminal, em especial, de enfrentamento do crime organizado.

Nos dizeres de Lima (2018, p.688), com o avanço da criminalidade organizada e a demonstração da insuficiência dos meios ordinários de obtenção de prova, era premente a adoção de técnicas especiais de investigação capazes de fazer frente a gravidade dos ilícitos perpetrados pelas organizações criminosas, até mesmo para se atingir a eficiência desejada de um Estado atuante.

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

⁵ Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa 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.

Eis então, tem-se a necessidade de criar e desenvolver métodos de investigação e obtenção de provas que superem o abismo entre a estrutura complexa desses grupos criminosos, configurando verdadeiras empresas do crime, e o aparato escasso e secular do Estado destinado à persecução e combate desses elementos criminosos.

Nesta linha de raciocínio, Nucci (2017, p. 42) destaca que a investigação e as provas tem por fim garantir o convencimento do Juiz e, diante disto, as partes valem-se dos meios de prova para atingir suas finalidades, sendo a prova o ato de provar e os meios de prova o instrumento pelo qual se leva ao magistrado o conhecimento do fato.

A disparidade tecnológica e financeira entre o problema e a forma de solução ao problema crime organizado, inviabilizava uma resposta estatal frente aos delitos cometidos pelas organizações, instaurando-se uma atmosfera de impunidade, conforme observa o Fernandes (2009, p. 241):

É essencial para a sobrevivência da organização criminosa que ela impeça a descoberta dos crimes que pratica e dos membros que a compõe, principalmente dos seus líderes. Por isso ela atua de modo a evitar o encontro de fontes de prova de seus crimes: faz com que desapareçam os instrumentos utilizados para cometê-los e com que prevaleça a lei do silêncio entre os seus componentes; intimida testemunhas; rastreia por meio de tecnologias avançadas os locais onde se reúne para evitar interceptações ambientais; usa telefones e celulares de modo a dificultar a interceptação, preferindo conversar por meio de dialetos ou línguas menos conhecidas. Por isso, os Estados viram-se na contingência de criar formar especiais de descobrir as fontes de prova, de conservá-las e de permitir a produção diferenciada da prova para proteger vítimas, testemunhas e colaboradores.

A nova Lei de Organizações Criminosas trouxe inovações em comparação ao contexto jurídico anterior, passando a detalhar os conceitos dos instrumentos investigatórios e seus procedimentos, bem como as formalidades destes procedimentos da persecução penal.

No tocante à infiltração policial, meio extraordinário de investigação e obtenção de prova, seu emprego foi marcado pela inércia legislativa e divergência doutrinária das legislações antecessoras a lei em análise. Porém, com a promulgação da Lei das Organizações Criminosas, é que se passou a dar maior atenção ao assunto. Essa nova lei trata e regulamenta a infiltração policial, abordando os seus requisitos, prazo de duração, legitimidade para o seu requerimento, tramitação sigilosa do pedido de infiltração e controle jurisdicional prévio.

A ideia de se ter um homem de confiança convivendo nas tropas inimigas e de lá trazendo informações privilegiadas constitui técnica militar das mais antigas, estando relatada no conhecido livro a Arte da Guerra, escrito por Sun Tzu há mais de 2.500 anos, onde o antigo general chinês comenta a importância dos espões para o sucesso nos campos de batalha.

Muitos são os conceitos de agente infiltrado encontrados na doutrina jurídica mundial, e, conforme Pacheco (2007, p.109): “agente infiltrado é um funcionário da polícia que, falseando sua identidade, penetra no âmago da organização criminosa para obter informações e, dessa forma, desmantelá-la” e em complemento:

A infiltração de agentes consiste numa técnica de investigação criminal ou de obtenção de provas, através da qual o Estado, mediante prévia autorização judicial, se infiltra numa organização criminosa, simulando a condição de integrante, para obter informações a respeito de seu funcionamento. [...] (SILVA,2014, p.47)

A figura do agente infiltrado está ligado diretamente a novas técnicas desenvolvidas de enfrentamento ao crime organizado, e por consequência às organizações criminosas. Contudo, antes da promulgação da Lei 12.850/13, a legislação brasileira era omissa em relação a forma de utilização do agente infiltrado como meio de investigação, como será demonstrado a seguir.

A primeira previsão legal no Ordenamento Jurídico Brasileiro que tratou da figura do agente infiltrado como meio de investigação de combate ao crime organizado veio pelo advento da lei nº 9.034/95, em seu art. 2º, inciso V⁶. Contudo, vale salientar que neste primeiro momento não houve por parte do legislador nenhuma definição da forma de utilização desta importante ferramenta de enfrentamento ao crime organizado, cabendo a doutrina o preenchimento desta lacuna, o que causava certa insegurança jurídica.

No ano de 2001, ou seja, sete anos após a promulgação da lei 9.034/95, foi que o Ordenamento Jurídico Brasileiro teve outra norma que tratou da figura do agente infiltrado como ferramenta de enfrentamento ao crime organizado. Refere-se a lei nº 10.217/01, que alterou o art. 1º e 2º da lei 9.034/95.

Contudo o legislador foi novamente por demais econômico, não abordando, por exemplo, nenhum dos temas tratados em outros países em relação a forma de utilização do agente infiltrado, o que transferia, mais uma vez, para a doutrina o preenchimento destas lacunas normativas.

Em um passado mais recente, a Lei nº 11.343/06, mais conhecida como Lei de Antidrogas, ao prever em seu art. 53, inciso I⁷, a infiltração como meio investigativo dos delitos

⁶Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além dos já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

⁷ Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

ali previstos, perdeu boa chance de corrigir o erro dos legisladores de 1995 e 2001. Entretanto, a Lei nº 11.343/06 incorreu no mesmo silêncio e omissão das leis anteriores, não dando boa solução ao assunto da forma de utilização do agente infiltrado, permanecendo as lacunas normativas acerca do tema.

Com objetivo precípuo de proporcionar segurança jurídica no que tange a utilização do instituto do agente infiltrado como ferramenta de enfrentamento ao crime organizado, no dia 02 de agosto de 2013 foi promulgada a Lei 12.850/13 que deu à infiltração de agentes um tratamento de maneira mais apropriada, claramente inspirada pelos modelos de outros países, como por exemplo Portugal.

Como já dito anteriormente, o instituto do agente infiltrado representa um importante meio para obtenção de prova na persecução criminal em combate à criminalidade organizada moderna. A infiltração de agentes na estrutura das organizações criminosas permite a revelação de um grande volume de informações sobre seu funcionamento, tornando-se um dos principais meios de prova para o desmantelamento desta modalidade delitiva, sente sentido: “ O agente infiltrado atua com sua identidade encoberta, inserido no meio criminal para colher informações e investigar o *modus operandi* dos membros da organização criminosa, visando oferecer elementos para a atuação policial” (GUIMARÃES, 2008, p.106).

No que tange já estivesse previsto em diversas legislações no Ordenamento Jurídico Brasileiro, a infiltração de agentes somente veio a experimentar algum nível de regulamentação com a promulgação da Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013, que revogou a Lei n. 9.034/95, trazendo uma normatização mais adequada ao instituto e sua aplicabilidade.

A Lei nº 12.850/13 trouxe, especificamente a partir do artigo décimo e seguintes, um procedimento próprio para a infiltração de agentes, descrevendo o procedimento que deve ocorrer para que as provas a serem colhidas sejam limpas e sem vícios, e que sirva como meio probatório na persecução criminal e, neste sentido: “ Finalmente, a Lei nº 12.850/13 aclarou o panorama referente à infiltração policial, cuja imprecisão [...] possibilitava dá uma sorte de interpretações, pondo em risco, até mesmo, o princípio da segurança jurídica” . (CARLOS; FRIEDE, 2014, p.07).

Entretanto, em que pese as substanciais modificações feitas pela citada lei, essas não foram as únicas, tendo em vista que o texto normativo em tela trouxe a possibilidade de, durante

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

a investigação, utilizar-se o Estado de diversos meios de obtenção de provas, dentre as quais se encontra o agente infiltrado, conforme se vê no art. 3º, inciso VII⁸.

Inicialmente, cabe mencionar que a infiltração de agente iniciar-se-á, conforme estabelece o *caput* do art. 10, por intermédio de representação do delegado de polícia ou requisição do Ministério Público, precedidos de autorização judicial⁹.

Portanto, tem-se que esse procedimento não pode ser decretado de ofício pelo Magistrado, exigindo sempre a manifestação de vontade ou delegado de polícia ou do membro do Ministério Público para iniciá-lo.

Conforme nos traz Cunha e Pinto (2013, p.99-100), isso apenas confirma a prevalência do sistema acusatório no Direito Processual Penal Brasileiro, mantendo-se o Magistrado inerte em face das demais partes da persecução penal, cabendo-lhe apenas o julgamento conforme as provas trazidas aos autos.

Ademais, a infiltração somente será admitida pelo Juiz se houver indícios do cometimento do crime de organização criminosa, bem como se a prova a ser obtida pelo agente infiltrado não puder ser produzida por outros meios.

No que tange a legitimidade para ser agente infiltrado, a Lei nº 12.850/13 trouxe que a infiltração só poderá ser realizada por agentes policiais, por força constitucional, tendo a Constituição Federal de 1988 limitou as policias civis estaduais e federal o trabalho de investigação e busca de informações sobre delitos.

O prazo de utilização do agente infiltrado, conforme preconiza o parágrafo 3º do artigo 10¹⁰ da lei nº 12.850/13, será de 06 (seis) meses, podendo ser renovado caso haja necessidade. Nota-se que a referida lei não traz um prazo máximo de utilização deste instituto, o que pode ser considerada uma omissão relevante por parte do legislador, levando em consideração os males que tal operação pode trazer à pessoa do agente policial.

No mesmo entendimento, Nucci (2013, p.78) assevera que deve haver um limite para a infiltração de agentes, pois não é tolerável uma infiltração permanente, ficando a critério do juízo o prazo máximo para tal infiltração.

⁸Art. 3º. Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: VII -infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11.

⁹Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

¹⁰Art. 10 [...] - § 3º -A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade. [...]

A segurança do agente infiltrado é mencionada no § 3º do art. 12¹¹ da Lei 12.850/13, ocasião em que haja indícios seguros de risco iminente de risco ao agente a operação será sustada, contudo mais uma vez o legislador foi omissivo pelo fato de que em nenhum outro ponto da referida legislação há mecanismos de proteção a pessoa do agente infiltrado.

E por fim temos o art. 14¹² da lei 12.850/13, que trata dos direitos do agente infiltrado, configurando estes direitos basicamente na possibilidade de recusar a participar da operação de infiltração e proteção de sua imagem, que também ao nosso entendimento o legislador foi por demais econômico.

A referida legislação trouxe não só o instituto do agente infiltrado como ferramenta de enfrentamento ao crime organizado, outro bom exemplo é o instituto da ação controlada, que, como veremos a seguir, poderá ser plenamente utilizada em conjunto com a infiltração de agentes.

Mendroni (2012, p. 126) destaca que o infiltrado detém uma ordem estatal para sua atuação, agindo como um verdadeiro criminoso quando necessário à diligência investigativa, com a finalidade de obter informações acerca das atividades praticadas pelos membros da organização criminosa. Por sua vez, agente provocador, não integrante da organização criminosa, é aquele que atua de forma significativa para a prática delituosa, instigando o agente a realizá-la.

Em contrapartida, temos que o instituto do agente infiltrado nas organizações criminosas ou em investigações relativas à repressão ao tráfico de drogas e entorpecentes, que em nosso entendimento é a atividade mais rentável ao crime organizado, e o instituto da ação controlada são ferramentas de enfrentamento a criminalidade organizada que não se conflitam, sendo inclusive utilizadas de forma harmoniosa pelo agente do Estado durante a persecução criminal.

O agente infiltrado, durante a persecução criminal, por diversas vezes irá se deparar com integrantes das organizações criminosas praticando delitos que poderiam ser presos em

¹¹ Art. 12 [...] - § 3º- Havendo indícios seguros de que o agente infiltrado sofre risco iminente, a operação será sustada mediante requisição do Ministério Público ou pelo delegado de polícia, dando-se imediata ciência ao Ministério Público e à autoridade judicial. [...]

¹²Art. 14º São direitos do agente:

I - recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada;

II - ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 9º da Lei no 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas;

III - ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário;

IV - não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito.

flagrante, mas que caso seja aplicado o instituto da ação controlada, proporcionalizará um resultado mais significativo no enfrentamento ao Crime Organizado.

Contudo, vale salientar que, tanto a ação controlada como a infiltração dos agentes deverão obedecer ao princípio da proporcionalidade, tendo inclusive a possibilidade de responsabilização do agente no caso de excessos, como trataremos no próximo tópico deste estudo.

Analisando o aspecto formal do princípio do devido processo legal, temos a necessidade observação dos ritos procedimentais estabelecidos em Lei por parte do Estado, através da atuação de seus agentes.

Neste sentido, assevera:

Sob a perspectiva formal ou procedimental, o postulado do devido processo legal implica respeito, em qualquer procedimento, a um conjunto de garantias processuais mínimas, como o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a duração razoável do processo, entre outras, a fim de mitigar o risco de decisões que impinjam restrição indevida aos bens juridicamente tutelados. (ALMEIDA, 2013, p.130).

A inobservância deste aspecto formal do princípio do devido processo legal geralmente redundam na violação a ampla defesa e contraditório, que também são direitos fundamentais. Tem-se também o aspecto material do referido princípio constitucional, que estará intimamente ligado a questão da proporcionalidade da atuação estatal e, neste sentido:

O devido processo legal substancial ou material, por sua vez, encontra-se alicerçado na busca pelo “equilíbrio entre o exercício do poder estatal e a preservação dos direitos fundamentais do homem”. Ergue-se como forma de controle do conteúdo das decisões, considerando-se que o cumprimento do postulado pressupõe uma decisão devida e adequada, pautada pelos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da oportunidade. (ALMEIDA, 2013, p.131).

Pelo princípio da proporcionalidade temos que a atuação do agente deve ser proporcional ao bem jurídico que se busca proteger, não podendo este se valer de ferramentas que venham a ferir bens jurídicos dos investigados que não tenham relação direta com a persecução penal.

A razoabilidade remete que as ações perpetradas pelos agentes estatais devem sem razoáveis perante a sociedade a qual pertencem. Este princípio está ligado intimamente ao censo comum, sendo que a atuação estatal será ou não legitimada pela sociedade a qual pertençam, neste sentido: “a Administração, ao atuar no exercício, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida”. (MELLO, 2004, p.99)

Na esfera da persecução penal, especialmente no que tange ao instituto da agente infiltrado, a observância ao princípio da proporcionalidade possui lugar de extrema relevância, tanto em relação a escolha deste meio de investigação, bem como na própria atuação do agente infiltrado no teatro de investigações.

Uma vez inserido no seio da organização criminosa, devidamente autorizado pelo Poder Judiciário, ver-se-á o agente infiltrado, em certas ocasiões, compelido a praticar delitos inerentes à organização criminosa, visando a sua não identificação, o que caso ocorresse frustraria o procedimento investigatório e sujeitando-se até mesmo a risco de morte do agente infiltrado.

Conclui-se que a atuação do agente infiltrado deverá ser norteada pela finalidade da investigação criminal, e o princípio da proporcionalidade estará intimamente ligado as quais práticas ilícitas poderão ser praticadas pelo agente infiltrado, sem que esta redunde em qualquer responsabilização administrativa ou penal, conforme nos traz o art. 13¹³ da lei 12.850/13.

Neste sentido, tem-se a necessidade de análise se tais atos serão considerados penalmente relevantes para subsidiar a responsabilização criminal do agente, ou caso contrário, quais as excludentes invocáveis para afastar o caráter criminoso e delito da conduta perpetrada por este agente.

Neste sentido, questiona:

[...] qual conduta é exigível do agente policial? A organização exige que ele atue para a prática de delitos, enquanto o Estado dele espera um comportamento heróico, de neutralidade em relação ao crime. Mas, apenas quando possível, veja-se bem! Quando ele, por dever de ofício (na organização, é claro), tiver que executar algum ato na cadeia das condutas configuradoras de crimes, estará previamente exculpado. O infiltrado, portanto, tem dois deveres originários opostos: o de atuar em favor dos delitos e o de colher elementos que demonstrem a prática de tais crimes. Mas, pode surgir outro dever, agora derivado: o de executar, em algum nível, o delito, quando então não haverá contraposição de deveres: tanto a organização criminosa quanto o Estado esperam dele semelhante comportamento! Há que ter cuidado na luta contra a violência, pois o terror pode estar dos dois lados. (PACELLI, 2013, p.5).

Conforme Capez (2014, p 281), para parcela significativa da doutrina, temos que a participação do agente infiltrado nos crimes praticados pelas organizações criminosas configuram fato típico, ilícito e culpável, e por sua vez punível. Por outro lado, entende-se que não é possível estabelecer uma regra absoluta aplicável a todos os casos, pois, devido à incidência do princípio da proporcionalidade, é plenamente possível que não se considere como

¹³ Art. 13º O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.

Parágrafo único. Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa.

sendo criminoso o ato praticado pelo agente infiltrado caso esta conduta se demonstre razoável perante os anseios da sociedade, intimamente ligados ao critério social de justiça e justificável pela relação custo-benefício social, e, por fim, estando em risco à segurança pessoal do agente infiltrado, pode-se cogitar plenamente a aplicação da figura da coação moral irresistível e da inexigibilidade de conduta diversa, sendo estas excludentes de culpabilidade.

A Constituição Federal de 1988 elencou em seu art. 1º¹⁴, inciso III, a Dignidade da Pessoa Humana como sendo um dos propósitos da República Federativa do Brasil, e abrange em seu conteúdo pragmático vários direitos e garantias, como discorreremos a seguir.

O direito fundamental mais sublime de qualquer pessoa protegido por todo Ordenamento Jurídico Brasileiro é o direito à vida, que, por questões óbvias, estará relativizado durante uma operação de infiltração de agente. O direito à vida é uma garantia fundamental prevista no art. 5º, caput¹⁵ da Constituição Federal Brasileira, que garante proteção à vida, considerando como sendo um direito inviolável.

O direito à vida é o principal direito garantido a todas as pessoas, sem nenhuma distinção e, neste sentido: “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.” (MORAES, 2007, p.108).

Considerando que as organizações criminosas são marcadas pela violência de seus integrantes, e por certo que caso algum agente infiltrado seja descoberto, com certeza absoluta, sua vida estará em risco.

Outro direito fundamental que poderá ser relativizado pela operação de infiltração é o direito à integridade física, psíquica e moral. Este direito fundamental é de extrema importância tanto no âmbito do Ordenamento Jurídico Brasileiro, bem como objeto de tratados internacionais.

Conforme nos traz Convenção Americana de Direitos Humanos, mais comumente conhecido por Pacto de San José da Costa Rica, e, seu artigo 5º¹⁶, que toda pessoa deve ter garantida sua integridade pessoal. Durante a operação de infiltração, em situações adversas, o agente infiltrado deverá se submeter a condições insalubres, sem condições de higiene pessoal,

¹⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

¹⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

¹⁶ Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. [...]

tendo inclusive que mudar sua aparência física e comportamental, o que demonstra a relativização do direito fundamental outrora mencionado.

Na atual conjuntura do chamado Estado Democrático de Direito, temos como importante direito fundamental do cidadão como pertencente de uma sociedade livre o direito de ir, vir e permanecer, direito este que também será relativizado durante a infiltração de agente.

A Carta Magna e, seu art. 5º, inciso XV¹⁷, prevê tal direito dentro do Título reservados aos direitos e garantias fundamentais, devido a sua importância. Durante uma operação de infiltração, temos que o agente do Estado terá tal direito relativizado, pois durante a operação todas as suas ações deverão ser pensadas de forma a não comprometer a operação, o que conseqüentemente culminará na relativização do direito mencionado.

4. Conclusão

Com o advento dos avanços tecnológicos, a sociedade vive um momento de sentimentos distintos, por um lado temos os benefícios deste avanço tecnológico no campo da saúde, informação, ente outros. Mas em contrapartida tivemos também as mesmas proporções de avanço no que tange ao incremento do Crime Organizado.

Crime Organizado pode ser entendido como sendo um fenômeno social que afeta toda a sociedade mundial, e no Brasil seu surgimento está relacionado ao Cangaço Nordestino e ao Jogo do Bicho. Contudo esta modalidade delitativa teve seu ápice quando facções criminosas que surgiram no interior de presídios, alargaram suas atuações para fora dos muros do confinamento, permeando suas ações para todos os níveis da sociedade.

No desenvolvimento deste estudo, discutiu-se as principais características do Crime Organizado, dentre estas sua estrutura organizacional, a transnacionalidade de suas ações, a hierarquia piramidal presente no seio das organizações criminosas, e a corrupção, esta última a de mais difícil enfrentamento por parte do Poder Público.

Elencou-se também os campos de atuação desta modalidade criminosa, que se mescla entre atividades ilícitas e lícitas, bem como o uso da violência como forma de obtenção de renda. Finalizamos o primeiro capítulo ressaltando a dificuldade de conceituação do que seria

¹⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XV - e livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens; [...]

Crime Organizado, bem como a distinção que se faz necessário com instituto das Organizações Criminosas.

Dentro do mesmo raciocínio destacou-se o combate ao Crime Organizado na legislação brasileira, apontando a dificuldade de enfrentamento às Organizações Criminosas devido a organização e complexidade destes institutos delitivos, a partir de uma análise das legislações brasileiras anteriores à Lei nº 12.850/13 que trataram do instituto das organizações criminosas,

Por fim, no último capítulo, procurou-se ater a figura do agente infiltrado, enfatizando sua importância como ferramenta de enfrentamento ao Crime Organizado, sob o prisma da Lei nº 12.850/13. Procedeu-se a análise das principais legislações antecessoras da lei referencial deste estudo, no que tange a figura do agente infiltrado, bem como as inovações trazidas por tal lei, principalmente em relação ao procedimento investigatório.

Foi estabelecido um paralelo entre a infiltração de agentes e sua compatibilidade com o instituto da ação controlada, outro meio de obtenção de prova trazida pela Lei nº 12.850/13, bem como a proporcionalidade que deve ser observada pela operação de infiltração de agentes e a possibilidade de responsabilização do agente pelos acessos praticados. Ainda neste viés, elencamos as excludentes que poderão ser invocadas pelo agente infiltrado em face de delitos praticados durante a infiltração.

Trouxe ainda a problemática deste estudo, discorrendo sobre os direitos e garantias fundamentais do agente infiltrado como pessoa humana que serão relativizados pela operação de infiltração, elencando os direitos que acreditamos ser os mais importantes e protegidos pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Conclui-se que a Lei nº 12.850/13, não observa mecanismos de proteção a pessoa do agente infiltrado, no sentido haver a relativização de direitos e garantias fundamentais do destes e, tal medida assecuratória se torna imprescindível como mais uma ferramenta para o enfrentamento às Organizações Criminosas que assolam o bem estar da coletividade e o Estado Democrático de Direito.

5. Referências bibliográficas

BECK, Rafael Francis. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

CARLOS, André; FRIEDE, Reis. **Aspectos jurídico -operacionais do agente infiltrado**. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado**. Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado – Lei nº 12.850/13. São Paulo: JusPODIVM, 2013.

FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Crime organizado: aspectos processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flavio. **O conceito de organização criminosa é um fantasma**. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2011-mar-03/coluna-lfgrasil-conceito-ganizacao-criminosa-fantasma>>. Acesso em: 10 maio 2018.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado: enfoque criminológico, jurídico (Lei 9.034/1995) e político-criminal**. São Paulo; RT, 1995.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Agente provocador, agente infiltrado e o novo paradigma de processo penal. In: MOREIRA, Rômulo (Org.). **Leituras complementares de Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6.ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado**. Aspectos gerais e mecanismos legais. 6.ed.rev. ampl.atual. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do brasil interpretada e legislação constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. 3.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa: comentários à Lei 12.850 de 02 de agosto de 2013**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal – 17a.edição – Comentários ao CPP – 5a. edição – Lei 12.850/13**. In: <http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao-comentarios-ao-cpp-5a-edicao-lei-12-85013-2/>. Acesso em 11 mar de 2018.

PACHECO, Rafael. **Crime organizado**. Medidas de Controle e Infiltração Policial. Curitiba-PR: Ed. Juruá. 2007.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado – procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas, aspectos penais e processuais da lei 12.850/14**. São Paulo: Atlas, 2014.

TZU, Sun. **A arte da guerra**. tradução de Sueli Barros Cassal. - Porto Alegre: L&PM, 2006.

INFLUÊNCIAS CRIMINOLÓGICAS E AMBIGUIDADES: EM BUSCA DE UMA HERMENÊUTICA PARA A JUSTIÇA JUVENIL

Érica Babini Machado

Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP

Milena Oliveira dos Santos

Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP

Resumo

O artigo discute influências das escolas criminológicas no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA a partir do recorte da responsabilização de adolescentes. Devido a esse quadro foi possível identificar ambiguidades no texto legal a qual, somada à herança cultural da “questão do menor”, implicam enormes dificuldades hermenêuticas do texto e práticas da justiça juvenil contrárias às pretensões da Doutrina da Proteção Integral. O resultado é a violação de direitos e garantias penais e processuais dos adolescentes. A partir deste quadro, este trabalho objetiva indicar caminhos interpretativos a partir de uma leitura garantista no sentido de evitar os danos apontados.

Palavras chaves: escolas criminológicas; garantismo; sistema de justiça juvenil

Abstract/Resumen/Résumé

The article argues that criminological theories influence in the youth law – ECA – about youth crimes and those account creates ambiguities in legal text. These elements plus Brazilian tradition about “menor cause” implies hermeneutics problems and result in violation of youth guarantees, all those barked by Integral Protection Doctrine, specially in process and execution of youth responsibility. Starting this point, authors try to discuss hermeneutics ways through the garantism to avoid fundamental rights violations.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: criminological theories, garantism, youth justice.

1. Introdução

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei 8.069/90 indica um salto qualitativo do tratamento da questão juvenil no Brasil.

No entanto, partindo das especificidades da sociedade brasileira, em que o número de adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa é crescente¹, mesmo sendo essa medida, tecnicamente, excepcional e breve (art. 122, ECA), pondera-se sobre a possibilidade de uma retórica que oculta uma prática social normalizadora que reifica o adolescente suspeito, baseada na lógica da defesa social (BELLOF, 1999).

Nesse sentido a problemática que se apresenta visa discutir a ampla ambiguidade que permeia a Justiça Juvenil, na medida em que os caracteres familiar e educativo, assistencial sempre dialogaram com a dimensão punitiva do castigo, ensejando uma “tensão entre duas representações: a do perigo a ser detectado e disciplinado e a inocência a ser recuperada” (BRITO, 2007, p. 65).

Delineando o problema: considerando o ECA uma legislação ambígua (SPOSATO, 2013), já que reúne características associadas à escola clássica e à escola positiva, ao mesmo tempo, quais são as repercussões em termos de garantias penais e processuais para os adolescentes? Quais as possíveis saídas a partir da hermenêutica judicial?

Obviamente que a simples constatação de conteúdos de uma ou outra escola, por si só, não é temática relevante, no entanto, quando se problematiza que essas influências implicam uma ambiguidade capaz de produzir ecos nas práticas jurídicas, dada a dificuldade hermenêutica, o fenômeno precisa ser estudado. Nesse sentido, a tentativa de esquematização realizada neste trabalho é útil para se compreender os contornos mais gerais que práticas e discursos punitivos ganham em diferentes momentos da história, sobretudo para “tentar perceber o que [...] revela da lógica e das ambiguidades do controle do crime e da aplicação da punição nas sociedades modernas e contemporâneas” (ALVAREZ, 2014, p. 46).

A abordagem ganha contornos necessários ante um olhar a partir da América Latina em que se problematiza as influências da cultura jurídica brasileira, eminentemente autoritária e o ranço menorista (ALVAREZ, 1990) presente nas mentalidades sociais, o que pode levar à redução de direitos e garantias fundamentais. O resultado da confirmação dessa hipótese implicará reexame hermenêutico da matéria, em que balizas mínimas de manejo do texto legal

¹ O Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2017) informou que em 2014, a taxa de adolescentes internados era de 81,8 e em internação provisória 26,9, cujo aumento representa, entre 2011 e 2014, em números absolutos, de 17.703 para 24.628.

sejam levadas em consideração em prol da garantia de direitos, com a consequente concretização dos objetivos da Doutrina da Proteção Integral.

2. Saberes criminológicos e influências na construção do ECA

De antemão, é preciso afirmar não ser possível adentrar no estudo da criminologia buscando compreender a linearidade do seu desenvolvimento. Isto porque não houve um pensamento de eixo crimiológico único, pois todos os conteúdos são de alguma forma reconstruídos (PAVARANI 2002, p. 18).

Assim, a melhor maneira de compreender a criminologia é tê-la enquanto discurso que leva a práticas, isto é, conteúdos que assumem a condição de saber e orienta respostas a problemas sociais (BATISTA, 2011, p. 15). Nesse sentido, não se trata de um saber ontológico, mas uma construção histórico-social e como ato discursivo, é um ato de poder, de modo que é preciso levar em conta o horizonte epistemológico (ZAFFARONI, 2003), o que significa “considerar a relação do discurso com as relações de força do momento em que o mesmo surge e durante o qual se mantém vigente” (ANITUA, 2008, p. 22).

Nesse sentido, como o objetivo é compreender os discursos que orientam as práticas sociais dos sistemas de justiça, é preciso enveredar sobre os elementos constitutivos de cada escola criminológica para verificar suas influencias no texto legal do ECA.

2.1 Escola Clássica e estruturação normativa do ECA – construção da legalidade

Do ponto de vista criminológico a Escola Clássica² desempenha papel específico no curso dos discursos dos saberes criminais.

As escolas clássicas liberais eram uma instância crítica do *ancien regime*, objetivando substituí-lo por uma política criminal inspirada na humanidade, na legalidade, na utilidade etc. É por isso que a obra de Jeremy Bentham, na Inglaterra, Feurbach na Alemanha e Beccaria na Itália são de profusão neste período (ANDRADE, 2003).

² Sobre o Iluminismo penal esclarece Zaffaroni “(...) jamás pueden ser colocadas bajo el rótulo de una ‘escuela’, porque la ‘escuela clásica’ nunca existió, sino que la inventó Enrico Ferri, como denominación común para todo lo que fue anterior al positivismo. Más aún: consideramos que su ubicación en el ámbito exclusivo del derecho penal con un rótulo unitario – y su consiguiente exclusión del ámbito criminológico – es un modo de minimizar su importancia y de prevenir- se contra el efecto deslegitimador que puede tener el discurso contractualista. (ZAFFARONI, 2003, p. 128).

O liberalismo remonta o século XVIII como movimento contrário ao absolutismo e mercantilismo, e se firmou com dois conjuntos de idéias: o liberalismo político e o liberalismo econômico (FREITAS, 2001, p. 47). A característica primordial era a não intervenção, como menciona Bobbio (1988), “O Estado que governa melhor é o que governa menos”. A única função do Estado era garantir o exercício da capacidade individual.

No plano jurídico, o Estado liberal assume o papel de Estado de Direito, o qual entende-se por um Estado submetido por normas, “salvo o direito do cidadão a recorrer a um juiz independente par fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso ou o excesso de poder (BOBBIO, 1988, p. 18).

O fundamento utilizado pela burguesia revolucionária para instrumentalizar este estado de coisas foi o Direito Natural, através do qual pregava a liberdade do indivíduo e opunha-se ao absolutismo do monarca. O Estado funcionava como armadura de defesa e proteção da liberdade. Um ordenamento abstrato, metafísico, neutro e abstencionista. Esse primeiro Estado de Direito, em seu formalismo supremo, despiu o Estado de substantividade e força criadora.

A Revolução Francesa e os processos de independência dos Estados Unidos e países da América Latina se forjaram em torno das novas ideias proclamadas pelos pensadores da Ilustração, entre os quais se destacaram Montesquieu, Voltaire e Rousseau, os quais proclamaram os conceitos chaves do mundo moderno.

Os conceitos chaves do mundo moderno são o racionalismo, a igualdade entre os homens, a liberdade e o contrato social. “Especialmente importante para a teoria clássica é o conceito de contrato social, ao qual é inerente o paradigma do consenso”. Através do contrato social, “as leis resolveriam deste modo as possíveis discrepâncias que pudessem surgir entre os interesse gerais (da sociedade) e dos indivíduos” (GARRIDO, STANGELAND, REDONDO, 2001, p. 72).

Neste diapasão, tem-se que a legislação é um fator importante na regulação da sociedade porque é “produto de um livre convencimento entre os homens, abrindo-se caminho para as reformas vindouras” (CANTERO, 1975, p. 47).

Neste movimento, como se percebe tinha como pretensão maior a limitação do Estado o destaque entre os franceses idealizadores foi o marquês Beccaria (2000). Filósofo iluminista, influenciado pelas lições de Rousseau do Contrato Social e de Montesquieu da separação dos poderes, defendeu que as leis podem decretar as penas para os delitos cuja autoridade pertence ao legislador como representante de toda a sociedade organizada por um contrato social, desde que sejam úteis para um futuro, e não uma vingança do passado.

Ressalte-se, porém, que sua obra não foi de vanguarda. A sua influencia foi importante à medida que expôs os princípios do direito penal moderno³. Mas as questões atacadas por Beccaria foram as mesmas antes enfrentadas por Voltaire (CANTERO, 1975).

Dessa ideia de utilitarismo e da reforma nas leis, nasce a principal consequência que é o movimento codificador do final do século XVIII. O conceito da segurança jurídica, oriundo desse contexto, foi para a ciência penal a condensação dos maiores progressos realizados pelo Direito Penal moderno. Ela tem uma função justificante, sendo, portanto, “o ponto de chegada de uma longa evolução do pensamento penal e penitenciário, e como tal representa realmente um progresso no interior desse”.

Nesse sentido, é possível identificar no ECA as influências claras, com a questão da proporcionalidade entre o ato infracional e a responsabilização juvenil, como se verá adiante. Mas como já apontado, também guarda, a legislação, influências da Escola positiva. É preciso seguir.

2.2 Positivismo criminológico e as questões do ECA

Nos países centrais, na fase do capitalismo imperialista em meados do século XIX, a criminologia enquanto ciência cumpriu papel central no desenvolvimento da acumulação de riquezas, pois tem como função garantir condições gerais de produção que o período do liberalismo não foi capaz de realizar.

Todo o período de consolidação da forma de Estado e surgimento das relações tipicamente capitalistas requereu penas severas, porém, após o disciplinamento do selvagem para a acumulação de riqueza do mercantilismo, com a sociedade de mercado, era preciso mão de obra e consumidores, mas acima de tudo ordem para a produção. É que não seria mais interessante o castigo dos corpos, mas o disciplinamento deles.

Com a revolução industrial a todo vapor na Inglaterra, a mão de obra era intensamente demandada, surgindo a prisão como casa de correção uma alternativa fundamental para o disciplinamento daquelas pessoas tão bem acostumadas com o campo – de onde partiam em êxodo e a vida pacata e tranquila que desfrutavam (MELOSSI; PAVARINI, 2006) .

As casas de correção eram essenciais para domesticar os corpos ao trabalho exaustivo da nova indústria que chegava a literalmente a “deslombiar as costas”. Um modelo adotado para

³ “dos delitos e das penas, como a critica demonstrou amplamente, muito menos uma obra original de uma personalidade genial, é [...] a expressão literária de um inteiro movimento de pensamento, que se estendia ao grupo de iluministas milaneses do `caffè` encabeçado pelos irmãos Verri [...]” (BARATTA, 2008).

mendigos, jovens e adultos, cuja funcionalidade pode ser reconhecido em um texto holandês de 1602 ao falar das casas de correção “para jovens que haviam escolhido o caminho errado, no qual marcham até a forca, e para que possam ser salvo do patíbulo e tenham um ofício e um trabalho honesto, realizado com temor a Deus” (ANITUA, 2008, p. 117).

Para a fundamentação teórica foi produzida uma matriz discursiva comum, baseada na neutralidade científica e na generalização, promovendo uma racionalização justificadora a partir de um quadro teórico centrado em estereótipos e etiológicas, naturalizando o aprisionamento sem qualquer questionamento acerca da seletividade do sistema penal.

O saber médico realizou papel fundamental neste novo cenário, indicando pela medicina individual, a psiquiatria alienista e o higienismo, aqueles sujeitos que seriam portadores de anomalias e imperfeições, devendo ser curados para o bem de todos (MACHADO, 1978).

Não é necessário adentrar nos detalhes das obras do positivismo bioantropológico de Lombroso, o positivismo idealista de Garofalo e o penal-sociológico de Ferri, porque não é o propósito desta passagem, mas apenas assinalar que o determinismo biológico e social foram construídos como causas da criminalidade, cabendo às estruturas do Estado conter o avanço do doente e curá-lo (BARATTA, 2002).

Neste sentido, a escola criminal positiva rechaça o raciocínio dos juristas porque entendia que, através da fisio-patologia, já restou comprovado que o livre-arbítrio não existe e é pura ilusão metafísica. O que existe no homem, em termos de ação, é um refinamento em graus do instinto animal – o homem delinquente. Isto pode ser comprovado nas fases de desenvolvimento das manifestações - “movimento físico externo, corrente fisiológica centrípeta, manifestação psíquica, corrente fisiológica centrífuga, movimento físico externo” (FERRI, 2000, p. 5) - igual e ambas as espécies (animal e hominal).

A proposta de defesa social baseava na prevenção especial, justificando o sequestro e isolamento do indivíduo para ao mesmo tempo proteger a sociedade e tratar o desviado; afinal, o delinquente era um doente com desvios físicos e psíquicos e que deveriam ser colocados em instituições disciplinadoras. Nesse caso, a profilaxia da escola positiva impulsiona a questão da ressocialização, entendida como cura do delinquente doente.

Além disso, importante é perceber como este conhecimento foi recepcionado no Brasil e na América Latina, até porque na realidade marginal e periférica se deu um “assombroso transplante” (BERGALI, 1983); o que é curioso, posto que esta mesma teoria definia a incapacidade moral dos países periféricos a partir da miscigenação. Assim, como e por que

recepcionar um saber que inferiorizava o próprio povo, a ponto de Zaffaroni (1991) definir o positivismo como uma “gigantesca instituição de sequestro”?

O que houve, na verdade, foi uma alienação ideológica, na medida em que quando no Brasil o cientificismo ganhou fôlego, na Europa já estava em franca decadência (CARVALHO, 2004). O quadro reforçado pelo caráter dependente das sociedades impulsionou uma espécie de escolasticismo, pois “bastava que um fato fosse afirmado por Galileu, Darwin ou Spencer para que fosse acreditado. Os fatos eram aceitos sem qualquer discussão” (DEL OLMO, 2004, p.160).

O fato é que no final do século XIX o país era apontado pelos viajantes como um caso único e extremado de miscigenação racial. Um cruzamento que rendeu à população um estigma da deterioração, nas menções europeias, tornando-se, portanto, a questão racial, um elemento determinante para os destinos da nação (SCHWARCZ, 1993).

Nina Rodrigues (1957, p. 34), assumindo os postulados médico-legais, foi responsável por fundar a criminologia e a medicina-legal e a antropologia no Brasil, traduzindo a obra de Lombroso para a Bahia, cujo cenário era eminentemente africano, e afirmava: “A civilização ariana está representada no Brasil por uma fraca minoria de raça branca a quem coube o encargo de defendê-la... contra os atos anti-sociais das raças inferiores[...].

Reconheça-se que, as grandes lavouras de café, impulsionadoras da economia, possuíam mão-de-obra e quadros técnicos capazes de alavancar a incipiente industrialização que se processava, ajudando a consolidar as relações capitalistas de produção.

Assim, a educação deveria inculcar no indivíduo qualidades que os tornaria um cidadão útil. As grandes qualidades poderiam ser religiosas e de respeito a propriedade, mas em se tratando de libertos, esses valores não se adequariam bem. Era necessária uma justificativa ideológica que justificasse medidas repressivas para garantir a ordem de trabalho. A relação entre moralidade e trabalho (retórica moralista) é oposta à vadiagem, à ociosidade, à leniência, à preguiça, todas estas características do ser degenerado. Bingo! A proposta bio-psicológica adequa-se perfeitamente (FERLA, 2009).

Esse é o contexto em que surge a preocupação com o menor.

Nos anos 30 era prioridade examinar o menor porque os “predispostos” deveriam ser identificados em nome da profilaxia criminal. Por essa especialidade, institutos adequados, capazes de promover a classificação e alto grau de institucionalização, deveriam ser providenciados pelo poder público – uma reivindicação atendida no Código de Menores de 1927.

Aliás, o Código vigente é uma resposta dos positivistas ao agravamento dos conflitos sociais vividos na época, pois que as instituições reformadoras teriam quatro atribuições fundamentais: “sequestração, nos interesses da defesa social, ao retirar da sociedade os menores ‘perigosos’, tratamento e regeneração do menor internado; seu estudo sistemático, para definir seu tratamento; e a partir desse tipo de estudo, melhor conhecimento das causas da criminalidade” (FERLA, 2009, p. 73).

Este cenário marca uma série de tratamentos atribuídos ao menor, conhecido como Doutrina da situação Irregular, segundo a qual o abandono criava uma situação protetiva ao considerar o menor objeto de compaixão e repressão ao mesmo tempo (TUARDES DE GONZÁLEZ, 1996). A teoria pontuava que os menores sempre estariam em situação irregular e por isso mereceriam a segregação, sem nenhuma preocupação com o seu desenvolvimento, incapacidades de socialização e potencialidades.

Sendo essas as características da Doutrina da Situação Irregular, o problema residia em – como retirar o menor da família, até então juridicamente protegida? Uma tradição sagrada quanto antiga da autoridade do pai?

A mudança de mentalidade se deu com o discurso dos juristas, cuja estratégia, em linhas gerais, foi dada em três segmentos: a) divulgação de um alarmante quadro de criminalidade; b) comprovação de que a origem dos problemas estava na família, onde residia o gérmen do vício, e c) indicava a solução com a prevenção social, obra moralizante e salutar; atitude patriótica que permitia a livre tutela do Estado sobre a criança (RIZZINI, 2011, p. 122).

Eram esses os paradigmas de uma higiene infantil, invadindo a o âmbito doméstico, fazendo com que aquelas crianças que não pudessem ser criadas por suas famílias, fossem pelo Estado - “figura da mãe vai se desdobrar na da professora primária e na da assistente social”(CORREA, 2011, p. 86).

Como “salvar a criança” representava “salvar a nação”, “justificado estava a criação e todo um aparato médico-jurídico-assistencial, cujas metas eram definidas pelas funções de *prevenção, educação e repressão*” (RIZZINI, 2011, p. 26). É neste sentido que o cenário do tratamento do menor, na Europa, na América e no Brasil são profundamente modificados, adotando conceitos indiscriminados de delinquência, pobreza e abuso; legitimando o castigo ministrado às crianças, por razões de obediência, disciplina, educação e religião.

Ou seja, o que existia era uma preocupação acentuada em formar o disciplinamento infantil para o trabalho. A verdade disto está na realidade das fábricas neste período de final e século XIX e início de XX. Em São Paulo, recenseamento realizado em 1919 demonstra que,

no setor têxtil, 37% da mão de obra absorvida em estabelecimentos industriais no estado eram de crianças e adolescentes⁴.

Como se vê, a preocupação tutelar servia como subterfúgio para o combate dos problemas sociais que o Governo republicano não tinha habilidade para lidar, além, de adequar-se à demanda de mão de obra. Na verdade, o trabalho industrial dos menores era a melhor hipótese de lucro para o industrial – mão de obra barata e dócil. Não é à toa que Francisco Matarazzo à época inovou importando máquinas pequenas, na indústria têxtil, adaptadas para crianças (MOURA, 2000, p. 263).

Assim, havia duas alternativas: ou a criança se tornaria um ser produtivo, inserido no mercado de trabalho, devidamente disciplinado ou se converteria num marginal – e para isto, o Estado tinha o mecanismo necessário para evitar a degeneração – uma boa orientação profissional indicada pelos Institutos de Disciplinamento. Havia uma simbiose entre criança, estado policial patrão e ciência: a ciência como intérprete e garantidora legítima do bem-comum, o Estado centralizador e autoritário na tutela do menor e solucionador da criminalidade juvenil e mantenedor da mão-de-obra para o fortalecimento da indústria que se expandia – um movimento de resolução dos problemas e otimização do mercado de trabalho (FERLA, 2009).

O fato é que, o medo e o temor do delinquente, fez a necessidade da defesa social, cuja função é perscrutar o criminoso na sua subjetividade e construir mecanismos de proteção da sociedade contra o inimigo comum. Neste sentido, “o juiz irá, então, no processo coordenar os diversos saberes para formatar o indivíduo ao padrão normal, assumindo a feição disciplinar e repressora” (ROSA; LOPES, 2011, p. 15).

Aqui é importante pontuar que a legislação refletia uma espécie de protecionismo, em que a suspeita de abandono já justificava a intervenção estatal, assim como disciplinava o art. 86, § 4º “Si o menor nao tiver sido preso em flagrante, mas a autoridade competente ara a instrução criminal achar conveniente não o deixar em liberdade, procederá de accôrdo com os § 2º e 3º (confiado, mediante termo de responsabilidade, à sua própria família, pessoa idonea, insitituto de ensino de caridade.”

Os argumentos eufemistas de proteção (assistencialismo) engendraram uma história que perdurou até a entrada em vigor do ECA, de modo que é preciso ponderar sobre a possibilidade de rompimento desses padrões que permearam não somente a cultura jurídica como o inconsciente coletivo

⁴ Relatório apresentado ao dr. Alfredo Pujol, secretário dos Negócios do Interior do estado de São Paulo. (*Apud.* MOURA, 2000, p. 262).

3. Mapeando ambiguidades e influências das escolas criminológicas

Ante todo este contexto, é quase inexorável ponderar que o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90 pode não ter sido capaz de romper a lógica da defesa social que se impunha.

A legislação materializa uma série de pretensões internacionais do respeito ao sujeito – criança e adolescente – consagradas na Convenção Internacional do Direito da Criança de 1989 a qual representou o marco de superação do paradigma punitivo, cientificista, tutelar, eufêmico e excludente do período anterior (MENDÉZ, 1998).

As legislações internacionais sobre a matéria são fundadas nos valores e Direitos Humanos e impulsiona perspectivas de autonomia e garantia, afastando-se dos métodos repressivos para uma orientação educativa que assegura, com absoluta prioridade, os direitos individuais e as garantias fundamentais inerentes à criança e ao adolescente por serem sujeitos de direitos. Todo esse conjunto implica uma dedicação protetiva diferenciada, fundamentada no respeito à peculiar condição de desenvolvimento (MACHADO, 2003).

Não obstante as pretensões de autonomia desse ramo, é possível reunir as influências das escolas criminológicas esquematicamente da seguinte maneira: a escola clássica lega a proporcionalidade e a legalidade na definição do ato infracional e a escola positiva a natureza da medida socioeducativa e o prazo indeterminado para execução.

Assim, a presença marcante de um e outro elemento implica ambiguidades que geram sérios riscos hermenêuticos na aplicação do ECA, como se verá no item seguinte. Essas imprecisões levam a questões como: se a Escola Clássica influencia na legalidade, a indeterminação da natureza e do tempo da medida socioeducativa, como consequências da Escola Positiva, relativizam a taxatividade das hipóteses de imputação da medida.

É a análise que se segue.

Na legislação internacional, a Convenção dos Direitos da Criança⁵, as Diretrizes de Riad⁶ e as Regras de Beijing de 1985⁷ são explícitas em asseverar que nenhum ato que não seja

⁵ “Nenhuma criança seja suspeita, acusada ou reconhecida como tendo infringido a lei penal por ações ou omissões que, no momento da sua prática, não eram proibidas pelo direito nacional ou internacional no momento em que foram cometidos”.

⁶ 54. Com o objetivo de impedir que se prossiga à estigmatização, à vitimização e à incriminação dos jovens, deverá ser promulgada uma legislação pela qual seja garantido que todo ato que não seja considerado um delito, nem seja punido quando cometido por um adulto, também não deverá ser considerado um delito, nem ser objeto de punição quando for cometido por um jovem.

⁷ 3.1 As disposições pertinentes das regras não só se aplicarão aos jovens infratores, mas também àqueles que possam ser processados por realizar qualquer ato concreto que não seria punível se fosse praticado por adultos.

delito por parte dos adultos deve ser considerado delito por um jovem. Ou seja, é um compromisso do país signatário não punir o adolescente por ato que o adulto não fosse punido.

Não somente. A Constituição garante a legalidade no art. 5º, XXXIX, reproduzida no art. 103 e 122 do ECA, uma questão peculiar que implica tratar sobre o conceito de ato infracional, elemento fundamental para a interpretação do sistema de imputação das medidas socioeducativas de internação.

Na medida que o art. 103 do ECA define ato infracional como “conduta descrita como crime ou contravenção”, pretende o legislador, indicar um agir humano (conduta), dirigido a um fim; vinculando a medida de responsabilização à prática de um ato e não meramente um desvio.

Quer dizer, não é qualquer conduta que importa a prática de ato infracional, os elementos de tipicidade e antijuridicidade devem ser efetivamente apreciados para levar à ponderação sobre a medida socioeducativa pertinente. E mais, a aplicação de medida de internação só é autorizada em três situações (art. 122): - I tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

Isto é a consagração da segurança jurídica como mecanismo de um Estado de Direito, decorrente dos pressupostos clássicos resta evidente. No entanto, é possível considerar algumas problemáticas quanto à taxatividade.

Ao se analisar aquelas hipóteses questionar: qual o significado de grave ameaça à pessoa? Não é uma expressão que vincule necessariamente ao capítulo do Código Penal dos crimes contra a pessoa (COSTA, 2005). Então o que significa?

O que quer dizer grave? Poder-se-ia considerar aqueles crimes punidos com reclusão, porém, levando em conta que a distinção entre este e detenção já caduca, a ponto de ser extinta no novo projeto do Código Penal. Então o que significa?

A falta de conceituação é dramática, a ponto de permitir interpretações obliteradas, como o caso de internar o adolescente decorrente da prática de ato infracional equiparado à tráfico de entorpecente, como se tornou costume na prática forense das Varas da Infância. O desrespeito à legalidade é tão notório que o STJ editou em 2012 o seguinte enunciado: Súmula 492 - “O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente.” (BRASIL, 2012).

O Tribunal entendia que a medida, por ser excepcional, somente poderia ser aplicada se somente se houvesse a realização de um das três hipóteses do art. 122, mesmo sendo o delito

de tráfico de entorpecente crime hediondo, tal como reiterado em precedentes. (BRASIL, 2012a).

Ainda no que tange aos fundamentos da medida socioeducativa de internação disciplinada no art. 122 do ECA, tem-se o conceito de reiteração de ato (inciso II) e internação sanção (inciso III).

A internação sanção é instrumental e existe como fator coercitivo para evitar o descumprimento de uma medida menos grave anteriormente aplicada. Isto é, a sanção não é aplicada isoladamente ante a prática de um ato infracional, mas funciona como uma espécie de regressão de outra medida.

Por outro lado, a hipótese de reiteração de ato apresenta-se como um conceito indeterminado, posto que o legislador não definiu o significado.

Não se deve confundir reiteração com o instituto da reincidência do Código Penal (art. 63), pois o sistema do adolescente não pode ser orientado, nem mesmo igual ou pior do que as regras que norteiam o sistema punitivo de adultos.

Isto significa que pode existir reiteração, sem que haja reincidência, isto é, não é necessário o trânsito em julgado da decisão referente ao ato anterior. Esta afirmativa, porém, não é firme na jurisprudência, nem na doutrina e pode levar a um sistema mais gravoso do que adulto, o que teoricamente é inviável no sistema de adolescente em conflito com a lei.

Jurisprudencialmente há o entendimento da necessidade da prática de três atos infracionais (BRASIL, 2012b, BRASIL, 2011, BRASIL, 2013) – sejam eles quais forem (BRASIL, 2007; BRASIL, 2013b) ou em outros julgados exige-se serem necessariamente graves. Mas também há julgados que se referem à prática de duas condutas infracionais (BRASIL, 2012c). Ou seja, é uma aplicação extremamente subjetiva, sem qualquer respeito à taxatividade e que leva a decisões que se baseiam na conduta de vida do adolescente, sem referências ao fato efetivamente praticado⁸⁹.

⁸ HABEAS CORPUS. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. INTERNAÇÃO. MEDIDA ADEQUADA. REITERAÇÃO DA PRÁTICA. 1. Os fundamentos do acórdão impetrado são idôneos. A medida de internação é compatível com as circunstâncias concretas do ato infracional praticado pelos pacientes. **A situação de risco enfrentada pelos adolescentes, que reincidiram na prática do ato infracional análogo ao crime de tráfico de entorpecentes e são usuários de droga, evidencia a adequação da medida de internação no intuito de reeducá-los.** 2. Ausência de elementos que indiquem o envolvimento da família na recuperação dos menores. 3. Ordem denegada (BRASIL, 2012d).

⁹ HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DE INTERNAÇÃO. REITERAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS. COMPROMETIMENTO COMO O CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AFASTADA APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 492/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. Na hipótese dos autos, a internação foi imposta de acordo com a legislação de regência e em atenção às peculiaridades do caso, **tendo em vista a quantidade e natureza da droga apreendida (treze porções, pesando 17,77 gramas, de crack), evidenciando o comprometimento do adolescente com o crime, bem como**

Outrossim, essas imprecisões guardam profundas relações com a natureza da medida socioeducativa: é ressocializadora ou retributiva? Tem natureza penal?

É imprescindível partir de que “do ponto de vista metodológico, não há uma teoria que fundamente a socioeducação e lhe dê organicidade. O que existe são diversos enfoques e abordagens teóricas (da pedagogia, da sociologia e da psicologia), somados a parâmetros normativos” (MACHADO, 2014, p.).

De todo modo, a ressocialização é apresentada como um direito do condenado, o que no caso dos adolescentes está no art. 40.1 da CDC. É como se houvesse uma base utilitarista na aplicação da medida – a renúncia do castigo com garantia de redução da suposta periculosidade delitiva, no sentido de evitar a reincidência.

Porém, para alguns doutrinadores (COUSO, 2006), se fosse a prevenção especial que se sobrepusesse como fundamento da medida, ter-se-ia que ter mais medidas em meio fechado do que em meio aberto para normalizar o comportamento, o que não é a realidade das medidas socioeducativas, dado que a proposta educativa implica saídas assim como tempo reduzido, (art. 37.1 CDC).

Mas mesmo que se tenha a idealização de que não se trata de prevenção especial, cujos problemas de legitimação residem na pretensão de modificar a personalidade por meio da força, uma ofensa à dignidade da pessoa humana, disto não se pode efetivamente afastar-se, posto que o mandato que autoriza o Estado a educar os adolescentes fala em educação pedagógica através da segregação. No mínimo, uma contradição!

Se se admite a questão da prevenção especial isso nada tem a ver com o direito à educação, e sim com o direito à autonomia moral, dignidade, livre desenvolvimento da personalidade, de modo que o adolescente deve consentir ao tratamento reeducador, uma exigência fundamental.

Desse modo, não obstante o que foi dito, o caráter pedagógico que se pretende imprimir às medidas socioeducativas vincula-se ao paradigma correccionalista, da prevenção especial da escola positiva. Esta ambiguidade já pode ser identificada na legislação que afirma que a liberação da medida socioeducativa da internação está condicionada “pela realização de sua finalidade”(art. 46, II, da Lei 12.594/12- Lei do Sinase), sem definir, porém, qual seja. Além disso, a natureza penal decorre do fato de ser a consequência da prática de um ato infracional,

a reiteração do cometimento de outras infrações, já tendo, inclusive, sido aplicadas outras medidas socioeducativas, sem sucesso. Inaplicabilidade do enunciado n. 492da Súmula/STJ. - Habeas corpus não conhecido (BRASIL, 2013c).

diferenciando-se das medidas especiais de proteção que se destinam aos menores em situação de vulnerabilidade social. A perspectiva da responsabilização é também evidenciada nos objetivos das medidas socioeducativas elencados pelo Sinase¹⁰.

Outrossim, o tempo indeterminado da institucionalização permanece como principal característica, de modo que o prazo de duração da internação não é determinado no momento da aplicação da medida, quando da sentença do juízo, mas sim durante a execução, a partir de avaliações da/do adolescente.

Na avaliação de García-Mendéz (1992), o caráter indeterminado da medida não poderia ser confundida com o caráter indeterminado das sentenças em geral do velho direito tutelar que o era para a proteção do adolescente.

Inclusive é justamente essa indeterminação que causa tanta aflição no decorrer da execução da medida (ANJOS, 2018; ALMEIDA, 2015), fazendo com que a adolescente se submeta a processos paulatinos de mortificações, pois, para conseguir a liberação, ela deve se submeter ao controle sobre seus corpos exercido pelas regras da unidade, e só quando se demonstrarem institucionalizadas, isto é, sujeitadas às regras da instituição, estarão prontas para retornar ao convívio com a sociedade. No mínimo um contrassenso.

Fato é que claramente tem-se aqui a influencia do positivismo criminológico, seja no caráter da periculosidade que demanda cura e, por isso a ressocialização, seja porque se trata de uma questão de personalidade, que demanda tempo indeterminado para ser corrigido.

Porém, como dito, essas ambiguidades levam a interpretações perigosas na prática jurídica, colocando em xeque direitos e garantias individuais, sobretudo porque na prática forense, a imputação da medida de internação se tornou uma regra constante, como já visto, e isso decorre tanto de as lacunas legais existentes no ECA como do profundo ranço cultural da Doutrina da Situação Irregular que orienta a hermenêutica judicial no sentido da defesa social.

Diversas pesquisas indicam essa conclusão (SAL, 2010; MACHADO, 2014; ALVAREZ, SALLA, SCHRITZMEYER, 2010; OLIVEIRA, ALVAREZ, 2014; DE PAULA, 2015; SOUZA, FERRAZ, 2017; ALMEIDA, 2015; ALMEIDA, 2016; CORNELIUS, 2017);

¹⁰ Art. 1º, § 2º Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos:

I - a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação;
II - a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e
III - a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei.

e nesse sentido, é indispensável a busca por um padrão hermenêutico necessário para evitar-se essa questão.

4. Em busca de um padrão hermenêutico garantista

Sabe-se que por um lado intensificaram-se as críticas ao positivismo exacerbado, já que este não seria capaz de dar conta da complexidade social inerente à (pós)modernidade, de outra banda, iniciou-se um movimento de fortalecimento da “fundamentação” principiológica. A questão é que, a partir deste movimento, o princípio justificaria tudo, sendo que ao magistrado tudo passou a ser permitido, desde que amparado por este instrumento de extensa abertura hermenêutica.

Dentre tantos princípios, destaca-se o do livre convencimento motivado. Mas quem o categorizou como um princípio? E, em sendo supostamente um princípio, qual a medida necessária à motivação para que esta atenda aos parâmetros principiológicos? (PINHO, 2013).

Ocorre que o caráter normativo dos princípios – que é reivindicado no horizonte das teorias pós-positivistas – não pode ser encarado como um alibi para a discricionariedade, pois, desse modo, seria voltar para o grande problema não resolvido pelo positivismo (STRECK, 2013, p. 215).

Perceptível que, em verdade, o livre convencimento motivado, também no âmbito do Direito Infractional, tem sido utilizado como bengala para afronta aos direitos constitucionalmente garantidos. Porém, o juiz precisa de constrangimento, de limites. As expressões abertas (livre convencimento motivado, proteção integral, melhor interesse) permitem um exacerbado grau de subjetividade que não encontra parâmetros seguros de controle no ordenamento.

Diante da necessidade de uma teoria que dê conta desta ampla discricionariedade, Ferrajoli (2002) no garantismo penal apresenta como possível solução a precisão semântica do legislador. O respeito ao império da lei coloca sob responsabilidade do autor da norma o preenchimento das lacunas que delimitarão a atuação do julgador.

Sob este aspecto, Ferrajoli (2002), ainda sim, reconhece que em certo momento será inevitável conferir certa margem de discricionariedade ao julgador (poder de disposição do juiz), desde que apenas *pro reo*. Entretanto ser pro ou contra o réu ainda é uma questão de interpretação, adverte Ana Cláudia Pinho, com supedâneo em Dworkin (PINHO, 2013).

E é então que se revela outro grave problema, pois além de ser o ordenamento infractional brasileiro inquisitivo-assistencial (trajado de protetor), não existe uma teoria da

decisão consistente; ao revés, há um largo espaço que autoriza o juiz a decidir conforme a sua consciência. Obviamente não se trata de impedir que o juiz atribua sentido, mas sim que este caminho seja demonstrado (*ratio decidendi*).

Lênio Streck no intuito de minimizar essa discricionariedade, sem afastar o necessário exercício interpretativo durante ato de julgar, sustenta “uma fundamentação da fundamentação”, traduzida por uma radical aplicação do art. 93, IX, da Constituição (STRECK, 2013, p. 225). De fato, o vale tudo não pode vigorar, não se pode permitir que haja a flexibilização de direitos fundamentais, inclusive aquele constante no art. 93, IX da Carta Republicana brasileira! Nessa toada, resta o questionamento: mas finalmente o que é princípio? Tudo pode ser princípio? O que define um princípio como tal? (PINHO, 2013).

Em nome da legalidade, da segurança jurídica e ainda dos próprios princípios norteadores do sistema da infância e juventude, novos padrões seguros de decisão precisam ser implementados. Resta latente a necessidade de romper-se definitivamente com o passado do assistencialismo menorista ainda que, para “salvar da bondade dos bons” (MARQUES NETO), se preciso for, cortar da própria carne.

Uma decisão judicial que é ausente de fundamentação com base em parâmetros criteriosamente identificados causa mal estar. Uma decisão não pode ser fruto de preferências pessoais, de subjetivismos, de escolhas arbitrárias. Ela há de ser argumentativamente construída. O ativismo judicial, por sua vez, tem que encontrar limites na constituição, não se pode fazer o que se quer, ainda que por uma “boa causa” (PINHO, 2013, p. 36).

Dessa forma, o ECA ao reconhecer uma gama de garantias inerentes ao processo infracional democrático e garantista, passa, necessariamente, pela necessidade de fundamentação de todas as decisões tomadas na seara da justiça juvenil (CARVALHO, 2007, p. 12).

Aliás, é nesse sentido que Ana Paula Motta Costa e Dani Rudnicki (2016) vislumbram a possibilidade de legitimar a socioeducação através do garantismo penal. Acreditam que se um sistema legalista for implementado, é possível concretizar os efeitos benéficos. Partindo do pressuposto de que a MSE possui caráter sacionatório e restritivo de direitos, entendem que a imputação de responsabilidade deve ser um meio de auxiliar na organização dos referenciais de convivência social. Nessa direção, vê-se que consideram que responsabilização dos adolescentes faz parte da dimensão educativa das medidas, as quais devem conduzi-los à apropriação da sua realidade individual. Para tanto, sustentam que os responsáveis pelo funcionamento da máquina socioeducativa possuem a obrigação de proporcionar um processo de aquisição de direitos socialmente negados, em uma espécie de resgate, supostamente

concretizável por meio de um recente instrumento introduzido no ordenamento infracional brasileiro pela lei do SINASE: o Plano individual e atendimento - PIA.

Ocorre que, ainda sim, o caráter garantista de uma legislação remete a uma dupla caracterização: por um lado o rigoroso respeito ao império da lei próprio das democracias constitucionais baseadas em uma perspectiva de direitos humanos, por outro a existência de instituições e mecanismos idôneos e eficazes para a concretização destes direitos consagrados. *“Desde este punto de vista, no existen dudas acerca de que la cara opuesta del garantismo es el subjetivismo y la discrecionalidad”* (MÉNDEZ, 2006, p. 17)

O Garantismo Penal (FERRAJOLI, 2002) pode(ria), sem dúvida, ser um caminho a orientar decisões jurídicas, já que ultrapassou, em alguma medida, o limite do positivismo de Kelsen, reconhecendo a prevalência (material) do texto constitucional. Entretanto, igualmente não é suficiente. Isso porque, o positivismo crítico de Ferrajoli - tal qual seu atípoda - é traído, em certos pontos, pelo relativismo e pela discricionariedade, permanecendo ainda arraigado na filosofia da consciência, com ideia do sujeito racional, dominador e manipulador da linguagem. Ao fim e ao cabo resta um incômodo: a falta de controle na decisão penal. O poder do juiz segue sem um critério seguro de limitação, o que é um risco num sistema democrático, em que todos os poderes do Estado necessitam de vínculos de constrangimento. (PINHO, 2013, p. 30) .

O que emerge de grave neste contexto é que esses espaços de discricionariedade, na realidade do punitivismo brasileiro, só terão um resultado: perversão. A importação da Doutrina da Proteção Integral para a realidade brasileira, de funcionamento de um punitivismo operado subterraneamente, oportuniza o manto da legalidade para processos de estigmatização e controle de uma parcela da juventude.

Controlar a discricionariedade, portanto, é o único caminho possível, ainda que aquela seja justificada para adaptar a decisão às necessidades do adolescente. O sacrifício é necessário exatamente para garantir direitos fundamentais dos adolescentes em conflito com a lei.

5. Considerações Finais

Como visto, inaugurado nos fins do séc. XX, o paradigma da Doutrina da Proteção Integral trouxe para o direito uma nova concepção sobre as crianças e os adolescentes, visado superar o paradigma da situação irregular.

No entanto, as influências das escolas criminológicas clássica e positivista, fazem com que a legislação comporte inúmeras ambiguidades em seu bojo. Essas imprecisões normativas

que têm supedâneo no melhor interesse da criança e na dramática falta de conceituação da socioeducação, criam dificuldades hermenêuticas.

Por outro lado, a herança cultural do menorismo cuja base é a defesa social, corrobora aquele quadro hermenêutico, levando a violações de direitos fundamentais, em nome da proteção do adolescente.

Contudo, essa discricionariedade, se normativamente não pode ser imediatamente impedida, e significando ela, na realidade brasileira, espaço de arbítrio e punitivismo, com violações as mais caras garantias fundamentais de um Estado Democrático de Direito, na prática judicial pode ser restringida pelo garantismo penal.

Nesse sentido, a obrigatoriedade de fundamentação da decisão judicial e constrangimento do livre convencimento, devem sacrificar a liberdade de decisão para ajuste às necessidades do adolescente. Afinal, a legalidade não pode ser exclusiva de adultos.

6. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Bruna Gisi Martins de Almeida. A racionalidade prática do isolamento institucional: um estudo da execução da medida de internação em São Paulo. Universidade de São Paulo. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em Sociologia. **Tese** (Doutorado). São Paulo, 2016.

_____. O tempo indeterminado como instrumento de manutenção da ordem interna em unidades de internação para adolescentes. In: 39º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS), 39, 2015, Caxambu. **Anais eletrônicos**, Caxambu: MG, 2015. Disponível em: <https://anpocs.com/index.php/papers-39-encontro/spg/spg07>. Acesso em: 10 mar. 2018.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão da Segurança Jurídica**. Do controle da violência à violência do controle. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANJOS, Milena Trajano dos. Entre a tranca e o mundão: a representação da socioeducação pelas adolescentes em medida de internação em Recife, PE. **Dissertação**. UNICAP. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2018.

ALVAREZ, Marcos César. A questão dos adolescentes no cenário punitivo da sociedade brasileira contemporânea. **Rev. Bras. Adolescência e Conflitualidade**, v.10, p. 110-126, 2014.

_____. A emergência do Código de Menores de 1927: uma análise do discurso jurídico e institucional da assistência e proteção aos menores. São Paulo. **Dissertação**. (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras. Universidade de São Paulo, 1990.

_____.; SALLA, Fernando; SCHRITZMEYER, Ana Lucia Pastore. Adolescentes em conflito com a lei: pastas e prontuários do Complexo Tatuapé (São Paulo/SP, 1990-2006). **7º Encontro ABCP**, Recife, PE, 2010.

_____.; OLIVEIRA, Thiago Rodrigues. Pastas e Prontuários do “Complexo Tatuapé” (São Paulo/SP, 1990-2006): Fatores determinantes na aplicação da medida socioeducativa de internação. **Anais**. 38º Encontro Anual da ANPOCS, 2014.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Introdução à sociologia do Direito Penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. Elementos de um nuevo derecho para la infancia y la adolescência, **Capítulo criminológico**, v. 23, n. 1. Maracaibo, enero-junio, 1995.

_____. Filosofia e Diritto Penale. Note su alcuni aspetti dello sviluppo del pensiero penalistico in Italia da Beccaria ai nostri giorni”. **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**. Milano: Giuffrè, IV, XLIX, 29-54, gennaio-marzo, 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2000,

BELLOF, Mary. Modelo de la protección Integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para amar y outro para desarmar. In: **Justicia y Derechos del niño**. Santiago: UNICEF, 1999.

BERGALLI, Roberto et al. **El Pensamiento Crítico y la Criminología**: el pensamiento criminológico. Bogotá: Temis, 1983.

BOBBIO, Noberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - **HC: 62179** RJ 2006/0146556-5, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 22/08/2007, T5 - DJ 24.09.2007.

_____. **HC 348.360/SP**. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJE. 13.05.2016.

_____. – Restrição para internação de adolescente infrator é assegurada em nova súmula, em 16 de agosto de 2012 Disponível:

http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106668

_____. **HC 229303**. Min. Marco Aurélio Bellize. Dje.: 30.04.2012^a

_____. **AgRg no HC 207.087/SP**, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 23.8.2012b.

_____. **HC: 185490** SP 2010/0172228-2, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 28/06/2011, T5 - DJe 01/08/2011.

_____. **HC: 217704** SP 2011/0211856-4, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 07/05/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/05/2013

_____. **HC: 81122** SP 2007/0080154-9, Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Data de Julgamento: 10/09/2007, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 22.10.2007.

_____. **HC: 237421** DF 2012/0062545-9, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 21/05/2013, T5 - QUINTA TURMA, DJe 28/05/2013b

_____. **HC: 231170 SP** 2012/0010058-8, Relator: Ministra Marilza Maynard, Data de Julgamento: 11/04/2013, T5 - QUINTA TURMA, DJe 19/04/2013c.

_____. **HC: 221170 MG** 2011/0241400-5, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 26/06/2012, T6 - DJe 06/08/2012c

_____. **HC: 223932 SP** 2011/0263840-9, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 29/03/2012, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/04/2012d.

CANTERO, José A. Sáinz. **La ciência Del Derecho Penal y su Evolución**. Barcelona: Bosch casa editorial, 1975.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CARVALHO, José Murilo. **Os bestializados**. O Rio de Janeiro e a República que não foi. 3 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. O pior dos dois mundos: a interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente pelo Superior Tribunal de Justiça na punição de adolescentes. **Dissertação**. Programa de Pós Graduação em Sociologia. Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2017.

COSTA, Cruz. **Contribuição à história das ideias no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967.

CORRÊA, Mariza. A cidade de Menores: uma utopia dos anos 30. In: FREITAS, Marcos Cezar de (org.). **História Social da Infância no Brasil**. 8 ed. São Paulo: Cortez, 2011.

COSTA, Ana Paula Motta; RUDNICK Dani. Sistema Socioeducativo: uma proposta de gestão institucional “continente” e garantidora de direitos humanos. **Revista direitos fundamentais e garantias**, v. 17, n.2, 2016.

_____. **As garantias processuais e o Direito Penal Juvenil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

COUSO, Jaime. Principio educativo y (re) socialización en el derecho penal juvenile. In: UNICEF. **Justicia y derechos del niño**. n 8. Chile, 2006.

DE PAULA, Liana. Práticas socioeducativas e garantias de direitos: pensando a (des)constituição do sujeito de direitos a partir da internação e adolescentes. **Anais**. 39º Encontro Anual da ANPOCS, 2015.

_____. Da “questão do menor” à garantia de direitos. Discursos e práticas sobre o envolvimento de adolescentes com a criminalidade urbana. **Civitas**, v. 15, n. 1, p. 27-43, jan.-mar, Porto Alegre, 2015.

DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e sua criminologia**. Rio de Janeiro: Instituto carioca de Criminologia/Revan, 2004.

FERLA, Luis. **Feios, sujos e malvados sob medida**. A utopia médica do biodeterminismo. São Paulo (1920-1945). São Paulo: Alameda, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002.

FERRI, Enrico. **Sociología Criminal**. Tomo II. [Trad. Antonio Soto y Hernández]. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 2000.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão e Sensibilidade**. São Paulo: Juarez Tavares, 2001.

GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. **Princípios de Criminologia**. 2 ed. Valencia: Tirant to blanch, 2001

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Infancia. **De los derechos y de la justicia**. 2ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

_____. **Infância e cidadania na América Latina**. São Paulo: Hucitec Instituto Airton Sena, 1998.

_____. In: CURY, Munir; AMARAL E SILVA, Antônio Fernando; GARCÍA MENDEZ, Emílio. (org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. Comentários Jurídicos sociais. São Paulo: Malheiros, 1992.

MACHADO, Roberto; et all. **Danação da norma: medicina social e constituição da psiquiatria no Brasil**. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

MACHADO, Érica Babini L. do Amaral. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO: DO DISCURSO (EUFEMISTA) À PRÁTICA JUDICIAL (PERVERSA) E À EXECUÇÃO (MORTIFICADORA): um estudo do *continuum* punitivo sobre adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei na cidade do Recife, PE. **Tese**. Doutorado em Direito. Universidade Federal de Pernambuco, 2014.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: o juiz cidadão. In: **Revista ANAMATRA**. São Paulo, n. 21, 1994.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário** (sec. XVI – XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006

PAVARINI, Massimo. **Control Social y Dominación**. Teorías crimionológicas burguesas y projectos hegemónico. Argentina: Siglo Veintiuno editors argentina, 2002.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **Precisamos falar sobre garantismo: limites e resistência ao poder de punir**. 1ª ed. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017.

_____. **Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **O mito da eficácia**. Disponível na Internet.

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4087>. Acesso em 05.03.2017.

_____. **O Direito pode ser uma questão de sorte?** (palestra) II Jornada de Teoria do Direito: As Contribuições de Ronald Dworkin para o pensamento jurídico contemporâneo Realização: Grupo de Estudos Pura Teoria do Direito. 2013 Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=q_ogZmdbCkI . Acesso em 18.04.2018.

RIZZINI, Irene. **O século perdido**. Raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2011.

RODRIGUES, Nina. **As raças humanas**. Bahia: livraria progresso editora, 1957.

SAL - Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça. Série Pensando o Direito. No 26/2010 – versão publicação. **ECA: Apuração do Ato Infracional Atribuído a Adolescentes**. Brasília, 2010.

SOUZA, Flora Sartorelli Venâncio; FERRAZ, Hamilton Gonçalves. A responsabilidade do Judiciário Brasileiro no encarceramento em massa juvenil: um estudo de caso do HC 346.380-SP, STJ. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 129, ano 25, p. 257-284. São Paulo: RT, 2017.

SPOSATO, Karyna. **Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHWARCZ, Lilian. **O espetáculo das raças**. Cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1993.

STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a letra fria de lei é uma atitude positivista?** Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010. Disponível em: www.univali.br/periodicos, Acesso em 01.05.2018.

_____. **Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas** - 4a ed. Livraria Saraiva, 2011.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** - 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TUARDES DE GONZÁLEZ, Trina. Tendencias evolutivas em la proteccion del niño y del adolescente: de la situacion irregular a la proteccion integral, **Capítulo Criminológico**, v. 24, n, 2, 1996, p. 119-136.

ZAFFARONI, E. R. **Criminología: aproximación desde un margen**. Bogotá: Editorial Temis, 2003.

_____. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro, 1991.

MEDO DO CRIME: UMA ABORDAGEM A PARTIR DAS ESTRATÉGIAS PREVENCIONISTAS

Érika Mendes de Carvalho

Universidade Estadual de Maringá (UEM)

Gustavo Noronha de Ávila

Centro de Ensino Superior de Maringá (UNICESUMAR)

Resumo

O medo do crime é frequentemente relacionado à (re)legitimação de práticas punitivas e sua expansão. Neste artigo pretendemos discutir, a partir de viés criminológico e dogmático-crítico, as repercussões do medo do crime em relação às estratégias político-criminais (legislativas). A partir de uma escolha metodológica hipotético-dedutiva, com a utilização de técnica de pesquisa bibliográfica, inicialmente trabalhamos com a (im)possibilidade de leitura e aproximação das ideias de David Garland ao contexto brasileiro. Após, realizamos a caracterização do medo do crime no Brasil, especialmente através de algumas hipóteses acerca de sua repercussão. Por fim, discutimos a dogmática das funções preventivas da sanção criminal, como respostas aos fluxos e anseios gerados pelo temor à criminalidade.

Palavras-chave: medo do crime; função da pena, David Garland, prevenção, política criminal.

Abstract/Resumen/Résumé

El miedo del delito se relaciona con frecuencia con la (re) legitimación de prácticas punitivas y su expansión. En este artículo pretendemos discutir, desde el punto de vista criminológico y dogmático-crítico, las repercusiones del miedo del delito con relación a las estrategias político-criminales (legislativas). Se elige el método hipotético-deductivo, con la utilización de la técnica de investigación bibliográfica. Trabajamos, inicialmente, con la (im)posibilidad de lectura y aproximación a las ideas de David Garland al contexto brasileño. Enseguida, realizamos la caracterización del miedo del delito en Brasil, especialmente a través de algunos supuestos sobre su repercusión. Por fin, discutimos la dogmática de las funciones preventivas de la sanción penal como respuestas a las demandas generadas por el temor a la criminalidad.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: medo del delito, función de la pena, David Garland, prevención, política criminal.

1. Introdução

Falar sobre medo do crime é tratar de fenômeno complexo. Envolve, necessariamente, tratar de riscos, inseguranças e possibilidades de prevenção. É especialmente este ponto que nos interessa: discutir o medo do crime a partir de uma perspectiva político-criminal, a partir da possibilidade ou não de aplicarmos as ideias de Garland sobre controle ao contexto brasileiro.

De acordo com Íris Guedes, Carla Cardoso e Cândido Agra (2012, p. 214), a insegurança abrange duas facetas: a insegurança objetiva e a subjetiva. A primeira das faces se encontra no mundo exterior, englobando o crime, a vitimização e os comportamentos desviantes. No segundo sentido, temos uma ressonância subjetiva e intersubjetiva, que se apresenta sob três grandes configurações: o sentimento de insegurança, a preocupação com o crime e o medo do crime. É este sentido, precisamente, que será analisado no presente estudo, com o emprego de método hipotético-dedutivo. Além disso, também será examinado, de forma breve, o impacto que as estratégias preventivistas produzem na configuração dogmática do crime.

Marcus Alan Gomes (2015, p. 93 e 97) trabalha com o medo também enquanto dado cultural. Existem medos difundidos em função das características específicas da era pós-industrial, que emergem a partir dos riscos. Muitas vezes, não terão relação direta com os riscos inerentes à chamada delinquência.

Existe, em função do chamado medo do crime, uma paulatina desagregação social. O individualismo crescente é acentuado pelos isolamentos promovidos por condomínios fechados, *shopping centers* e outros ambientes não frequentáveis pelos que falharam em atender às expectativas sociais em termos de consumo. Como resultado, como tentativa de reduzir as oportunidades de cometimento de crimes, há a consolidação de uma “paranoia social”, em razão da qual o diferente, o indesejado, o sujeito incômodo, deverá ser neutralizado (O’MALLEY, 2017, p. 311).

2. David Garland e o medo do crime: possibilidades de compreensão

David Garland, em sua obra *A Cultura do Controle* (2008), percebe a passagem de um modelo de controle social, centrado no autor do crime, para outra forma de compreensão do delito. Essa forma está no risco do cometimento de delitos. As estonteantes taxas de encarceramento, que afligem tanto a realidade brasileira quanto a norte-americana, teriam como objetivo, justamente, proteger a sociedade de agressões. As perspectivas prevencionistas da criminalidade são revigoradas.

Apesar da necessária cautela em aproximar realidades tão diferentes¹ - as dos países centrais e as dos periféricos-, existem pontos que podem ser pensados em conjunto. Além disso, “a crônica do presente britânico e, especialmente, norte-americano é em ampla medida a crônica do nosso futuro próximo” (NASCIMENTO, 2008, p.30).

Também é preciso pontuar que, apesar das notórias ações nacionais no âmbito da segurança pública nos últimos dez anos, “as ideias de Garland sobre a sociologia da punição e seu diagnóstico da cultura do controle do crime no mundo contemporâneo ainda foram pouco exploradas nos meios acadêmicos.” (SALLA, GAUTO, ALVAREZ, 2017). Várias das tendências apontadas pelo autor também são encontradas no âmbito brasileiro. Podemos citar, além do mencionado crescimento exponencial da população carcerária, a maior severidade na quantidade e qualidade das penas² e a criminalização da miséria (SALLA, GAUTO, ALVAREZ, 2017).

O principal argumento de David Garland explica como o controle do crime é moldado por duas forças sociais fundamentais: o modelo especial de organização social da pós-modernidade e a economia de mercado (2008, p.36). Neste texto, o foco será dirigido especialmente à primeira hipótese e em como ela colabora para a construção social do medo.

¹ Conforme alerta Zaffaroni, “(...) a reprodução das práticas e políticas (e de suas contradições) dos países centrais nas sociedades latino-americanas tem o inconveniente de gerar processos cujos resultados frequentemente são imprevisíveis para nós mesmos, seja porque a transferência de uma política de fora, forjada a partir da conjunção muito específica em cada sociedade de elementos culturais, políticos, históricos, econômicos e sociais para outro ambiente necessariamente gera distorções de proporções ignoradas, seja porque, como nossas sociedades não protagonizam o processo de acumulação originária de capital, não possuem elas estruturas de poder suficientes para controlar as variáveis (níveis de desemprego, controle de preços etc.) que podem interferir decisivamente nas políticas que se pretende importar.” (ZAFFARONI, 2003, p. 22).

² Mesmo em governos de cunho progressista, a tendência de políticas criminais repressivas segue sendo observada no Brasil, conforme a pesquisa de AZEVEDO, Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. *Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma: Elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-neoliberal*. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/19940>> Acesso em: 15 de Mar de 2018.

A emergência do medo do crime, enquanto fenômeno cultural preponderante na opinião pública, revelaria a existência de uma presunção de boa parte do público norte-americano e britânico no sentido de que os índices de criminalidade estão aumentando, mesmo que os dados estatísticos digam o contrário (GARLAND, 2008, p.35).

Existe uma desconfiança generalizada de que o poder público realmente possa realizar algo a respeito daqueles índices de criminalidade. De acordo com Garland: “o crime foi redramatizado. A imagem aceita, própria da época do bem-estar, do delinquente como um sujeito necessitado, desfavorecido, agora desapareceu” (GARLAND, 2008, p.35). A sociedade, cansada de viver com medo, exige medidas enérgicas de punição para protegê-la: “O mote aparente da política é agora mais revolta coletiva e o justo reclamo por retribuição do que um compromisso com a construção de soluções sociais justas”. (GARLAND, 2008, p.35)

Apesar do interessante diagnóstico, Ceretti aponta a falta de alternativas discutidas em *A Cultura do Controle*³. Suas análises, porém, estão demasiadamente centradas no Estado.

De acordo com Vera Guilherme (2015, p.25), a ideia que perpassa o texto de David Garland é a de *governamentalidade*. Mesmo havendo críticas ao Estado e às formas tradicionais de controle da criminalidade, o autor não romperia com a fronteira estatal⁴. O papel do Estado, portanto, ainda é central para o sistema de justiça criminal, mesmo quando são trazidos espaços de participação de setores da sociedade, como as propostas de vigilância comunitária (GUILHERME, 2015, p.25).

Essa ideia, que Foucault chama de *governamentalidade*, é fundamental para discutirmos as possibilidades de um controle não apenas do normativo e do corporal, como também daquele introjetado pelos sujeitos. A governamentalidade é a arte de governar, que passa do corpo à alma, podendo traduzir-se em três noções:

- 1) o conjunto constituído pelas instituições, procedimentos, análises e reflexões, cálculos e táticas que permitem exercer esta forma bastante específica e complexa de poder, que tem por alvo a população, por instrumentos técnicos essenciais os

³ CERETTI, Adolfo. *La cultura del control y el pensamiento de David Garland*, p. 15. Tradução de Vanina Ferreccio. Texto disponibilizado aos alunos do curso de extensão Delito, control y castigo en las sociedades contemporânea - Discutiendo con David Garland, com o Professor Maximo Sozzo. Não publicado.

⁴ Isso fica bastante claro no texto intitulado “Penality and The Penal State”: “A final word of clarification: Nothing I have said in this address is intended to deny that social and cultural forces play a major role in shaping penalty or to inhibit research on these processes. Nor do I wish to discourage the promising work now being done on the relation between structures of political economy and systems of punishment. My concern has been to encourage more attention to the variable structure of state institutions and to the state and legal processes that translate social and economic pressures into specific penal outcomes. It should go without saying—but I will say it anyway—that an integrated state-and-society approach is the theoretical ideal toward which the field should aim.” (GARLAND, 2013, p. 509).

dispositivos de segurança.

2) a tendência que em todo o Ocidente conduziu incessantemente, durante muito tempo, à preeminência deste tipo de poder, que se pode chamar de governo, sobre todos os outros – soberania, disciplina etc. – e levou a desenvolvimento de uma série de aparelhos específicos de governo e de um conjunto de saberes.

3) o resultado do processo através do qual o Estado de justiça da Idade Média, que se tornou nos séculos XV e XVI Estado administrativo, foi pouco a pouco governamentalizado (FOUCAULT, 2012, p.430).

Foi justamente essa saída do Estado de seus domínios formais para os corpos dos cidadãos que permitiu a sobrevivência da abstração estatal. Trata-se de um fenômeno “particularmente astucioso” (FOUCAULT, 2012, p.430). Paulatinamente assimilada pelo corpo social, pode-se dizer que se trata de estratégia “interior e exterior ao Estado” (FOUCAULT, 2012, p.430). Por um lado, promovida por ele; por outro lado, pelos próprios cidadãos, que realizam demandas, cristalizadas através dos direitos, considerados como formas de neutralização do corpo social.

O controle social contemporâneo caracteriza e permeia as relações sociais em sentido amplo. Transcendemos à ideia de isolamento/confinamento das disciplinas do passado, materializadas por instituições como as prisões, hospitais, escolas e as famílias. Hoje, esse controle é caracterizado por ser contínuo e instantâneo, expresso em monitoramentos (PASSETTI, 2017).

A tecnologia do controle é muito mais avançada. Para transcender do corpo à alma, são abandonados os moldes confinantes e adotadas modulações que funcionam como “uma moldagem autodeformante que muda continuamente, a cada instante, ou como uma peneira cujas malhas mudassem de um ponto a outro.” (DELEUZE, 2010, p.225).

Não é possível afirmar que Foucault centrava suas análises unicamente no sentido de o poder atuar exclusivamente como forma de controle e de administração dos corpos individuais (SALLA, GAUTO, ALVAREZ, 2017). Na verdade, o autor francês enfatizava a necessidade de uma “concepção multidimensional do poder e pôs em relevo as práticas de subjetivação como indissociáveis da temática mais vulgarizada sobre a relação poder-saber.” (SALLA, GAUTO, ALVAREZ, 2017).

Uma outra leitura acerca da governamentalidade é proposta por Jonathan Simon (2007, p.75). Neste autor, há preocupação acerca de como o medo pode operar novas governamentalizações.

O autor cita questões importantes e comparáveis à realidade brasileira, como a expansão das atribuições do Ministério Público, a redescoberta da vítima, o encarceramento em massa, a incidência penal às relações (de violência) domésticas. A governamentalidade, assim, é um problema a ser assumido no enfrentamento ao crime (GUILHERME, 2015, p.26).

Portanto, a leitura de Foucault representa um problema na obra de David Garland. Não apenas por situar aquele pensador como incrustado em um pensamento disciplinar, algo desmentido por sua visão de governamentalidade, como também por se limitar a descrever as falácias acerca dos objetivos do sistema penal e seus fracassos e não enfrentar os resultados por ele produzidos (GUILHERME, 2015, p.26). A prisão, nesse sentido, por mais que apresente um fracasso em termos de seus objetivos declarados, representa um sucesso por conter expressivo contingente de pessoas nas realidades latino e norte-americanas e, apesar de todo criticismo em relação a ela, seguir seu curso de aniquilação de projetos de vida e distribuição de dores.

3. Contextualizando o medo do crime no Brasil

No Brasil, também vivemos a chamada era do *grande encarceramento* (ABRAMOVAY, BATISTA, 2010; BATISTA, 2011, p.27), época paradoxal por natureza. Se, por um lado, temos presídios invariavelmente lotados e em condições intoleráveis, por outro, existe um sentimento social generalizado relativamente a demandas punitivas: penas mais duras e construção de novos estabelecimentos prisionais. A esses movimentos, inspirados por teorias identificadas com ideias de defesa social (notadamente o ‘direito penal do inimigo’⁵ e a ‘tolerância zero’), tem-se dado o nome de *punitivismo* (PINTO, 2008, p.250). Mesmo que, teoricamente, sejam difíceis de sustentar, essas concepções político-criminais encontram espaço no senso comum, indo e vindo como o movimento de um pêndulo (CHRISTIE, 2016, p.71).

O referido quadro é fomentado pela transição de um chamado Estado de bem-estar social para um Estado policial, ou seja: pela “passagem do modelo de comunidade includente do ‘Estado Social’ para um Estado excludente, ‘penal’, voltado para a ‘justiça criminal’ ou para

⁵ JAKOBS defende a necessidade da divisão do direito penal em duas vertentes antagônicas: uma delas de inspiração iluminista, destinada aos cidadãos; e outra de exceção, destinada aos inimigos (JAKOBS, CANCIO MELIÁ, 2010).

o ‘controle do crime’” (BAUMAN, 2005, p.86). Dentro do paradigma neoliberal, o sistema penal torna-se “o território sagrado da nova ordem socioeconômica” (BATISTA, 2011, p.100)⁶.

Isso se agrava em países como o nosso, nos quais a desigualdade ainda constitui gravíssimo problema estrutural⁷. Dessa forma, as prisões acabam por se constituir em grandes depósitos onde os excluídos (PASTANA, 2009, p.316-317) socialmente são abrigados.

BAUMAN, ao descrever a prisão⁸ como o lugar (naturalizado) do refúgio humano, diz:

as prisões, como tantas outras instituições sociais, passaram da tarefa de reciclagem para a de depósito de lixo. Foram realocadas para a linha de frente a fim de resolver a crise que atingiu a indústria da remoção do lixo, em consequência do triunfo global da modernidade e da nova plenitude do planeta. Todo lixo é em potencial venenoso – ou pelo menos, definido como lixo, está destinado a ser contagioso e perturbador da ordem adequada das coisas. Se reciclar não é mais lucrativo, e suas chances (ao menos no ambiente atual) não são mais realistas, a maneira certa de lidar com o lixo é acelerar a ‘biodegradação’ e decomposição, ao mesmo tempo isolando-o, do modo mais seguro possível, do hábitat humano comum (2005, p.108; WACQUANT, 2003, p. 21).

Produto e ao mesmo tempo combustível da lógica punitivista será a cultura do medo⁹. Existe um sentimento generalizado de vitimização reproduzido a partir de um maniqueísmo

⁶ De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2017, os 10% da população com os maiores rendimentos detinham 43,3% da massa de rendimentos do país, enquanto a parcela dos 10% com os menores rendimentos detinha 0,7% desta massa. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *PNADC - Rendimento de Fontes de 2017*. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/b6f25fb63f27603b35add8910785a93f.xls Acesso em: 15 de março de 2018.

⁷ WACQUANT trabalha com a ideia de que as lógicas de mercado são especialmente funestas em contextos de democracias recentes, também nosso caso: ““No entanto, e sobretudo, a penalidade neoliberal ainda é mais sedutora e mais funesta quando aplicada em países ao mesmo tempo atingidos por fortes desigualdades de condições e de oportunidades de vida e desprovidos de tradição democrática e de instituições capazes de amortecer os choques causados pela mutação do trabalho e do indivíduo no limiar do novo século” (WACQUANT, 2001, p. 7).

⁸ GOFFMAN identifica como um dos efeitos mais perversos da prisão o que resulta em um processo de desculturamento do preso: “O desculturamento tem início quando o preso começa a cumprir sua pena na prisão. Nesse momento, ocorre simbolicamente um fim e um início. O fim é composto pela perda de propriedade, na qual o preso é desempossado de seus pertences, e sabe-se que as pessoas nutrem sentimentos do eu àquilo que possuem. No entanto, certamente, a perda mais expressiva não está associada à posse de bens materiais, mas a algo de grande relevância: nosso nome. Por isso, possivelmente a destituição mais significativa não é ser destituído de objetos materiais, mas sim perder o próprio nome, pois ‘a perda de nosso nome é uma grande mutilação do eu’ (GOFFMAN, 2005, p. 27).

⁹ Utilizamos aqui o medo nos termos trabalhados por Débora Pastana: “Entendemos o medo, neste estudo, como uma forma de exteriorização cultural, principalmente se levarmos em conta as transformações que ele desencadeia. (...) há uma mudança no comportamento do indivíduo em casa e na rua, um cuidado maior com os bens (consumo de apólices de seguro, por exemplo), a produção e o consumo dos mais variados produtos de segurança privada (alarmes, vidro blindado e aulas de defesa pessoal, por exemplo), uma desconfiança generalizada entre os indivíduos” (PASTANA, 2003, p. 92; BAUMAN, 2005, p. 65-66).

social segundo o qual “os bons se transformam em vítimas indefesas dos maus, incluído, nesta última categoria os supostos responsáveis pela segurança de todos. Daí as expressões: impunidade, ineficácia das normas e do judiciário. A sociedade sente-se vítima do bandido e do Estado incompetente ou pouco opressor” (PASTANA, 2003, p.108-109).

As celas das prisões, enquanto isto, de acordo com Jonathan Simon (2007, p.76), são a pura expressão da aprovação social de proteção às vítimas e potenciais vítimas de crimes. Especialmente porque as prisões prometem produzir um efeito de segurança generalizado a toda a sociedade.

Como resultado, o discurso político-criminal alarmista (ROSA, SILVEIRA FILHO, 2009, p.7) tentará responder ao medo. O conteúdo dessa resposta é tautológico: mais medo imposto (oficial) (BAUMAN, 2005, p.65), via de regra, contra “os de sempre” (ANDRADE, 2003, p.50).

A cultura do medo produz um sentimento de desconfiança universal e tem reflexos, inclusive, para a prova penal, especialmente no tocante à testemunha:

A confiança é substituída pela suspeita universal. Presume-se que todos os vínculos sejam precários, duvidosos, semelhantes a armadilhas e emboscadas – até prova em contrário. Mas, na ausência de confiança, a própria ideia de ‘prova’, para não falar de prova segura e final, está longe de ser clara e convincente. Como seria uma prova fidedigna, confiável de verdade? Você não a reconheceria se a visse. Mesmo se olhasse no rosto, não acreditaria que ela fosse o que afirmava ser. A aceitação da prova, portando, deve ser adiada de modo indefinido. Os esforços para estabelecer e estreitar os vínculos alinham uma sequência infinita de experimentos. Sendo experimentais, aceitos ‘na base da tentativa’ e eternamente testados, sempre um provisório ‘vamos esperar para ver como funcionam’, não é provável que as alianças, compromissos e vínculos humanos se solidifiquem o suficiente para serem proclamados confiáveis de maneira verdadeira e integral. Nascidos da suspeita, geram suspeita (BAUMAN, 2005, p.115).

Suspeitas se projetam em privações, especialmente da liberdade. Sintoma deste contexto é a população prisional brasileira. Nos últimos onze anos, o Brasil dobrou o seu número de presos. Hoje, estima-se que tenhamos aproximadamente 726.000 (setecentos e vinte e seis mil) presos¹⁰. Apesar dos dados terem sido divulgados no final de 2017, eles se referem

¹⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Os Números da Justiça Criminal no Brasil*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf>> Acesso 10 de Abril de 2018.

a junho de 2016. O número apenas cresce. Ainda que existam medidas político-criminais com fins declarados de desencarceramento, as consequências práticas de sua aplicação são bastante tímidas. Isto porque as subjetividades em certas categorias-chave (como o requisito da “ordem pública” em sede de prisão cautelar e as circunstâncias judiciais de cunho pessoal, indicadas no artigo 59 do Código Penal) tornam facilmente reversíveis os objetivos originais.

Além disso, há mais pessoas cumprindo penas alternativas do que privativas de liberdade. As promessas de redução do número de pessoas presas, ao realizar o emprego de medidas alternativas, não se realizaram (DORNELLES, 2018). Pelo contrário. É possível entender que apenas houve a ampliação do escopo de controle do Estado em relação a condutas não resolvidas judicialmente no passado. É o caso, por exemplo, das infrações de menor potencial ofensivo (art.61, Lei 9.099/95).

4. Superando (?) o medo do crime

Dentro de contextos como o brasileiro, é possível transcender ao medo do crime? Não apenas os dados de encarceramento demonstram um constante aumento do controle penal como, por outro lado, a população recorrentemente se socorre do sistema penal para resolver os seus conflitos.

Desde muito assinamos (?) um acordo fictício. Entregamos parte de nossa liberdade em troca de segurança. O chamado contrato social ainda é, com as naturais transmutações do tempo, uma das bases artificiais do convívio em sociedade. Talvez sua principal justificação tenha sido o medo do outro, do estado de natureza do qual jamais (?) sairíamos não fosse graças ao Estado.

Vivenciamos uma época onde as demandas punitivas são cada vez mais ampliadas e sofisticadas. Não apenas através dos atores políticos que historicamente proporcionaram a ampliação dos espaços de criminalização, como também dos chamados *gestores atípicos da moral*¹¹.

Por certo, colaboram para o incremento da chamada cultura do medo a complexidade, a indeterminação, a velocidade e a aceleração que caracterizam nossa época. Fenômenos emergentes como o *terrorismo* também auxiliam na proliferação das inseguranças, movimento que os governantes sabem cooptar muitíssimo bem (CASTELO BRANCO, 2013).

¹¹ Aqui se encontram grupos que, normalmente, não se socorriam ao poder estatal para o atendimento de seus conclames, justamente por serem marginalizados. (SILVA-SANCHEZ, 2012, p. 46). Acerca dos fluxos da esquerda punitiva, recomenda-se a leitura dos seguintes textos: KARAM, 2018; PASSOS, 2018.

Com a necessidade do Estado punitivo introjetada pelos cidadãos, através das citadas governamentalidades, seus representantes passam a “governar através do crime” (SIMON, 2007). As disciplinas dos séculos passados passam a sofrer transformações para dar conta da realidade complexa. Disso resultarão os disseminados dispositivos de controle para a nossa segurança.

O medo é o combustível dessa lógica, “uma forma de exteriorização cultural” (PASTANA, 2003, p.91), que funciona como uma “fonte rápida de consenso” (FERRAJOLI, 2013, p.57). Discutir questões político-criminais, nesse contexto, torna-se supérfluo. Importante será a eleição de pautas criminalizantes e a urgente necessidade de inocuizar quem nos faz sentir medo: o inimigo. *E não sabemos o que significa ser inimigo até nos tornarmos um.*

Todos somos, em maior ou menor medida, alimentados pela cultura do medo. Também seremos nós, portanto, agentes a (re)legitimar a punição enquanto busca por (alguma) segurança. Não podemos esquecer que somos o sistema penal (ANDRADE, 2012, p.134 e 357).

Porém, talvez a mais difícil consequência do domínio do medo é esquecermos de interrogar: por que não algo *melhor* do que o Direito Penal? (RADBRUCH, 2010). Antes que um cético nos roube o direito de sonhar, saibamos que as utopias não são falácias. *Muitas utopias foram a semente de projetos sociais que se realizaram* (MATHIESEN, 2018; CIAFARDINI, BONDANZA, 1989, p. 3).

O drástico quadro hobbesiano que se imagina como única consequência possível de nossa sociedade punitivista arrasa com qualquer possibilidade de repensarmos o sistema penal e extermina com todo tipo de questionamento acerca da atual realidade, estruturada sobre a base da relação simbólica culpa-castigo (CIAFARDINI, BONDANZA, 1989, p. 3).

5. Estratégias preventivistas e configuração dogmática do crime

Quando refletimos sobre o exercício do poder punitivo no século XXI e as categorias dogmáticas elaboradas para sua contenção, constatamos que as velhas feições de um Direito Penal autoritário continuam muito presentes. E novos institutos são construídos sobre as mesmas bases seletivas de sempre, mas com um discurso cuidadosamente articulado para passar uma imagem diversa. A prevenção surge, assim, como um dos principais argumentos empregados para permitir uma sorrateira ampliação das teias do poder punitivo. Contudo, para que o objetivo de expansão deste último seja efetivamente alcançado, é preciso, por um lado, que a prevenção atue a partir da própria construção da noção de responsabilidade penal e que, por outro, seja apresentada como uma estratégia de limitação da imposição da pena.

É muito complexo estabelecer limites restritivos ao poder punitivo a partir da ideia de prevenção (geral ou especial), pois esta é assimilada, por parte de quem realiza sua valoração em concreto, com noções muito próximas a um direito penal de autor ou a uma culpabilidade pela conduta de vida ou pelo caráter. Como adverte Zaffaroni, a pena não cumpre nenhuma das funções preventivas que lhe são atribuídas nem pode cumpri-las (1999, p.63).

Ainda no século XXI nos encontramos, portanto, em uma encruzilhada: deslegitimar o exercício do poder punitivo, por um lado, ou, por outro, reconhecer/justificar seu exercício a partir de determinados limites, muitos deles falsos ou ilusórios. Nessa perspectiva, a categoria da culpabilidade é um espaço de acentuada importância, pois é a partir de seu significado e das conexões que, com ou sem ela, são estabelecidas com os fins atribuídos à pena que a atuação (i) legítima do poder punitivo se articula.

São díspares as posições doutrinárias em torno da noção da culpabilidade (SCHÜNEMANN, 1991, p.147 e ss). Aparentemente, a periculosidade criminal foi descartada como fundamento da pena, embora subsistam institutos/conceitos que a evocam claramente (v.g. reincidência, personalidade, antecedentes). Logo, na atualidade, a lei situa a medida da pena na medida da culpabilidade. As controvérsias, contudo, começam com a compreensão dessa noção de culpabilidade: se seria a culpabilidade como limite máximo da pena a mesma culpabilidade do conceito de delito; se seria uma culpabilidade como medida da pena, distinta da culpabilidade do delito; se a culpabilidade atuaria apenas como limite da pena (e não como fundamento desta); ou se a culpabilidade deveria ser eliminada e substituída por outros (s) elemento (s). As divergências doutrinárias sobre a pena e suas funções também repercutem sobre a polêmica em torno do conceito de culpabilidade, especialmente quando esta é reconhecida, majoritariamente, como a medida máxima da pena.

O fundamento material da culpabilidade deixou de ser a personalidade/conduita de vida/condução de vida do autor e sua elaboração se deu, notadamente nas últimas décadas, em torno da liberdade de escolha. Essa construção recebe uma série de críticas, sendo a mais recorrente a impossibilidade de comprovação empírica da liberdade de autodeterminação. Em resposta a essa crítica, aproximou-se esse fundamento de uma questão moral ou metafísica (conceito filosófico). Todavia, como estabelecer um limite à medida da pena ou uniformizar as valorações correspondentes à medida da culpabilidade a partir de um conceito filosófico? Na determinação da pena, a teoria do marco da culpabilidade (*Spielraumtheorie*) ocultaria puras considerações preventivas, pois, “na medida em que se situe a culpabilidade como limite e seja arbitrário o manejo que se faça da culpabilidade, o que fica é claro que são meras considerações

preventivas formalmente amparadas por um conceito vago, por uma ‘não garantia’, por um ‘não limite’” (ZAFFARONI, 1999, p.60).

A indeterminação é o traço característico da prevenção geral e da prevenção especial. E, com frequência, são essas considerações preventivas, relacionadas aos fins declarados da pena, que buscam oferecer o fundamento para sua imposição, sejam como aliadas da culpabilidade, sejam como integrantes da mesma ou como conceito substitutivo da própria categoria da culpabilidade.

Do ponto de vista da prevenção geral negativa, com vistas a evitar as incertezas que um conceito filosófico de liberdade acarreta, normativiza-se o próprio conteúdo da culpabilidade – e não apenas a culpabilidade. Não é preciso saber se o homem é livre ou responsável, pois existiria uma liberdade *penal* construída sobre a base de um homem *normal*, elaborada a partir das exigências de prevenção geral (ZAFFARONI, 1999, p.60). Tal normativização do conteúdo da culpabilidade pela prevenção geral enfrenta as mesmas objeções que podem ser formuladas à prevenção geral, a saber: “não se sabe se existe e, caso exista, ninguém pode medir sua magnitude, ou seja, trabalhando sobre um conceito com conteúdo normativizado (uma criação jurídica, que seria a própria prevenção geral) gradua-se a pena mediante outro conceito normativizado (que seria a culpabilidade) e, por fim, como nenhum criminólogo está em condições de dizer qual é a pena adequada para a prevenção geral, esta seria a que o juiz entendesse adequada” (ZAFFARONI, 1999, p.61). Há, portanto, instrumentalização do ser humano para atingir fins que obedecem a um determinado contexto social altamente mutável e que, em todo caso, estão dissociados da conduta típica e ilícita realizada pelo autor e da lesão/perigo de lesão ao bem jurídico.

Além da crítica que pode ser dirigida à substituição da culpabilidade pela prevenção geral, é preciso refletir sobre a sua supressão como fundamento da pena. Ante a impossibilidade de comprovação empírica do poder agir de outro modo e a necessidade de superação da culpabilidade como juízo de censura ou reprovação pessoal pela prática do injusto, postula-se o abandono da própria noção de culpabilidade como fundamento da pena. Esta cumpriria apenas uma função político-criminal de limitação da medida da pena, que não poderia ser superior à culpabilidade. Entretanto, o abandono da culpabilidade como fundamento da pena significa dizer que a resposta punitiva perde uma referência pessoal importante. A pena será proporcional à gravidade do *injusto*, não à magnitude do injusto *culpável*. Se essa perda da referência pessoal significa, por uma parte, uma forma de evitar que o autor seja o centro do conflito (bode-expiatório), retirando a atenção do campo da interação social (HASSEMER, 2008, p.287 e ss.), por outro lado, conforme adverte Zaffaroni, “uma substituição da culpabilidade por uma

‘proporcionalidade’ com alguns caracteres subjetivos e objetivos do delito, não eliminaria a realidade do ‘bode expiatório’ no plano social, mas só se limitaria a ignorá-la no plano jurídico, o que, certamente, não resolve o problema do valor deslegitimante que a teoria do ‘bode expiatório’ tem sobre o discurso jurídico-penal” (ZAFFARONI, 1999, p.62).

A culpabilidade é substituída por uma ideia de proporcionalidade, que também carece de maior precisão e que não logra esquivar-se das críticas endereçadas à culpabilidade como categoria legitimadora/fundamentadora do poder punitivo. E isso porque, no bojo do injusto penal, subsistem elementos normativos/valorativos e poucos dados subjetivos (o próprio dolo assume um conteúdo basicamente normativo), o que favorece a manipulação do conceito para atingir os mesmos fins de legitimação da intervenção penal. Ou seja, suprime-se a culpabilidade, mas essa substituição não assegura um fundamento sólido para a imposição da pena, que continua a ser consequência da realização de um juízo normativo.

A culpabilidade é um juízo normativo que possui bases *reais*, sejam estas empiricamente comprováveis ou não. Se alguns de seus elementos são sujeitos a um exame concreto – por parte das ciências psi, por exemplo -, como a capacidade de culpabilidade/de motivação pela norma, outros, como a possibilidade de conduzir a conduta conforme os comandos normativos, podem ser construídos a partir do plano jurídico-constitucional e político. Isso não significa que sejam meras ficções. Nesse sentido, a liberdade e a responsabilidade do homem não correspondem a uma ficção (GRIFFEL, 1986, p.31), e sim a uma *realidade*¹².

O conceito de culpabilidade fundado em exigências puramente preventivas perde seu conteúdo e qualquer possibilidade de impor limites ao poder punitivo. Por outro lado, extirpar as exigências preventivas não significa automaticamente que o conceito normativo de culpabilidade consiga racionalizar ou limitar a intervenção penal. Essa intervenção continua a ser manifestação do poder do Estado. O que a dogmática pretende fazer, nesse sentido, é procurar racionalizar essa intervenção em alguma medida.

A resposta punitiva, embora fundada no fato, não pode se afastar do homem como pessoa e dos dados da realidade. A culpabilidade deve ser culpabilidade pelo *fato*, e não como

¹² “É algo bastante grave considerar que a dignidade do homem, consagrada nas constituições e nos documentos universais e regionais de Direitos Humanos se assenta em uma ficção e não na vivência de responsabilidade real e efetiva. A diferença entre um totalitarismo e uma democracia ficaria reduzida a uma escolha, que no primeiro rechaçaria e na segunda aceitaria um mero princípio jurídico regulativo. A própria jurisprudência alemã parece afirmar a realidade do conteúdo da culpabilidade, ao considerar que a pena perpétua não era adequada a ela em hipótese alguma de assassinato e, com razão, perguntou-se se o legislador pode ser tão onipotente a ponto de decidir apoiar-se em um sentimento – o que, definitivamente, seria um erro – para considerar justa a imposição de uma pena” (ZAFFARONI, 1999, p.62).

culpabilidade de autor. O abandono formal da periculosidade, porém, não significa que não persistam no ordenamento jurídico institutos que indicam a permanência de traços de um Direito penal de autor, chancelado pela jurisprudência (v.g, a agravante da reincidência¹³). A culpabilidade integra o juízo de responsabilidade penal pelo fato, porque somente ela permite cofundamentar, ao lado do injusto, a intervenção punitiva, bem como delimitá-la. Esses limites, porém, não são claros e estão em permanente construção e a responsabilização é, em todo caso, seletiva. A culpabilidade pelo fato atua, portanto, como “um limite à irracionalidade”, ou seja, “as penas graduadas conforme ela, continuarão sendo irracionais, embora muito menos irracionais que as graduadas conforme o direito penal autoritário” (ZAFFARONI, 1999, p.66). E oferece um fundamento a essa irracionalidade na medida em que, sem culpabilidade, não pode haver resposta punitiva alguma.

O sistema normativo como um todo é expressão do poder estatal. Esse sistema vincula a conduta dos destinatários dos comandos normativos, mas alguns não podem ser concretamente responsabilizados pela infração normativa/realização do injusto penal. No juízo de culpabilidade, será possível afastar a responsabilidade pela realização do injusto quando ausentes seus elementos constitutivos ou quando fragilizada sua base material. E essa fundamentação material não pode ser analisada exclusivamente do ponto de vista filosófico, mas compreendida em um sentido mais amplo, a partir de saberes que contextualizem a conduta humana de forma plena (do ponto de vista individual, social, político, econômico).

Em resumo, “não é a pessoa que tem que demonstrar que não estava em condições de cumprir a norma, mas o Estado que tem que demonstrar que dessa pessoa concreta era possível exigir um comportamento conforme a norma” (HORMAZÁBAL MALARÉE, 2005, p.173).

6. Conclusão

Em sua obra *A Cultura do Controle*, David Garland percebe a passagem de um modelo de controle social centrado no autor da conduta delitiva para outra forma de compreensão do delito. Essa forma está no risco do cometimento de delitos. As estonteantes taxas de encarceramento, que afligem tanto a realidade brasileira quanto a norte-americana, teriam como objetivo revigorar as estratégias de prevenção do crime. É possível, conforme analisado no presente estudo, aproximar contextos distintos, em razão de alguns importantes pontos de contato.

¹³ STF, Pleno, RE 453.000/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, DJ 03-10-2013.

Garland explica como o controle do crime é moldado por duas forças sociais fundamentais, a saber, o modelo especial de organização social da pós-modernidade e a economia de mercado. Segundo a primeira dessas forças, discutida no texto, a construção do medo é impulsionada pelo próprio Estado, a partir de uma forte pressão social por medidas enérgicas de punição para a proteção da sociedade.

A ideia que perpassa o texto de David Garland é a de *governamentalidade*, no sentido de Foucault, entendida como uma estratégia de governar a partir das expectativas do cidadão de que o Estado pode encaminhar todos os problemas da vida. Garland não rompe totalmente com a fronteira estatal. O papel do Estado, portanto, ainda é central para o sistema de justiça criminal, mesmo quando são trazidos espaços de participação de setores da sociedade. A leitura de Foucault representa um problema na obra de David Garland, não apenas por situar aquele pensador como incrustado em um pensamento disciplinar, como também por mostrar que Garland não transcende a noção de governamentalidade.

No Brasil, onde também se constata o fenômeno do encarceramento em massa, as penitenciárias representam o lugar dos socialmente excluídos. Paradoxalmente, a sociedade reclama por mais punição.

O discurso político-criminal alarmista (tolerância zero, luta contra o inimigo) tentará responder ao medo. O conteúdo dessa resposta é tautológico: mais medo imposto (oficial), via de regra, contra os socialmente excluídos.

A cultura do medo produz um sentimento de desconfiança universal e, no campo da dogmática penal, as exigências de prevenção (geral/especial) buscam um espaço de atuação a partir da própria construção do conceito de crime. Nesse sentido, procura-se uma categoria (responsabilidade, culpabilidade) para abrigar a prevenção. O discurso doutrinário é de limitação dos espaços de criminalização, mas, concretamente, o ingresso das exigências preventivistas no campo de construção (dogmática) do crime favorece a discricionariedade judicial.

O conceito de culpabilidade fundado em exigências puramente preventivas perde seu conteúdo e qualquer possibilidade de impor limites ao poder punitivo. Por outro lado, a culpabilidade como categoria, ainda que dissociada da prevenção, procura apenas racionalizar a intervenção punitiva, mas essa continua a ser uma manifestação de poder estatal.

7. Referências bibliográficas

ABRAMOVAY, Pedro Vieira (Org.); BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas Mãos da Criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANDRADE, Verga Regina Pereira de. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

AZEVEDO, Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. *Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma: Elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-neoliberal*. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/19940>> Acesso em: 15 de Mar de 2018.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Vidas Desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

CERETTI, Adolfo. *La cultura del control y el pensamiento de David Garland*. Tradução de Vanina Ferreccio. Texto disponibilizado aos alunos do curso de extensão Delito, control y castigo en las sociedades contemporâneas - Discutiendo con David Garland, com o Professor Maximo Sozzo. Não publicado.

CHRISTIE, Nils. *Limites à Dor: O Papel da Punição na Política Criminal*. Tradução de Gustavo Noronha de Ávila, Bruno Silveira Rigon e Isabela Alves. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

CIAFARDINI, Mariano Alberto; BONDANZA, Mirta LÍlian. Prólogo. In: CIAFARDINI, Mariano Alberto (Org.); BONDANZA, Mirta LÍlian (Org.). *Abolicionismo Penal*. Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 3-4.

CHRISTIE, Nils. *Los Limites del Dolor*. Trad. De Mariluz Caso. Cidade do México: Fundo de Cultura Econômica, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Os Números da Justiça Criminal no Brasil*.

Disponível em: <

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf>> Acesso 10 de Abril de 2018.

DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Tradução de Peter Pál Perbat. 2ª edição. São Paulo: Editora 34, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. El Populismo Penal en La Sociedad del Miedo. In: ZAFFARONI, E. Raul; FERRAJOLI, Luigi; TORRES, Sergio G.; BASILICO, Ricardo A. *La Emergencia del Miedo*. Buenos Aires: Ediar, 2013, p. 57.

FOUCAULT, Michel. *A Microfísica do Poder*. Tradução de Roberto Machado. 25ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2012.

GARLAND, David. *A Cultura do Controle – Crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GARLAND, David. Penalty and the Penal State. In: *Criminology*, Volume 51, Number 3, 2013, pp. 475-516.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

GOMES, Marcus Alan. *Mídia e Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

GRIFFEL, Anton. Prävention und Schuldstrafe. Zum Problem der Willensfreiheit. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1986, v.98, p.28-43.

GUEDES, Inês Souza; CARDOSO, Carla; AGRA, Cândido da. Medo do Crime: Revisão Conceptual e Metodológica. In: AGRA, Cândido da (Org.). *A Criminologia: Um Arquipélago Interdisciplinar*. Porto: Universidade do Porto, 2012.

GUILHERME, Vera M. *O Presídio Central de Porto Alegre pelo Olhar de Fora*. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: PUCRS, 2015.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma nova política criminal. In: HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política*. Trad. Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad. *Revista de Derecho*, 2005, v. XVII, n.2, p.167-185, dic./2005.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *PNADC - Rendimento de Fontes de 2017*. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/b6f25fb63f27603b35add8910785a93f.xls Acesso em: 15 de março de 2018.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

KARAM, Maria Lúcia. A Esquerda Punitiva. Disponível em: <https://we.riseup.net/assets/369699/74572563-Maria-Lucia-Karam-A-esquerda-punitiva.pdf> Acesso em 15 de março de 2018.

MATHIESEN, Thomas. *A Caminho do Século XXI - abolição, um sonho impossível?* Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/viewFile/4964/3512> Acesso em 15 de março de 2018.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; FILHO, Sylvio Lourenço da Silveira. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NASCIMENTO, André. *Apresentação do Tradutor*. In: GARLAND, David. *A Cultura do Controle – Crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 7-30.

O'MALLEY, Pat. Crime e Risco. In: CARLEN, Pat (Org.); FRANÇA, Leandro Ayes (Org.). *Criminologias Alternativas*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017.

PASSETTI, Edson. *Transformações da biopolítica e emergência da ecopolítica*. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/ecopolitica/article/view/15120>> Acesso em 10 de maio de 2017.

PASSOS, Aline. Criminalização das Opressões: a que estamos sendo levados a servir? Disponível em: <https://reveronline.com/2014/01/23/criminalizacao-das-opressoes-a-que-estamos-sendo-levados-a-servir/> Acesso em 15 de março de 2018.

PASTANA, Débora Regina. *Cultura do Medo: Reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

PASTANA, Debora Regina. Estado punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Revista dos Tribunais: São Paulo, n. 77, mar./abr. 2009, pp.316-337.

PINTO, Nalayne Mendonça. Recrudescimento penal no Brasil: Simbolismo e punitivismo. In: MISSE, Michel (Org.). *Acusados e acusadores: estudos sobre ofensas, acusações e incriminações*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 250-267.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SALLA, Fernando; GAUTO, Maitê; ALVAREZ, Marcos César. *A Contribuição de David Garland: a sociologia da punição*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v18n1/30020.pdf>> Acesso em 10 de maio de 2017.

SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones*

fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50. aniversario. Trad. Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991, p.147-178.

SIMON, Jonathan. *Governing Through Crime.* New York: Oxford University Press, 2007.

SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal.* 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología – aproximación desde un margen.* Bogotá: Temis, 2003.

_____. La culpabilidad en el siglo XXI. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 28, p. 56-71, out./dez. 1999.

O ACORDO DE LENIÊNCIA COMO MECANISMO LEGAL PARA O EFETIVO COMBATE À CORRUPÇÃO

Luiz do Nascimento Guedes Neto

Centro Universitário de João Pessoa – Unipê

Rômulo Rhemo Palitot Braga

Centro Universitário de João Pessoa – Unipê

Resumo

O presente artigo objetiva estudar o Acordo de Leniência, nas modalidades trazidas pela Lei 12.846/2013, como mecanismo para combater a corrupção, a qual tem se deflagrado cada vez mais ao longo dos anos no Brasil, impulsionando assim o desenvolvimento nacional, uma vez que o percentual de baixa no PIB chega a 2%, brecando o desenvolvimento econômico e social. Sendo assim, apesar das falhas observadas nas modalidades de acordo de leniência trazidas pela Lei Anticorrupção, seus resultados são expressivos e positivos no âmbito da administração pública. A técnica utilizada é a bibliográfica, a partir do método histórico-evolutivo e do método dedutivo.

Palavras-chave: Lei Anticorrupção, Corrupção, Acordo de Leniência.

Abstract/Resumen/Résumé

The present article aims to study the leniency agreement, in the modalities brought by law 12.846/2013 as legal mechanism for the effective fight against corruption, which has become more and more in Brazil, boosting national development, since the percentage of low in the PIB arrives to 2%, crumbling the economic and social development. Despite the failures observed in the modalities of leniency agreement brought by the Anti-Corruption Law, with results expressive and positive in the scope of public administration.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Anti-corruption law, Corruption, Leniency Agreement.

1. Introdução

No contexto atual do Brasil, sabe-se que o termo *corrupção* tem sido amplamente utilizado para ensejar debates, no que se refere à utilização desonesta de recursos financeiros, em especial no campo da política e do poderio econômico de grandes empresas. *Corrupção* pode ser designada para conotar diversos fenômenos, desde a deterioração ou adulteração das características originais de algo, passando por ações cotidianas consideradas desonestas, até as mais pútridas condutas humanas, capazes de utilizar dinheiro e serviços em favor de benefícios próprios e em desfavor de terceiros e da sociedade em geral.

O conceito a ser abordado no presente artigo consiste no conceito jurídico, compatível com a conotação pública do fenômeno, isto é, com a realidade de uma estrutura estatal infestada de ações que desviam o dinheiro público, destinado, originalmente, ao benefício e progresso de toda a coletividade social. Os efeitos do fenômeno da corrupção são, notadamente, devastadores para uma sociedade.

Em Heinen (2015, p. 16) tem-se a estimativa de que as perdas sofridas pela administração pública, em decorrência da corrupção, chegam a dois por cento do Produto Interno Bruto (PIB), o que demonstra incapacidade de desenvolvimento nacional absoluto. Não obstante, a pobreza e as falhas no funcionamento da administração pública não decorrerem unicamente da corrupção e pode-se entender que, além de uma das causas, a corrupção é ainda efeito e consequência da injustiça (MOREL, 2012, p.13).

A sociedade brasileira, desta forma, de algum modo compartilha do sentimento de que todos perdem quando alguém pratica a corrupção, uma vez que o próprio senso de cidadania é contrariado quando a conduta humana se volta contra a manutenção de uma sociedade justa e solidária. O próprio fluir da atividade econômica do país encontra-se, por vezes, embargado, diante de lavagens e desvios de dinheiro público. Sendo a cidadania e a dignidade da pessoa humana princípios fundamentais da República Federativa, e tendo esta última, como objetivos fundamentais, a garantia do desenvolvimento nacional, e a redução das desigualdades sociais, tem-se, de forma clara, que a corrupção constitui uma prática que se contrapõe à própria essência da Constituição Federal e de suas diretrizes.

De acordo com o site do Ministério Público Federal, 26 mil investigações diretas envolvendo fatos de corrupção estiveram em andamento somente no ano de 2015, sendo que, até o mês de outubro, foram ajuizadas 1.229 ações de improbidade administrativa e 901 ações penais envolvendo casos de corrupção.

De acordo com dados do relatório da FIESP: “Corrupção: custos econômicos e propostas de combate”, publicado no ano de 2010, o dinheiro desviado do país por atos de corrupção equivaleriam a absurdos 2,3% de toda riqueza gerada no país, o que implica num montante de 144 bilhões de reais. Ainda segundo a Organização das Nações Unidas (ONU) e o Fórum Econômico Mundial, a corrupção custa ao mundo 5% de seu Produto Interno Bruto (PIB). Isto quer dizer que, aplicando o mesmo percentual ao PIB brasileiro do ano de 2016 (6,266 trilhões de reais), chega-se ao alarmante montante de 313 bilhões de reais desviados por atos de corrupção.

Diante de tamanha incoerência existente na Administração Pública e nas diretrizes da ordem Privada do Estado brasileiro, o Direito se vê, por vezes, impotente quanto à necessidade de sancionar as condutas dotadas de explícita antijuridicidade. Nessa perspectiva, surge o Acordo de Leniência como uma forma de auxiliar eficazmente o combate à corrupção, através da busca por minimizar e reparar, utilitariamente, os danos ocasionados pela mesma.

Sendo assim, o presente artigo busca esclarecer as diretrizes da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), analisando as principais propostas e mecanismos nela positivados, passando para as considerações acerca do Acordo de Leniência, seus efeitos penais e civis, seus benefícios para o combate à corrupção e, conseqüentemente, o desenvolvimento nacional, através de pesquisa bibliográfica, utilizando ainda base de dados disponibilizada pelo Governo Federal.

2. Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/2013 e Decreto nº 8.420/2015 LE

O panorama político brasileiro distorce da essência democrática originária, experimentando uma inversão de valores no que concerne, sobretudo, a condutas probas no seio da administração pública. Não cabe para o nosso enfoque tratar aqui da verdadeira democracia trazida por Marx, porquanto, aborda-se no presente artigo, da ideia democrática implantada pela Constituição Federal de 1988, com igualdade de direitos e deveres e representatividade do povo acerca dos direitos e interesses coletivos.

Ademais, a inversão dos valores democráticos no cerne atual acaba por ocasionar um Estado instável, sendo marcado especialmente por uma crise de credibilidade no que se refere aos detentores do poder volante. Consoante a análise de Bauman (2016):

O Estado está passando por uma profunda crise de identidade. Longe de recuperar sua relação de confiança com o público, que estivera informado de sua constituição desde a origem, ele tem de suportar repercussões da crise da modernidade, que o arrasta a uma degradação extraordinária, acompanhada – como em toda e qualquer fase de declínio – de corrupção e de desconfiança por parte do povo. A crise política em curso

(definida como *antipolitica*) é uma crise do estado moderno.(BAUMAN, 2016, p. 139)

Trazendo tal análise para o contexto nacional, o Brasil encontra-se imerso em uma crise representativa, pelo que se denota diante dos diversos eventos político-sociais experimentados nos últimos quatro anos, o que culminou com a evidenciação de termo amplamente difundido: corrupção¹.

Em interpretação extensiva da análise de Durkheim, a corrupção é inerente à natureza humana e ocorre em qualquer que seja a sociedade, portanto, não pode ser por si só considerada uma patologia social. Ocorre que Durkheim considera que aspectos “naturais” podem converter-se em patológicos à medida que apresentam um índice de crescimento desenfreado, como é o caso da corrupção, sobretudo no contexto social brasileiro.

Sendo assim, para a sequência da análise aqui realizada, urge delinear o significado de corrupção, que consoante, afirma Guilherme Nucci:

A corrupção caracteriza-se, nitidamente, pela negociata, pelo pacto escuso, pelo acordo ilícito, pela depravação moral de uma pessoa, gerando, muitas vezes, imensos estragos ao Estado. Mas a corrupção não se limita às fronteiras da Administração Pública, pois corre solta no ambiente privado, em particular, no cenário de empresas particulares. As maiores do mundo, que se autointitulam *honestas*, são surpreendidas, de tempos em tempos, imersas na podridão dos negócios mal vistos e ilegais. (NUCCI, 2015, p. 03)

Na legislação penal brasileira a corrupção aparece, em sentido estrito, como ativa e passiva, cada qual com suas especificidades e, porquanto, abarca as mais diversas condutas. Podemos utilizar aqui a definição adotada pela Transparência Internacional, qual seja, “corrupção é o abuso do poder confiado para ganhos privados”.

A corrupção pode se perfazer em diversos setores, tanto no âmbito público como no âmbito privado, a exemplo das sociedades empresárias e das sociedades simples e quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro e que possam promover atos lesivos contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

¹ “Diversos fenômenos verificados no cenário internacional ao longo das duas últimas décadas do século XX levaram a comunidade Internacional a repensar as posturas até então adotadas para enfrentar a corrupção, tema até então tratado como de interesse interno de cada país e incapaz de ser enfrentado no plano internacional ou multilateral. Ao longo dos últimos anos, verificou-se verdadeira inversão na postura da comunidade Internacional, que passou a tratar a corrupção como um dos temas mais relevantes em suas áreas de atuação.” (FURTADO, 2015, p. 382)

Neste contexto, a Lei Anticorrupção Empresarial – Lei n. 12.846/2013, também denominada Lei de Improbidade Administrativa Empresarial, fora criada como um mecanismo legal que visa a punição de empresas autoras ou coautoras de atos de corrupção contra a administração pública, prevendo a responsabilização objetiva das mesmas, no âmbito civil e administrativo.

A comunidade jurídica, majoritariamente, compreende a Lei n. 12.846/2013 como sendo um avanço para o ordenamento jurídico brasileiro, já que atende à necessidade da completude do ordenamento no aspecto abordado, preenchendo a lacuna que outrora dispensava o tratamento acerca da conduta dos corruptores.

Em complementação à Lei Anticorrupção, foi instituído o Decreto nº 8.420/2015 com vistas a proceder com a regulamentação à Lei n. 12.846, de 01 de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Em linhas gerais, o referido decreto visa, dentre outras questões, especificar quais os requisitos necessários para que seja considerado eficaz um programa de integridade elaborado por uma pessoa jurídica.

O decreto nº 8.420/2015 vem como uma das questões mais relevantes e debatidas no atual momento da história política brasileira, em face da conhecida Operação Lava Jato, que traz à baila questionamentos sobre a efetividade da mera existência formal de um programa de integridade, ao passo que este pode não se mostrar suficiente para evitar ou prevenir a ocorrência de atitudes ligadas à corrupção e, conseqüentemente, às condenações no âmbito do Judiciário.

É importante destacar, para o objetivo da presente análise, o capítulo IV do Decreto nº 8.420/2015, o qual se dedica ao programa de integridade, salientando aspectos que deverão estar presentes em qualquer programa de *Compliance*; padrões de conduta e ética estendidas a terceiros, treinamentos, registros contábeis e controles internos, fiscalização do cumprimento, canais de denúncia e investigações internas com previsão de medidas disciplinares em caso de violações, transparência, dentre outros mecanismos.

A eficácia do mencionado programa poderá ser evidenciada ao passo que as pessoas jurídicas possam sofrer os ônus da ausência desta regulação e, em contrapartida, receber do Poder Público um bônus pela implantação do programa.

Neste liame, o §2º do art. 42, consoante o §4º do artigo 5º do referido Decreto dispõem, de forma literal, que a efetividade do programa levará em conta a avaliação e aplicação da dosimetria das sanções previstas na Lei Anticorrupção, *in verbis*:

Art. 42. Para fins do disposto no § 4o do art. 5o, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros (...)

§2º A efetividade do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração será considerada para fins da avaliação de que trata o caput.

Art. 5º No ato de instauração do PAR, a autoridade designará comissão, composta por dois ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará a pessoa jurídica para, no prazo de trinta dias, apresentar defesa escrita e especificar eventuais provas que pretende produzir. (...)

§4º Caso a pessoa jurídica apresente em sua defesa informações e documentos referentes à existência e ao funcionamento de programa de integridade, a comissão processante deverá examiná-lo segundo os parâmetros indicados no Capítulo IV, para a dosimetria das sanções a serem aplicadas.

A garantia da integridade e a transparência das relações entre a pessoa jurídica e os diversos entes públicos é a fonte basilar destes dois dispositivos legais, prevendo a eventual responsabilização individual de dirigentes, administradores ou de qualquer pessoa física envolvida nos atos de corrupção, concomitantemente com a cominação de multas cuja graduação culmina no percentual de 20% do faturamento bruto da empresa, bem como proceder com a pena de expropriação de bens, proibição do recebimento de subsídios ou empréstimos de órgãos, entidades públicas ou de instituições financeiras ligadas ao poder público pelo prazo de até cinco anos, com a possibilidade de suspensão, interdição e até mesmo, em última instância, na dissolução compulsória da pessoa jurídica.

O Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) possui responsabilidade sobre grande parte dos procedimentos, tais como instauração e julgamento dos processos administrativos de responsabilização e celebração dos Acordos de Leniência na esfera Federal do Poder Executivo.

A partir da data em que entrou em vigor (1º de agosto de 2013), as empresas devem responder pelos atos de corrupção que praticarem – a exemplo de suborno com pagamento de propina por parte da empresa a um funcionário público –, ainda que não haja envolvimento direto do(s) representante(s) ou dono(s).

3. Do Acordo de Leniência

A palavra "leniência" indica brandura ou suavidade (SOBRAL, 2001, p. 133). O denominado “acordo judicial” na Itália e “negociação de confissão” nos Estados Unidos, surge, nesse contexto de corrupção, como uma colaboração mútua entre um ente estatal e um infrator confesso, de forma que o primeiro recebe a contribuição do segundo no processo investigatório,

enquanto o segundo recebe a suavização ou extinção da pena pela sua participação no(s) ato(s) ilícito(s). Trata-se de espécie do gênero ato jurídico convencional.

A colaboração com o processo de investigação, dessa forma, desencadeia na **descoberta de outros infratores**, e na conseqüente **quebra de verdadeiros esquemas de corrupção**. Esse tipo de acordo pode proporcionar, assim, punição a um número maior de infratores que cometeram graves penalidades administrativas e penais, o que efetivamente repercute no cenário nacional.

No acordo em questão, o ente estatal exerce o papel de "leniente", uma vez que age com suavidade no exercício de seu poder sancionador, enquanto o particular, sendo pessoa física ou jurídica, deve ser denominado "colaborador" ou "beneficiário da leniência". O ajuste torna-se, assim, uma troca, um instrumento negocial em que obrigações recíprocas se voltam em prol do benefício dos particulares e da função sancionadora do Estado, simultaneamente.

Há, por vezes, confusão na comunidade jurídica no que se refere ao uso da palavra "leniente" para com o ente estatal ou com a parte infratora que esteja tomando parte nos benefícios do Acordo. Somente o Estado pode ser considerado "leniente" – a parte infratora somente pode ser denominada "colaboradora" ou "beneficiária da leniência".

Em consonância com Sobral, afirmam Gesner de Oliveira e João Gandino Rodas (2004), que o Acordo de Leniência envolve uma efetiva transação entre:

O Estado e o delator, que em troca de informações viabilizadoras da instauração, da celeridade e da melhor fundamentação do processo, possibilita um abrandamento ou extinção da sanção em que este incorreria, em virtude de haver também participado na conduta ilegal denunciada. (OLIVEIRA E RODAS, 2004, p. 253)

No que se refere ao Acordo de Leniência que vigora no sistema jurídico brasileiro, sabe-se que este possui algumas características essenciais que necessitam ser enfatizadas. Em primeiro lugar, trata-se de acordo administrativo integrativo, isto é, consiste num ajuste que tem por objetivo facilitar a instrução do processo administrativo. Desta forma, a natureza integrativa do acordo encontra-se no fato de que a cooperação mútua só adquire sentido se há processo sancionador.

A segunda característica essencial é que o Acordo de Leniência produz, para o beneficiário ou colaborador da leniência, a obrigação de cooperar com a investigação e com a instrução do processo acusatório com efetivo comprometimento, enquanto produz, para o ente estatal, a obrigação de abrandar as sanções que seriam aplicadas ao infrator confesso. Assim,

as respectivas obrigações de ambas as partes do Acordo se compensam diante dos benefícios adquiridos com o ajuste.

Quanto às modalidades de leniência no Brasil, existem três. Em primeiro lugar, aborda-se a leniência no direito administrativo da concorrência. Em segundo, a leniência para infrações de corrupção e, em terceiro, a leniência para infrações licitatórias.

Até o advento da Lei Anticorrupção, o acordo de leniência se restringia à esfera de defesa administrativa da concorrência. Com a Lei 12.846/2013, surgem duas outras modalidades de leniência: a relativa às infrações de corrupção e a relativa às infrações licitatórias.

Seus regimes jurídicos se distinguem especialmente no que se refere aos efeitos para o infrator beneficiário. Tratar-se-á, no presente artigo, acerca do Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção ou Lei de improbidade administrativa empresarial (Lei no. 12.846/2013), a qual afirma, em seu art. 16, que

A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

A referida Lei estabelece, em seu art. 2º, uma esfera de responsabilidade civil e administrativa de natureza objetiva contra pessoas jurídicas, abrindo margem, inclusive, à solidariedade do grupo econômico em relação a multa (art. 4º, § 2º) e a assunção desta solidariedade pelo sucessor em caso de concentração econômica (art. 4º, § 1º). As infrações podem, do mesmo modo, ser cometidas por pessoas físicas, a exemplo de dirigentes ou administradores; entretanto, neste caso, a punição se dá segundo um modelo de responsabilização subjetiva, na medida em que este depende de avaliação e prova de culpabilidade do indivíduo em questão.

De acordo com o parágrafo 1º do art. 16 da referida Lei, a celebração do Acordo de Leniência só pode ocorrer sob a condição de que alguns requisitos sejam preenchidos, quais sejam: a imediata manifestação de vontade de colaborar com a apuração do ato ilícito por parte da pessoa jurídica infratora, a cessação do envolvimento da pessoa jurídica na infração investigada, uma vez iniciada a propositura do acordo, bem como a admissão, por parte da pessoa jurídica, de sua participação no ilícito, cooperando plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo. Deste modo, limita-se o recebimento da brandura

por parte dos beneficiários da leniência, no tocante à esfera penal e administrativa – somente a pessoa jurídica que preencher taxativamente os requisitos descritos poderá ser enquadrada num Acordo de Leniência, e assim receber os benefícios decorrentes da troca.

O parágrafo 2º, por sua vez, determina que a celebração do Acordo isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º (a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator), e no inciso IV do art. 19 (proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos), além de reduzir em até 2/3 o valor da multa aplicável, o que representa grande vantagem para a empresa infratora.

De acordo com o portal de Transparência e Controladoria Geral da União (CGU), o Acordo de Leniência fundamenta-se, essencialmente, em quatro pilares, quais sejam: o objetivo de “alavancar a investigação”, trazendo novos elementos de provas sobre ilícitos – e ampliando, assim, a possibilidade de punir agentes públicos, privados, e outras empresas –; a reparação dos danos causados pela infração cometida pela(s) pessoa(s) jurídica(s), que se dá de forma mais célere, se comparado aos indicadores de recuperação de valores obtidos através das ações de improbidade ou das execuções dos julgados do TCU; a imposição de padrões de integridade e *compliance*, e a efetiva perda de todos os benefícios caso a empresa descumpra o acordo.

4. Benefícios do Acordo de Leniência

4.1 Para o beneficiário da leniência

Dentre os diversos benefícios proporcionados pelo Acordo de Leniência, temos a facilidade da identificação das demais pessoas jurídicas coautoras e partícipes da organização criminosa e das infrações penais praticadas, a revelação da estrutura hierárquica, bem como sua divisão de tarefas na organização criminosa, e, sobretudo, a possibilidade de recuperação total ou parcial do produto ou proveito que fora objeto das infrações penais praticadas pela organização criminosa em questão, prezando, assim, pelo bem comum da sociedade.

4.2 Para o Estado leniente

Dentre os diversos benefícios proporcionados pelo Acordo de Leniência para o autor da leniência, temos a facilidade da identificação das demais pessoas jurídicas coautoras e

partícipes da organização criminosa e das infrações penais praticadas, a revelação da estrutura hierárquica, bem como sua divisão de tarefas na organização criminosa, e, sobretudo, a possibilidade de recuperação total ou parcial do produto ou proveito que fora objeto das infrações penais praticadas pela organização criminosa em questão, prezando, assim, pelo bem comum da sociedade.

O referido acordo, todavia, embora seja majoritariamente compreendido pela comunidade jurídica como um importante mecanismo para o combate à corrupção praticada pelas pessoas jurídicas, possui algumas desvantagens no que se refere à forma de sua operacionalização ao longo das investigações.

É importante destacá-las para que se possa compreender porque, ainda que hajam desvantagens, os acordos de leniência vêm se mostrando amplamente proveitosos para o Estado, uma vez que o Brasil, apesar do alto índice de corrupção, encontrava-se carente de mecanismo de combate às organizações criminosas no âmbito da administração pública.

Dentre estas desvantagens, podemos mencionar a possibilidade de que a delação realizada pela pessoa jurídica em questão venha a atrapalhar o andamento do processo investigatório, uma vez que a prova testemunhal possui caráter intensamente subjetivo e parcial – o que pode trazer reflexos negativos à apuração dos fatos – e, ainda, a possibilidade de que o Acordo de Leniência, ao ser amplamente difundido e utilizado como mecanismo operacional, passe a gerar a acomodação das autoridades incumbidas da apuração dos fatos e do combate ao crime, uma vez que, passando a contar com a possibilidade do Acordo, esqueça-se de que o mesmo não consiste num meio suficientemente eficaz para a elucidação dos fatos, e deixe-se de lado o afincamento à realização do ofício investigativo propriamente dito.

Ademais, não obstante às desvantagens supramencionadas, o acordo de leniência é o meio mais eficaz, no contexto social brasileiro atual, para o desmanche das organizações criminosas no âmbito da administração pública e, sobretudo, para recuperação de capital desviado.

Sendo assim, apesar de necessitar de adequações e aperfeiçoamento, os acordos de leniência vêm se mostrando como um mecanismo eficaz para o que se propõe, preenchendo, ainda que de forma tímida, a lacuna que existia no seio da administração pública para regular e sancionar condutas corruptas.

Insta ressaltar que dentre as três modalidades de acordo de leniência previstas na legislação brasileira, o acordo Inserido no ordenamento jurídico em 2000, qual seja, com enfoque no direito administrativo da concorrência, configura o mais tradicional dos ajustes cooperativos do processo administrativo sancionador, e também o mais bem disciplinado do

ponto de vista normativo. A partir desta análise se pode perceber que as modalidades implantadas pela Lei 12.846/2013 podem ser consideradas “novas”, merecendo o justo aperfeiçoamento, mas não deixam de ser proveitosas e importantes, embora não estejam completamente adaptadas e enraizadas no ordenamento jurídico brasileiro.

5. Do acordo de Leniência como mecanismo fomentador do desenvolvimento nacional

Assevera a Carta Magna Brasileira que o desenvolvimento nacional consiste num objetivo fundamental da República, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Diante destes objetivos e dos outros descritos no texto constitucional, nota-se que o desenvolvimento possui suma importância para o legislador constituinte e, conseqüentemente, para as diretrizes constitucionais da nação.

Atrelados a este desenvolvimento, a Carta Magna garante, também, ao cidadão brasileiro, em seu artigo 6º, um leque de direitos sociais, os quais representam um longo histórico de luta por uma maior intervenção por parte do Estado com a finalidade de garantir o mínimo existencial, isto é, as condições básicas para que se viva e se desenvolva com dignidade, a exemplo do direito à educação, saúde, moradia, alimentação, transporte etc.

Em consonância com os princípios e objetivos que balizam a referida Carta, bem como os direitos e garantias fundamentais assegurados pela mesma, afirma André Ramos Tavares que o desenvolvimento do Estado passa prioritariamente pelo desenvolvimento do homem, de seu cidadão, e de seus direitos fundamentais. Embora tenha grande importância para a Constituição Federal, o conceito de desenvolvimento, ligado aos direitos humanos básicos, começou a ser abordado, na verdade, com maior abrangência e precisão, a partir da Declaração dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, sabendo que esta última exerceu essencial influência na elaboração da Constituição da República e de outros Estados ao redor do globo. A ideia de que o “desenvolvimento” transcende as barreiras de um mero crescimento econômico e alcança toda a estrutura estatal necessária à efetivação da dignidade da pessoa humana difundiu-se e foi acolhida por muitos ordenamentos jurídicos.

Seguindo o raciocínio, Amartya Sen defende que o desenvolvimento está intrinsecamente atrelado à necessidade de investimento por parte do Estado para efetivação dos direitos sociais anteriormente mencionados.

Nesse sentido, a corrupção adentra no contexto nacional como um forte empecilho para o desenvolvimento, uma vez que desvia e mal utiliza o dinheiro público que seria destinado

a obras ensejadoras de tal desenvolvimento, embargando não apenas o crescimento econômico da nação, mas, mais importante que isso, embargando o acesso da população ao que deveria ser uma estrutura prestadora de serviços públicos e de qualidade – escolas, hospitais, postos de saúde, complexos de moradia, praças e locais comuns de lazer, além de tantos outros projetos que não chegam a ser realizados por atos de corrupção por parte, especialmente, da classe política. Afirma o mencionado autor:

A prevalência da corrupção é justificadamente considerada uma das piores barreiras no caminho do processo econômico bem-sucedido – como, por exemplo, em muitos países asiáticos e africanos. Um nível elevado de corrupção pode tornar ineficazes as políticas públicas e também afastar o investimento e as atividades econômicas de setores produtivos, direcionando-os as colossais recompensas das atividades ilícitas. Pode ainda encorajar – como já mencionado – o desenvolvimento de organizações violentas como a Máfia. (SEN, 2010, p. 34)

Os atos de corrupção, assim, colocam em cheque toda a estrutura de desenvolvimento do Estado e dos cidadãos a ele pertencentes, uma vez que subjuga os interesses públicos ao interesse pessoal de alguns. À vista disto, pode-se afirmar que o Acordo de Leniência atua, neste contexto, como colaborador das diretrizes desenvolvimentistas da nação, posto que, efetivamente, combate a prática da corrupção, na medida em que proporciona, dentre tantas outras benesses, a recuperação de grande parte do dinheiro público desviado em tais atos.

Em exemplo prático, a operação Lava Jato teve resultados expressivos no combate à corrupção e recuperação de capital, sobretudo através dos acordos de Leniência. Tendo como ponto de partida lavagem de dinheiro realizada por uma rede de postos de combustíveis, o esquema guiou a investigação até chegar em políticos, empresários e empresas de grande expressão econômica, que contribuiriam para minar os cofres da Petrobrás.

A Lava Jato conseguiu investigar crimes financeiros praticados por quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, corrupção e lavagem bilionárias praticadas na Petrobrás e corrupção em órgãos públicos federais, como Ministério do Planejamento, Eletronuclear e Caixa Econômica Federal.

Foram R\$ 6,2 bilhões em propinas pagas e os prejuízos foram estimados pelo Tribunal de Contas da União em até R\$ 29 bilhões e pelos peritos da Polícia Federal em até R\$ 42 bilhões. No entanto, através dos Acordos de Leniência, a operação conseguiu recuperar R\$ 2,9 bilhões para os cofres públicos – com mais R\$ 2,4 bilhões em bens bloqueados dos réus. O montante de ressarcimento pedido chega a alcançar R\$ 21,8 bilhões, segundo dados do Ministério Público Federal computados em março/2017.

Apenas no contexto da operação Lava Jato, o Ministério Público propôs ainda 37 ações penais contra 179 pessoas e 6 ações de improbidade contra 49 pessoas, sendo 33 físicas e 16 jurídicas. São 93 condenações criminais, incluindo casos de réus que foram condenados mais de uma vez.

Ao todo, de acordo com os dados divulgados pelo Ministério Público Federal, 26 mil investigações diretas envolvendo fatos de corrupção estiveram em andamento somente no ano de 2015, sendo que, até o mês de outubro, foram ajuizadas 1.229 ações de improbidade administrativa e 901 ações penais envolvendo casos de corrupção.

Como se vê, os resultados vêm sendo positivos, não apenas no contexto financeiro, mas também no contexto social, em busca de condutas probas na administração pública. Apesar do curto período em vigor, a Lei Anticorrupção, nos leva a repensar um futuro econômico diferente para o Brasil, considerando que ao longo do tempo o índice de 2% do Produto Interno Bruto outrora desviado em prol da corrupção deverá diminuir, fomentando, sem dúvidas, o avanço no desenvolvimento econômico nacional, e possivelmente retomando, ao menos em parte, a credibilidade representativa hoje em crise.

6. Considerações Finais

É preciso ter em mente a gravidade da corrupção que hoje assola a comunidade Internacional, sobretudo o Brasil, conforme o contexto aqui tratado, para entender a importância de mecanismos legais que consigam de forma eficaz desmanchar grandes esquemas para que, então, se possa começar a recuperar a credibilidade administrativa hoje extremamente prejudicada.

Neste contexto, e ante a ineficiência dos meios tradicionais, surge uma forma de o Estado dialogar com infratores confessos antes ou durante processos administrativos. Compromissos de cessação de prática infrativa, medidas cautelares negociadas e acordos de leniência são a prova da referida tentativa de diálogo do Estado.

A Lei 12.846/2013 aparece não só como alternativa para resolução de processos administrativos, mas principalmente como mecanismo legal de efetivação do desenvolvimento no Brasil, tendo em vista que a corrupção retira hoje do Brasil 2% de seu Produto Interno Bruto, sendo claro o quanto a existência desta patologia social² vem assolado economicamente o país.

² Na visão de Durkheim, torna-se patologia social uma vez que seu crescimento é exagerado e ultrapassa os índices considerados socialmente naturais.

É certo que a Lei Anticorrupção ainda necessita de aprimoramentos, tendo em vista que os Acordos de Leniência, por terem aparecido no cenário nacional de forma tímida e terem tomado espaço apenas nos últimos anos, ainda não encontraram perfeição em sua aplicabilidade.

Não obstante, os benefícios trazidos pelo referido diploma legal vêm sendo expressivos, tanto socialmente quanto economicamente, pelo que podemos elencar a facilidade da identificação das demais pessoas jurídicas coautoras e partícipes de organização criminosa e infrações penais praticadas, a revelação da estrutura hierárquica, bem como sua divisão de tarefas na organização criminosa, e, sobretudo, a possibilidade de recuperação total ou parcial do produto ou proveito que fora objeto das infrações penais praticadas pela organização criminosa em questão.

Inserido no ordenamento jurídico em 2000, o Acordo de Leniência previsto na legislação brasileira de defesa da concorrência configura tanto o mais tradicional dos ajustes cooperativos do processo administrativo sancionador, como também o mais bem disciplinado do ponto de vista normativo. Sendo assim, é certo que as novidades trazidas pela Lei 12.846/2013, quais sejam, os acordos de leniência relativos às infrações de corrupção e relativos às infrações licitatórias, necessitam de natural ajuste para o contexto brasileiro.

Ainda assim, embora necessitem de ajustes, as modalidades do Acordo de Leniência trazidas pela Lei Anticorrupção vêm apresentando expressivas benesses à administração pública, levando em conta os objetivos que vem cumprindo, acima elencados, e principalmente o retorno aos cofres públicos do capital desviado.

Pelos índices apresentados pelo Ministério Público Federal, a recuperação do dinheiro desviado, ainda que não nos índices almejados, já nos leva a repensar tanto a possibilidade de desenvolvimento econômico no país, quanto o retorno da credibilidade representativa tão castigada atualmente pelas referências políticas (diretas e indiretas) à frente das decisões coletivas.

7. Referências bibliográficas

ABENSOUR, Miguel. **A democracia contra o Estado: Marx e o momento maquiaveliano**. Belo Horizonte: ed. UFMG, 1998.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**; Tradução Renato Aguar. 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte geral**. 21 ed. Saraiva: São Paulo, 2015

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>; Acesso em: 3 de Agosto de 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo, Martins Fontes, 2007.

_____. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FIESP. RELATÓRIO. **Corrupção: custos econômicos e propostas de combate**. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=2021>> Acesso em: 12 de Julho de 2017.

FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/2013**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARRARA, Thiago. **Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes**. Revista digital de direito administrativo: São Paulo, 2015. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdda/article/viewFile/99195/98582>> Acesso em: 25 de outubro de 2017

MOREL, Marco. **Corrupção: mostra a sua cara**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2012.

MPF. **Dois anos da Lava Jato: R\$ 2,9 bi já foram recuperados**. Ministério Público Federal, 2016. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/dois-anos-da-lava-jato-r-2-9-bi-ja-foram-recuperados-1>>. Acesso em: mai 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e Anticorrupção**. São Paulo: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em 29 dez. 2010.

PRADO, Rodrigo Murad do. **Delação premiada**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3746, 3 out. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25451>> Acesso em: 12 de Julho de 2017.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento Como Liberdade**. Tradução Laura Texeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SIMÃO, Calil. **Improbidade Administrativa - Teoria e Prática**. Leme: J.H. Mizuno, 2011.

SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. **O acordo de leniência: avanço ou precipitação?** RIBRAC, v. 8, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003.

**O PODER JUDICIÁRIO E A CULTURA AUTORITÁRIA: O CASO RAFAEL
BRAGA VIEIRA SOB A PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

Aline Souza Prado

Universidade Federal de Sergipe

Clóvis Marinho de Barros Falcão

Universidade Federal de Sergipe

Resumo

O presente artigo se propõe a analisar a imputação criminal no processo em face de Rafael Braga Vieira, preso no contexto das “Manifestações de 2013”, no Brasil. Para tanto, o trabalho faz uso dos conceitos da Criminologia Crítica, bem como de um estudo dos modelos processuais, o garantista e os autoritários. O objetivo do presente trabalho é entender, de acordo com os discursos empregados nos autos, se é possível identificar uma cultura autoritária dentro do Poder Judiciário e, caso exista, como é possível percebê-la a partir de uma leitura crítica.

Palavras-chave: Rafael Braga Vieira, Criminologia Crítica, labeling approach, Poder Judiciário, Cultura Autoritária.

Abstract/Resumen/Résumé

The present article proposes to analyze the criminal accusation of the case against Rafael Braga Vieira, arrested in the context of the “Manifestations of 2013”, in Brazil. For this, the work makes use of Critical Criminology concepts, as well as a study of the procedural models, the guarantor and authoritarian. The purpose of the present study is to understand, according to the discourses used in the criminal case, whether it is possible to identify an authoritarian culture within the Judiciary and, if it exists, how it is possible to perceive it from a critical reading.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Rafael Braga Vieira, Critical Criminology, labeling approach, Judiciary, Authoritarian Culture.

1. Introdução

O presente artigo se propõe a descrever o caso paradigma, qual seja o processo criminal em face do Rafael Braga Vieira, a fim de refletir como se constrói a imputação¹ criminal, isto é, como se dá a atribuição da responsabilidade penal ao agente, no âmbito do fato típico². E, a partir disso, analisar se existe e em que momento é possível perceber uma cultura autoritária dentro do Poder Judiciário.

Para tanto, volta-se o olhar para os discursos nos autos do processo 0212057-10.2013.8.19.0001, na 32ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro/RJ, desde o momento da prisão em flagrante, passando pelo oferecimento da denúncia, até a sua condenação³. Porém, antes disso, o este artigo faz uma introdução aos sistemas processuais e aos modelos garantista e autoritários, bem como se utiliza de conhecimentos da nova criminologia⁴, em especial o *labeling approach*, para buscar uma compreensão mais ampla sobre o que ocorre dentro do processo escolhido para análise.

Com efeito, faz-se mister que se destaque o contexto em que aconteceu a referida prisão e, conseqüente condenação, qual seja as manifestações populares que ocorreram no ano de 2013. Ademais, torna-se essencial entender quais os atores estatais que protagonizam o processo criminal e de quem são as vozes que reverberam no decorrer da imputação criminal.

Assim, o artigo tem como objetivo desenvolver uma reflexão de acordo com os discursos empregados nos autos para entender se é possível identificar uma cultura autoritária e, caso exista, como é possível percebê-la a partir de uma leitura crítica.

¹ O que se denomina de imputação objetiva do resultado seria a valoração da ação ou omissão já imputadas como antijurídica. O processo de imputação objetiva em Direito Penal seria de interpretação e subsunção, não de imputação (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2014, p. 45).

² Os componentes do fato típico, segundo o Direito Penal, são: a conduta humana, o resultado, o nexa causal e a tipicidade. Isto é, uma determinada conduta humana que se adequará ao descrito na lei penal. Ser fato típico, assim, é a primeira característica para se verificar a ocorrência de um crime.

³ Tendo em vista ser um trabalho científico é impossível tratar de todo o processo de maneira minuciosa, sendo assim foi feito o recorte para o estudo do caso.

⁴ A consideração do crime como um comportamento definido pelo direito e o repúdio do determinismo e da consideração do delinquente como um indivíduo “diferente”, são aspectos essenciais da nova criminologia (BARATTA, 2014, p.30), as quais muitas de suas características são inspiradas no paradigma da reação social ou do *labeling approach*.

2. Sistemas processuais e os modelos garantistas e autoritários

O processo penal, segundo Geraldo Prado (2006, p.55), tem como principal função estrutural a garantia contra o arbítrio estatal, conformando-se o processo penal à Constituição Federal. Ferrajoli (2010, p.518) destaca que “a distinção entre sistema acusatório e sistema inquisitório pode ter um caráter teórico ou simplesmente histórico”⁵. Ademais, aduz que (FERRAJOLI, 2010, p.519):

a seleção dos elementos teoricamente essenciais nos dois modelos inevitavelmente é condicionada por juízos de valor em virtude da conexão que indubitavelmente pode ser instituída entre sistema acusatório e modelo garantista e sistema inquisitório e modelo autoritário e eficiência repressiva.

A Carta Magna trouxe uma nítida preferência pelo sistema acusatório⁶, tendo em vista a consagração da necessidade da “separação entre as funções de acusar, defender e julgar conferidas a personagens distintos” (TÁVORA, 2013, p.41), concedendo ao Ministério Público (art.129, I, CRFB/88) a promoção da ação penal. Muito embora, a própria relatoria da Comissão do Projeto de Código de Processo Penal, à época, tenha sugerido uma leitura não radical do princípio acusatório⁷.

No sentido de adequar o Código de Processo Penal à Constituição, Távora propõe (2013, p.42):

(...) embora o Código de Processo Penal brasileiro seja inspirado preponderantemente em princípios inquisitivos – conquanto coexistam dispositivos inseridos pelas sucessivas reformas que privilegiam o sistema acusatório -, a sua leitura deve ser feita à luz da Constituição, pelo que seu modelo de processo deve se adequar ao

⁵ Isso porque se, por exemplo, fazem parte tanto do modelo teórico como da tradição histórica do processo acusatório a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento, o mesmo não se pode dizer de outros elementos que, pertencendo historicamente também à tradição do processo acusatório, não são logicamente essenciais ao seu modelo teórico. (FERRAJOLI, 2010, p.518).

⁶ O axioma *nulla culpa sine iudicio* não exprime apenas a garantia da presunção de inocência do imputado. Ele também tem o valor de uma norma de organização da não derrogação do juízo quando este é ativado por uma ação acusatória que postula a existência de um crime e requer a imposição de uma pena (FERRAJOLI, 2010, p.517).

⁷ O sistema processual penal acusatório é caracterizado por regras de procedimento específicas. Pode-se dizer que ele descreve um modelo ideal, do qual os ordenamentos se aproximam mais ou menos. Dentre os aspectos que o caracterizam, cabe destacar a separação rígida entre acusação e julgamento, o afastamento do juiz do labor investigativo probatório, um procedimento em regra oral e público e a paridade de armas entre acusação e defesa, numa perfeita negativa inquisitorial. (NOLL E MARCHT, 2016)

constitucional acusatório, corrigindo os excessos inquisitivos (interpretação conforme à Constituição).

No caminho oposto às reformas que privilegiam o sistema acusatório, também ocorrem reformas recentes em consonância com as características do sistema inquisitório, a exemplo no que se refere à gestão probatória⁸. Segundo Aury Lopes Jr (2007, p.68), o sistema inquisitivo “foi desacreditado – principalmente por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar”.

Dessa forma é inquisitivo o sistema que se inclina processualmente a ignorar ou mitigar direitos fundamentais, demonstrando autoritarismo e utilitarismo como eficiência antigarantista (LOPES JR, 2004, p.297).

Com efeito, é preciso dizer que há também o sistema processual misto ou acusatório formal, o qual seria um modelo processual intermediário dado que observa garantias constitucionais do acusado, porém guarda resquícios do sistema inquisitivo, principalmente a faculdade conferida ao juiz de produção probatória feita de ofício (AVENA, 2011, p.12).

O Brasil, tendo em vista os direitos consagrados pela Carta Maior em 1988, formalmente identifica-se com o sistema acusatório. No entanto, conforme os dizeres de Salah Hassan Khaled Jr (2010, p. 304), “não basta afirmar que é acusatório e permitir a utilização de elementos da fase inquisitória, que contaminam e comprometem a possível estrutura acusatória da segunda etapa”.

2.1 Epistemologia: os modelos autoritários e o modelo garantista

Nesse momento, o presente trabalho recorre a Ferrajoli⁹ para melhor entender a epistemologia do modelo garantista e dos modelos autoritários. Sendo assim, os princípios¹⁰ formadores do primeiro modelo são, em sua maioria, fruto do Iluminismo e do liberalismo,

⁸ O artigo 156, I, com redação dada pela Lei 11.690/2008, confere ao magistrado, notadamente, a possibilidade de ordenar, de ofício, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

⁹ Vale destacar que existem diferentes modelos para a justificação da pena, isto é, para exercer a pretensão punitiva, tendo esse trabalho conhecimento das respeitadas doutrinas abolicionistas que se tornam ótimas saídas crítica. No entanto, por questões metodológicas, houve a necessidade de restrição aos modelos aqui tratados, por ser uma análise empírica de um processo em curso.

¹⁰ A legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência são exemplos de princípios ligados ao modelo garantista.

enquanto os modelos autoritários são muito mais antigos e sua tradição é “predominantemente fruto irreflexivo e consolidado das práticas legislativas, judiciais ou policiais” (FERRAJOLI, 2010, p.44).

O primeiro elemento para explicar o modelo garantista é o convencionalismo penal na determinação abstrata do que é punível. Sendo, portanto, resultante do princípio da legalidade estrita¹¹. Segue, assim, as condições de que o desvio é aquele que se estabelece formalmente através da lei como pressuposto necessário para aplicação da pena, bem como que a externalização do desvio punível deve ter como referência apenas figuras empíricas e objetivas de comportamento.

Em contraponto, os modelos autoritários têm como elemento a concepção ontológica, também chamada de substancialista, do desvio penalmente relevante¹², o que torna objeto de análise penal, não apenas o delito propriamente dito, mas também

(...) o desvio criminal enquanto em si mesmo imoral ou antissocial e, para além dele, a pessoa do delincente¹³, de cuja maldade ou antissociabilidade o delito é visto como uma manifestação contingente, suficiente, mas nem sempre necessária para justificar a punição (BARATTA, 2014, p.29).

Outro elemento da epistemologia garantista é o cognitivismo processual para determinar concretamente o desvio punível. Desse modo, insere-se no que Ferrajoli chama de estrita jurisdicionariade que, por sua vez, necessita que ocorra a verificabilidade das hipóteses acusatórias, tendo em vista o seu caráter assertivo, bem como precisa de sua comprovação empírica através de procedimentos que permitam tanto a verificação como a refutação. Isto é, é necessário “que o desvio punível não seja constituído, mas regulado pelo sistema penal” (FERRAJOLI, 2010, p.40).

Por outro lado, os modelos autoritários possuem como segundo elemento o decisionismo processual - caráter não cognitivo -, ou melhor, o caráter potestativo do juízo e da

¹¹ Vale ressaltar que, o positivismo jurídico, se por um lado está na base do princípio da estrita legalidade, por outro também permite modelos penais absolutistas, caracterizados pela ausência de limites ao poder normativo do soberano (FERRAJOLI, 2010, p.38).

¹² As escolas positivistas destacam-se como marco para uma nova disciplina de criminologia, isto é, um discurso autônomo, o qual tem por objeto não propriamente o delito, mas o “homem delincente”, considerado como indivíduo diferente e, sendo assim, observável como anormal (BARATTA, 2014, p.29). É a criminologia voltada ao paradigma etiológico, isto é, “da passagem ao ato”. Nesse momento, a criminologia se apropria de conceitos pré-definidos pelo Direito Penal, sem questioná-los, pois a preocupação é descobrir as causas que levam o sujeito a delinquir.

¹³ Sendo assim, deu-se espaço à figura da concepção do “delincente natural”, a doutrina nazista do “direito penal da vontade” ou do “tipo do autor” e a stalinista do “inimigo do povo” (FERRAJOLI, 2010, p.45).

irrogação da pena. Esse elemento é resultante da ausência de fundamentos empíricos bem definidos e um caráter subjetivo do juízo, os quais abrem espaço para uma atenuação do princípio da estrita legalidade a ponto de caracterizar-se como arbitrariedade.

Por fim, vale a crítica ao modelo garantista exposto por Ferrajoli, que será melhor explicitada no tópico seguinte com o paradigma da reação social. A verdade é que os críticos desse modelo afirmam que mesmo justificativa idôneas para o sistema penal não seriam capazes de afastar sua característica estigmatizante e seletiva.

Outro alerta, agora de Bobbio, ao modelo do Sistema Garantista, reforça-se na fala de Pacelli, no prefácio do livro “Garantismo Penal Integral”, no qual afirma que “(...) tão problemática é uma teoria sem controle empírico quanto uma prática sem princípios” (CALABRICH; FISCHER; PELELLA, 2013, p. 23). Isto é, a afirmação alerta sobre a falta de valia de uma compreensão teórica dissociada da realidade empírica. Ao revés, também não se pode desejar uma aplicação de conhecimentos sem uma vinculação a princípios. (MESQUITA, 2015, p.501)

Desse modo, fica-se com a pergunta de Mesquita para iniciar o tópico seguinte, o qual percebeu que era precisa indagar que, uma vez demonstrado que o modelo puro do Sistema Garantista:

(...) não se coaduna com a colaboração da justiça, quais devem ser os cuidados para que, no mundo real, haja o mínimo de restrição nas garantias fundamentais e o respeito às metas fixadas pelo Sistema Garantista seja maximizado o tanto quanto possível? (MESQUITA, 2015, p. 501).

3. Notas sobre o *labelling approach* ou o paradigma da reação social: a mudança do paradigma da investigação criminológica

Após voltar-se aos conceitos já definidos pela ciência Penal, o presente tópico busca ampliar o debate ao fazer uso da Criminologia Crítica. Essa, parte do Direito Penal, porém analisa o “crime” e o “criminoso” com um olhar diferente e, a partir do paradigma do *labeling approach*, trabalha com a ideia de construção jurídica e social dos conceitos.

Anteriormente ao paradigma da reação social, o foco da disciplina criminológica era a causa do crime, isto é, a criminologia etiológica. Denominada de Criminologia tradicional ou positiva teve espaço até a década de 1960 e focava sua análise na investigação das causas da criminalidade. Ademais, o conceito legal de crime era importado da ciência Penal e, portanto,

não era questionado, sendo assim, não havia questionamentos sobre o porquê de determinadas condutas serem penalizadas e outras não.

A mudança de paradigma se deu quando se percebeu que aquilo que define um criminoso é muito menos a conduta empreendida e, muito mais todo o processo que envolve a criminalização¹⁴. Isso porque o crime, como conceito por si só, não existe, o que há é uma construção social¹⁵ do significado jurídico, repleta de interacionismo simbólico.

Segundo Alessandro Baratta (2014, p.87),

no interacionismo simbólico, a sociedade – ou seja, a realidade social – é constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, aos quais um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem.

Central para entender a criminologia da reação social são os conceitos de criminalização primária – quem criminaliza o quê? – e secundária – quem criminaliza quem? –, pois, somente então, será possível raciocinar os efeitos da estigmatização na formação do *status* social de desviante.

Dessa forma, a primeira concepção se concentra em quem detém o poder de definição do desvio, isto é, as agências de controle social¹⁶. É como surge o comportamento desviante. Por sua vez, a segunda precisa de um agente em face de quem seja imputável um crime e se dá na medida em que o sujeito avança nas referidas agências de controle, trata-se de “como os atos desviantes são ligados simbolicamente, e as consequências efetivas desta ligação para os desvios sucessivos por parte da pessoa” (BARATTA, 2014, p.90).

Ocorre, desse modo, o “etiquetamento” do comportamento desviante e do sujeito como criminoso. A etiqueta torna-se “um meio de defesa, de ataque ou de adaptação em relação aos problemas manifestos e ocultos criados pela reação social ao primeiro desvio” (BARATTA, 2014, p.90).

¹⁴ O que distingue a criminologia tradicional da nova disciplina é, principalmente a consciência crítica que a nova concepção traz consigo, em face da definição do próprio objeto da investigação criminológica (a “criminalidade”, o “criminoso”), quando não o consideramos um simples ponto de partida, mas como uma realidade social que não se coloca como pré-constituída à experiência cognoscitiva e prática, mas é constituída dentro da experiência, mediante os processos de interação que a caracterizam. (BARATTA, 2014, p.84)

¹⁵ O conceito de que a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer sobre o plano objetivo, mas produto de uma construção social vem da “etnometodologia”, inspirada pela sociologia denomeno-lógica de Alfred Schutz.

¹⁶ Didaticamente, pode ser dividido em: subsistema de segurança pública, subsistema judicial, subsistema penitenciário. Essas agências atuam de maneira reativa e o objetivo é aplicar a pena ao final.

Nasce assim, para o *labeling approach*, o “homem criminoso”, a partir da atribuição do *status* social, o qual se concretiza com a aceitação da *status* desviante e, assim, o indivíduo reproduzir o comportamento “anormal”.

4. Processo Rafael Braga Vieira: o discurso no Poder Judiciário

Finalizando a introdução teórica, passa-se ao estudo do caso propriamente dito. Inicia-se, então, a análise dos discursos e agentes envolvidos no decorrer do processo criminal.

4.1 Uma breve contextualização necessária: as manifestações de 2013

No dia 06 de junho de 2013, na avenida Paulista, ocorreu uma manifestação convocada pelo MPL (Movimento Passe Livre) devido à insatisfação com o aumento da passagem de ônibus. Essa é considerada o marco zero para uma série de manifestações que ocorreram em todo o país.¹⁷ Sendo, inclusive, um dos mais famosos slogans uma alusão a esse fato: “não é apenas pelos 20 centavos”¹⁸.

Mais tarde, o slogan se tornou “o gigante acordou”¹⁹ e milhares de pessoas foram às ruas, com as mais diversas reivindicações. A impressão inicial é que não havia um direcionamento político minimamente homogêneo e se podia notar pessoas das mais diferentes linhas políticas e até, aquelas que se diziam apolíticas.

A onda de protesto teve lugar nas avenidas mais importantes das cidades brasileiras, e, em pouco tempo, cenas frequentes eram àquelas que protagonizavam o confronto²⁰ entre a PM (Polícia Militar), Polícia Civil e os manifestantes²¹, bem como agressões e prisões²².

¹⁷ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/12/1390207-manifestacoes-nao-foram-pelos-20-centavos.shtml>> Acesso em: 23/08/2017.

¹⁸ Tal referência faz sentido tendo em vista que o início das manifestações se iniciou com o MPL convocando a população para reivindicar o aumento abusivo dos transportes públicos. Não pelo valor em si, mas pelo que aquilo representava em um país com altos índices de desemprego e muitos escândalos de corrupção.

¹⁹ O gigante representa o Estado Brasileiro que foi considerado digno desse adjetivo pela sua extensão territorial, pelo seu potencial econômico e, principalmente pela força de seu povo. Por sua vez, acordar significa que seus cidadãos prometiam uma mudança de postura com relação a exigir seus direitos tão caros em uma democracia.

²⁰ Vide capítulo anterior XXX Congresso da UNE

²¹ Disponível em : <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/06/130604_protestos_saopaulo_mdb_dt> Acesso em 23/08/2017.

²² Ferrajoli, ao falar sobre prisões no direito italiano também contempla o direito penal brasileiro ao dizer que em todas as hipóteses de prisão é obrigatório que haja a “excepcionalidade”, a “necessidade” e a “urgência”, de forma que a prisão em flagrante se resolve no exercício ordinário de um poder de polícia autônomo (2010, p.730)

4.2. Tempo, lugar e espaço: quem é Rafael Braga Vieira

Em 20 de junho de 2013, na Avenida Presidente Vargas, no Centro do Rio de Janeiro, acontecia mais um de uma série de protestos que tiveram lugar naquele período do ano de 2013. Havia diversas bandeiras, tendo em vista que as manifestações, apesar de políticas, consideravam-se sem a liderança de um partido específico, bem como sem uma pauta única.

Existiam, também, diferentes grupos de pessoas, de diversas classes sociais. No entanto, um dos presos daquele dia, que mais tarde se tornou o único condenado, afirma através de seu depoimento e da defesa técnica, não fazer parte desta luta, mesmo porque o que buscava era a garantia de sua sobrevivência.²³

Rafael Braga, segundo Laize Gabriela Benevides, uma das advogadas que trabalhou em sua defesa²⁴, “não sabia sequer o nome do governador do estado do Rio de Janeiro”. Segundo a mesma, a justificativa de estar no local era a de “procurar objetos na rua para vender, tendo em vista que estava desempregado e deveria ajudar na renda familiar”.

No entanto, foi preso em flagrante, em frente à Delegacia da Criança e Adolescente Víctima (DCAV), sob a acusação de que “portava 02 (dois) frascos contendo substância inflamável com pedaços de pano presos em seu bocal²⁵, que os policiais entenderam ser coquetel molotov”²⁶, conforme consta na denúncia.

4.3. Da denúncia à conversão em prisão preventiva: o que dizem os atores processuais

Após relatar o contexto da prisão em flagrante, faz-se mister que se analise os atos imediatamente posteriores a fim de identificar quem são os atores que representam o poder de punir do Estado em cada momento.

Com efeito, os responsáveis pela prisão do Rafael Braga são dois policiais, lotados na DCAV, local onde se deu o suposto flagrante. No registro de ocorrência a dinâmica do fato é descrita exclusivamente tendo em vista o depoimento dos policiais, únicas testemunhas:

²³ Disponível em: <https://spotniks.com/o-nome-dele-e-rafael-braga-e-voce-precisa-conhecer-sua-historia/>. Acesso em 23/08/2017.

²⁴ A advogada proferiu uma palestra sobre o tema na Universidade Federal de Sergipe, no dia 12/07/2017. Ela trabalhou na defesa a partir da Apelação, quando O IDDH (Instituto dos Defensores de Direitos Humanos) assumiram a defesa processual do Rafael Braga.

²⁵ Durante todo o processo discute-se a existência ou não desse peno preso em seu bocal, a defesa nega, porém os policiais confirmam.

²⁶ Trecho retirado do Processo de nº 0212057-10.2013.8.19.0001.

(...) que o declarante é Policial Civil , lotado no DCAV, e no dia de hoje , quando em prontidão naquela especializada para resguardar o patrimônio , quando notou o nacional que por ora sabe chamar-se RAFAEL BRAGA VIEIRA , adentrando em um estabelecimento comercial situado na parte de frente da DCAV , estabelecimento esse que já estava com a sua porta arrombada, portando uma mochila em suas mãos ; que momentos depois o mesmo saiu do estabelecimento comercial com dois francos em suas mãos , aparentemente ao artefato semelhante ao coquetel molotof ; que imediatamente o declarante e o Policial Civil Eduardo Nogueira , também lotado naquela especializada , foram em direção ao nacional RAFAEL e o detiveram ; que ao questioná-lo, do que se tratava o material , o nacional RAFAEL nada respondeu , limitando-se a dizer que estava apenas participando da manifestação ; que ao verificar os dois artefatos foi constatado que um deles estava parcialmente preenchido com substancia incolor com odor semelhante ao de álcool e o outro preenchido com substancia de odor muito forte , embora não identificado ; que apresentou o fato a Autoridade Policial , que seguindo orientação da Chefe da Policial Civil , Dr^o Marta Rocha , ordenou que o detido fosse conduzido a esta UPJ e apresentado a ocorrência a Autoridade Policial dessa Distrital, Central de Flagrante (BRASIL,2013).

Por sua vez, Rafael, no registro de ocorrência, invoca o direito constitucional de manter-se em silêncio, e, apesar disso foi perguntado²⁷ sobre sua relação com as drogas, bem como sobre a sua vida pregressa²⁸.

No auto de apreensão, faz-se a menção novamente ao fato de que os dois frascos encontrados são para a obtenção do coquetel molotov “armas: 2 explosivos não identificados (Bomba de fabricação caseira) – Calibre (INDETERMINADO); Duas garrafas plásticas com pedaços de pano presas em seu bocal- assemelhado ao coquetel molotov”.

O exame pericial direto, realizado pelo Esquadrão antibombas é solicitado no dia posterior ao flagrante, porém concluído 1 (um) mês depois, no dia 22 de julho de 2013, momento posterior à denúncia, ou seja, foi fundamentada apenas no depoimento dos policiais que efetuaram o flagrante.

Segundo a denúncia:

(...) policiais civis que estavam de prontidão na DCAV viram o denunciado, o qual carregava uma mochila, entrar em um estabelecimento comercial localizado em frente à referida Delegacia e que instantes depois o acusado saiu do referido estabelecimento portando 02 (dois) artefatos incendiários em suas mãos.

Assim, os agentes da lei abordaram o acusado, que apenas disse que estaria participando das manifestações. Assim agindo, o denunciado praticou conduta que, em tese, é objetiva e subjetivamente típica, antijurídica e reprovável, razão pela qual está incurso nas penas do artigo 16, Parágrafo único, III, da Lei 10.826/03 (BRASIL, 2013).

²⁷ Importante perceber que tais perguntas tem o condão de estabelecer o “etiquetamento”, isto é, atribuir-lhe o *status* social de criminoso.

²⁸ Registro nº 005-06559/2013 e, nele consta a declaração: “que perguntado, respondeu que não usa drogas ; que saiu da cadeia há pelo menos dois meses e respondeu e foi condenado , por roubo em dois processos , sendo um em 2006 e um em 2008 ; que o declarante foi assistido pelo Dr. Felipe Machado Caldeiras , OAB 124393” .

Rafael Braga foi denunciado pela prática do crime previsto à luz do Estatuto do Desarmamento, Lei de nº 10.826/2003 que diz em seu art. 16, § único, III:

Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

[...]

III – possuir, detiver, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

No momento do recebimento da denúncia, vale ressaltar que a prisão de Rafael Vieira Braga já era preventiva, como se pode notar do despacho que recebe a denúncia. E, quanto ao instituto da prisão preventiva, é necessário observar os discursos do Ministério Público e do Poder Judiciário para a conversão da prisão em flagrante em preventiva, bem como as disposições do Código de Processo Penal²⁹ que tratam do assunto, mais especificamente os artigos 312 e 313 do referido Código.

A conversão é obtida através do requerimento do Ministério Público³⁰, seguido da decisão do juiz concedendo-a. No requerimento, o Ministério Público fundamenta a existência do *fumus comissi delicti*³¹ “na prova de existência de crime e nos indícios de autoria no bojo da comunicação do flagrante” e o *periculum in libertatis*³² na “garantia da ordem pública³³, conveniência da instrução e assegurar a aplicação da lei penal”.

²⁹ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria;

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

³⁰ Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial

³¹ Para Aury Lopes Jr (2004, 195), o *fumus comissi delicti* é a probabilidade de ocorrência de um delito, isto é, na dinâmica do Código de Processo Penal é a prova da existência de indícios suficientes de autoria (art.312).

³² Aury (2004, p.195) ainda destaca que o *periculum in libertatis* é o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previstos no CPP, como o risco da ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

³³ O conceito de ordem pública é centro de muitos debates, principalmente quando se trata da sua aplicação como justificativa da prisão preventiva. Nesse sentido destaca Machado (2005, p.112) “Deve-se levar em conta ainda os componentes ideológicos que permeiam a noção de ordem pública, pois uma visão maniqueísta da realidade social tende a identificar a ideia de ordem com a região do bem e da moralidade, onde estão as pessoas que gozam de alguns direitos básicos como a dignidade, o trabalho, o lazer, a escola, a saúde, a moradia etc.” Numa perspectiva mais otimista Grandinetti defende “é preciso desmistificar o conceito de ordem pública, espancar dele qualquer ranço que possa fazer lembrar seu uso nocivo e construir uma noção democrática, progressista e o máximo possível imune a manipulações”.

O juiz, por sua vez, na decisão que concede a conversão para prisão preventiva constrói sua motivação no sentido de haver “materialidade mínima e indícios suficientes da autoria, segundo se extrai dos depoimentos colhidos em sede inquisitorial, estando presentes os requisitos autorizadores”. Assim, o *fumus comissi delicti* justifica-se nos “indícios da participação de acordo com a denúncia” e o *periculum in libertatis* “para se resguardar a futura instrução criminal e a ordem pública, bem como a aplicação da eventual sanção”.

Verifica-se, então, um discurso uníssono do Ministério Público e do Poder Judiciário, seja na base da motivação ser a prova testemunhal dos agentes que efetuaram a prisão, a qual justificaria a “materialidade mínima”, seja nos requisitos autorizadores para a concessão da medida cautelar, isto é, *fumus comissi delicti* e o *periculum in libertatis*.

Ademais, os discursos também coincidem quando se trata da construção da reprovabilidade da conduta e, utilizando o vocabulário do *labeling approach*, do *status* social de criminoso. O Ministério Público afirma que “o indiciado se fez passar por um cidadão que fazia parte da manifestação que ocorria naquele dia”, além de dizer que sua intenção era “espalhar o terror na cidade” e destacar que é “reincidente e tem maus antecedentes”³⁴.

O Poder Judiciário, na figura do juiz da primeira instância, destaca que a “FAC aponta a prática de 2 crimes de roubo, ambos com condenação pretérita e transitada em julgado em seu desfavor”. Além do mais, afirma que o denunciado pertence a “uma minoria imbuída única e exclusivamente na realização de atos de vandalismo, tendentes a desacreditar e desmerecer um debate democrático”. E, para demonstrar o não pertencimento do réu àquela realidade finaliza “ali participavam famílias inteiras, incluindo crianças e idosos”.

Assim, o Ministério Público e o Poder judiciário se alinham na construção do discurso que induz à conclusão do não pertencimento do denunciado ao contexto, e acusam-no de “espalhar o terror” e “arruinar um debate democrático”, pois segundo eles, a manifestação representa uma luta democrática legítima que alguns queriam “estragar”.

4.4 Do resultado do exame pericial à condenação: qual a prova prevalece?

Uma vez concedida a cautelaridade requerida pelo MP, a marcha processual penal caminha para uma fase de instrução, a “instrução criminal”. Aqui são avaliadas as provas, sejam

³⁴ A despeito de entender o valor que existe os institutos da reincidência e maus antecedentes, por força das legislações no âmbito do direito processual penal, visto que fazem parte da *práxis* jurídica, bem como devem ser considerados para efeito de concessão de *habeas corpus*, conversão para prisão preventiva, cálculo da pena, progressão de regime, etc, o presente trabalho, ao buscar entender a função da construção da figura do *status* social de criminoso através dos discursos, não deve importar os institutos já pré-definidos do direito penal, sem problematizá-los.

elas testemunhais, periciais, documentais, etc. E, foi no curso da instrução criminal que vieram aos autos o resultado do exame pericial o qual conclui que os frascos encontrados com o réu são uma garrafa de “Pinho Minuano” e uma “água sanitária BARRA” que

No estado em que este material se encontra, está apto a ser acionado (por chama) e lançado, porém com mínima aptidão para funcionar como "coquetel molotov". Pode ser utilizado com eficácia na prática de crimes como arma de coação, intimidação ou ser acionado e lançado contra populares ou forças policiais, apresentando contudo ínfima possibilidade de funcionar como "coquetel molotov" (BRASIL, 2013).

Apesar do referido laudo garantir a impossibilidade de “fabricar ou empregar um artefato explosivo ou incendiário”, impedindo, nesse caso, a subsunção do fato à norma, o Ministério Público opta por dar prosseguimento ao feito e permanecer favorável à condenação.

Nesse momento, a defesa técnica se manifesta ao pedir a revogação da prisão preventiva, com base no laudo técnico do esquadrão antibomba. E afirma

(...) muito embora já tenha se encerrado a instrução criminal, os fatos narrados em AIJ e o Laudo do material apreendido fazem dissipar completamente a fumaça do bom direito necessária a qualquer prisão cautelar (BRASIL, 2013).

Ademais, a defesa trabalha detalhando as consequências lógicas a partir do laudo pericial oficial, como a que “água sanitária não é substância apta a incendiar ou causar explosão”, “em que pese a base alcoólica do desinfetante, este é de difícil combustão, não se prestando à fabricação de Coquetel Molotov”, “álcool de cozinha é mais barato e mais eficiente” e “recipientes de plástico não se estilhaçam ao serem lançados, logo, são inservíveis para a confecção de Coquetéis Molotov”.

Em seguida, a Defensoria Pública, mais uma vez, destaca que o acusado é “reconhecidamente morador de rua e catador de latinhas, afastando-o completamente do cenário de protestos que havia no dia em tela, retirando, assim, a plausibilidade da conduta a ele atribuída”. E acusa “não se pode olvidar do já comprovado comportamento policial durante tais episódios populares, forjando provas, alterando a verdade dos fatos e incriminando inocentes”.

Por fim, a defesa requer a revogação da prisão preventiva ou, subsidiariamente, a substituição por outra medida cautelar diversa da prisão³⁵, qual seja a de monitoração

³⁵ As medidas cautelares caracterizam-se pela provisoriedade, urgência e instrumentalidade. São exemplos de medidas cautelares diversa da prisão a proibição de frequentar lugares, a proibição de contato com a pessoa, a

eletrônica, conforme o art. 319, XI, CPP. O MP, no entanto, manifesta-se pela permanência da prisão do réu e o juiz decide nesse sentido³⁶. Exemplo de medidas cautelares diversa da prisão são as impostas ao senador Aécio Neves pelo STF, denunciado por corrupção passiva e obstrução de justiça, de afastamento do mandato e de recolhimento domiciliar noturno.

A decisão da concessão traz que “a defesa não logrou êxito em comprovar qualquer alteração na situação fático-jurídica que pudesse ensejar a modificação da decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva”³⁷. E invoca a Súmula 52 do Superior Tribunal de Justiça que diz “encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo”, muito embora a defesa não tenha alegado o excesso prazal, mas sim o novo elemento de prova, isto é, o laudo pericial.

Segue-se, assim, para as alegações finais. O MP se manifesta ratificando sua posição pela condenação. Dessa forma, destaca o depoimento oral dos policiais, no qual um deles “afirma se tratar de coquetel molotov” e o outro diz que “no local da prisão do acusado havia grande concentração de pessoas, sendo certo que a eventual explosão daquele conteúdo colocaria em risco a todos os presentes”.

O Ministério Público ainda registra “que o laudo pericial acima referido asseverou a potencialidade lesiva dos objetos encontrados em poder do acusado, inclusive para provocar incêndio”³⁸. E, ainda, arrisca “conhecendo-se a violência que campeou nos recentes protestos realizados na cidade do Rio de Janeiro, é evidente que o réu pretendia fazer uso nocivo dos frascos incendiários”.³⁹ E, então, conclui que “o réu deverá ser condenado a pena privativa de liberdade”.

Por sua vez, a Defensoria Pública, em sede de alegações finais, inicia retomando o depoimento do acusado em audiência de instrução, o qual afirma

(...) que os fatos não ocorreram na forma descrita na inicial; que trabalha como catador de lixo e dormia há aproximadamente 1 (um) mês no estabelecimento desativado; que foi pego com 2 garrafas de plástico lacradas: uma de pinho sol e outra de água sanitária; que não tinha pano nas garrafas; que estavam bem lacradas; que quando

suspensão de função ou atividade, a internação de inimputável ou semi-imputável, o comparecimento periódico, o recolhimento domiciliar, a monitoração eletrônica, fiança, etc.

³⁶ A decisão inicia-se ao dizer “conforme bem salientou o Dr. Promotor, de Justiça, constata-se que continuam presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva”.

³⁷ Ressalte-se que o pedido da defesa foi motivado pela pelo laudo técnico do esquadrão antibombas que afirma que substâncias que estavam em posse do acusado não são aptas a produzir o coquetel Molotov.

³⁸ O laudo pericial, conforme já dito, diz que existe “ínfima possibilidade de funcionar como ‘coquetel molotov’”, e fala a seguir que o “etanol” encontrado dentro de uma das garrafas - “Pinho Minuano” e “água sanitária” – pode ser utilizado como combustível em incêndios.

³⁹ Tal afirmação, no entanto, torna-se bastante problemática quando parte do Ministério Público, o qual deve-se basear em provas e não em suposições.

chegou à delegacia, a garrafa de "pinho sol" estava aberta e com menos líquido em seu interior (BRASIL, 2013).

Sendo assim, a defesa nega a imputação que é endereçada ao acusado. Além disso, destaca o depoimento de um dos policiais que confirma a versão de que se tratava de uma loja abandonada e, não, um estabelecimento comercial. Em seguida, destaca que o etanol que é citado no laudo faz parte da composição do “Pinho Sol”, mas não é álcool propriamente dito e não serviria para produzir o “coquetel molotov”, conforme destaca o laudo. E, mais uma vez, afirma que o indiciado não fazia parte dos protestos.

A defesa ainda baseia-se Zaffaroni (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002) para falar sobre os crimes de perigo abstrato:

(...) para sua caracterização costuma-se recorrer a dois critérios: para uns seriam tipos nos quais o perigo se presume *juris et de jure*, enquanto para outros seriam tipos que se satisfariam com um perigo de perigo. Nenhum desses critérios parece aceitável. Devem ser banidas do direito penal presunções *juris et de jure*, que, por definição, servem para dar por certo aquilo que é falso ou ignorado, isto é, para considerar que existiu ofensa ao bem jurídico quando não existiu ou não sabemos se existiu. Por isso Binding caracterizava tais crimes como delitos de desobediência, o que reaparece hoje com a constatação de que não passam de ser meras desobediências, [...] Portanto, análise dos tipos penais no ordenamento vigente, por imperativo constitucional, deve partir da premissa de que existem apenas crimes de dano (ou de lesão) e de perigo, e nesses últimos sempre deve ter ocorrido uma situação de risco de lesão ao mundo real (BRASIL, 2013)⁴⁰

E, para finalizar, faz uma analogia para embasar a tese que sustenta a atipicidade da conduta do denunciado:

(...) nos autos, não consta qualquer demonstração de perigo ao mundo real, pois andar com produtos de limpeza nunca foi e nunca será crime, sob pena de inviabilizar a vida moderna, se está linha prosperar, podemos dizer que portar canetas é crime de perigo, pois uma pode levar à morte se inserida em determinada parte do corpo humano. Impossível (BRASIL, 2013)

Na sentença, o Poder Judiciário se manifesta no sentido do acolhimento integral da denúncia formulada pelo Ministério Público e completa: “em se tratando de prisão em flagrante

⁴⁰ Texto encontrado nas Alegações Finais do processo de nº 0212057-10.2013.8.19.0001.

de características bastante comuns, a aferição dá materialidade⁴¹ e autoria⁴² do delito, não demandam maiores indagações” (BRASIL, 2013). Ademais, destaca “em princípio, ressalte-se que as testemunhas são pessoas idôneas, isentas e não têm qualquer interesse em prejudicar o réu” (BRASIL, 2013). Lembra, assim, trechos dos depoimentos de ambos como prova cabal para a condenação.

Em seguida, caracteriza a versão do réu como “pueril e inverossímil”, tendo em vista que considera que o denunciado ser pego com as garrafas de “pinho sol” e água sanitária”, “no mesmo dia em que ocorreu confronto com as forças Policiais, deixam claro que o intento do réu não seria outro senão o de proceder ao incêndio de qualquer objeto ou pessoas”. Dessa forma, “julga procedente a pretensão punitiva estatal” para condenar o réu Rafael Braga Vieira, qualificado nos autos, como incurso nas penas do art.16, III, da Lei 10.826/2003.

É condenado, portanto, a cinco anos de reclusão e dez dias-multa. O cumprimento da pena em regime fechado e o valor de cada dia-multa foi fixado em 1/30 do salário mínimo vigente à época. Nesse momento, o réu já havia cumprido seis meses da pena privativa de liberdade de forma preventiva.

Com a condenação, abre-se o prazo para oferecimento do Recurso de Apelação, mas, por outro lado, inicia-se a Execução Provisória da Pena.

4.5 Notas sobre a condenação

A condenação, portanto, tem como elemento central o depoimento dos policiais que efetuaram a prisão, ao considerar a súmula 70⁴³ do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em detrimento do disposto no Código de Processo Penal, em seu artigo 155:

o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (BRASIL, 1941).

⁴¹ A materialidade restou comprovada de forma inequívoca, pelo Registro de Ocorrência de fls. 05/05V; pelo auto de apreensão de fls. 21; pelo laudo técnico; de exame do Material acostado às fls. 70/72; e pelo relato das testemunhas, em Juízo, descrevendo e pormenorizando toda a dinâmica delitiva, conforme exposto na sentença.

⁴² A autoria, por sua vez, pôde ser haurida do seguro reconhecimento do acusado em Juízo, pelos dois policiais civis que efetuaram a prisão, bem como da versão apresentada pelo réu em seu interrogatório indicando que era realmente ele quem portava as garrafas, conforme exposto na sentença.

⁴³ Súmula 70, do TJRJ: “O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação.”

Além do mais, a imputação criminal constrói-se através de um discurso de extrema proximidade entre a acusação (Ministério Público) e o órgão julgador (Poder Judiciário). A defesa, portanto, não obtém sucesso em seus requerimentos ou em sua tese de atipicidade da conduta descrita. E, principalmente, nesse momento, não consegue desvincular o réu da participação nas manifestações, mesmo alegando que o mesmo é morador de rua.

O perfil do acusado foi traçado no sentido demonstrar o seu caráter antissocial e de “espalhar o terror na cidade”. O “etiquetamento” e a construção do *status* social utiliza-se de provas no momento inquisitorial para subsidiar a condenação, qual seja o depoimento policial.

Ademais, um dos princípios basilares do Direito Processual concretiza-se no princípio do contraditório, o qual tem a função de, à luz da Constituição, evitar uma cultura autoritária. Nesse sentido, José Lebre de Freitas (2013, p.125) deixa claro que o princípio do contraditório “deixou de ser a defesa no sentido negativo de oposição à atuação alheia para ser a influência no sentido positivo. Isso se traduz no direito das partes participarem ativamente no desenvolvimento e êxito do processo”.

Sendo, assim, devem as partes, não só se manifestarem, mas também terem igualdade de armas para influenciar na fundamentação da sentença. Caso contrário, não existirá paridade de arma, e, conseqüentemente, não será um processo democrático.

5. Conclusão

Com efeito, a prisão de Rafael Braga ocorreu em um momento de agitação popular, manifestações contrárias à forma como a política se concretizava nas esferas de poder, isto é, com escândalos de corrupção, descaso com a população, dentre outras bandeiras. Desse modo, o cenário da prisão de Rafael Braga é político.

Ao analisar o caso paradigmático a partir dos discursos desenvolvidos pela defesa, Ministério Público e Poder Judiciário é possível se atentar para a semelhança entre os discursos dos dois últimos, em muitos pontos, uníssonos. Em contrapartida, a defesa não consegue influenciar no processo de maneira efetiva, o que fere o princípio do contraditório, da presunção de inocência e, principalmente da igualdade. Porém, mais grave que isso, é perceber que a imputação criminal se desenvolve de maneira inquisitiva, visto que a fala da acusação é reverberada pelo Poder Judiciário e a voz da defesa é silenciada, bem como pelo fato já exposto de mitigações dos princípios e direitos constitucionais.

Com uma análise sob à luz da Criminologia Crítica dos discursos insertos no caso paradigma é possível perceber que o *status* social de criminoso fica bem acentuado, ao contrário da figura dos policiais (agentes estatais), que o Poder Judiciário, em primeira instância destaca em sua sentença “são pessoas idôneas”. E, desse modo, desconsidera uma prova pericial que destaca a inaptidão dos componentes para ser capaz de fabricar um coquetel molotov, para condenar conforme a prova testemunhal, em consonância com a súmula de nº 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Durante a análise processual, a fala do Poder Judiciário esclarece que o réu tentava arruinar uma luta democrática legítima, na qual “participavam famílias inteiras, incluindo idosos e crianças”. Porém, o referido réu encontrava-se na posição de espalhar o terror, e, portanto, recebe o *status* de criminoso.

Assim, a análise de literatura no presente artigo aliado à análise do processo criminal paradigma permitiu observar que o processo de criminalização do réu, Rafael Braga, desenvolve-se na medida em que existe a construção de um inimigo/criminoso que é assim etiquetado pelas agências estatais e punido em desrespeito a princípios e garantias estabelecidos pelo regime democrático.

6. Referências bibliográficas

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

AVENA, Noberto. **Processo Penal esquematizado**. 3 ed. São Paulo: Método, 2011.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à sociologia do direito penal. 6 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 jul. 2017.

_____. **Código Penal**: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de janeiro de 1940. Institui o Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 10 jun. 2017.

_____. **Código de Processo Penal:** Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm#livroivtitulov>. Acesso em 22 dez. 2017.

_____. Tribunal De Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Processo Criminal nº 0212057-10.2013.8.19.0001**, Rafael Braga Vieira e Ministério Público Estadual, 20/jun/2013.

_____. **Estatuto do Desarmamento:** Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras. Diário Oficial da União, Brasília: Palácio do Planalto, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 21 jun/2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Súmula n. 70.** Aprovada em 04 ago. 2003. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-70>>. Acessado em 21 ago/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 52. Aprovada em** 24 set. 1992. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acessado em 21 ago/2017.

CALABRICH, Bruno. FISCHER, Douglas. PELELLA, Eduardo (org.). **Garantismo Penal Integral:** questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio e certezza. **Rivista di diritto processuale.** Padova: Cedam, 1965, p. 4-9, vol. XX.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FREITAS, José Lebre de. **A falsidade no direito probatório:** contribuições para o estudo da prova documental. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2013.

GARAPON, Antoine. **Bem julgar**: ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Imprensa, 1999.

KHALED JR., Salah Hassan. **O Sistema Processual Penal brasileiro**: Acusatório, misto ou inquisitório?. Civitas, Porto Alegre. V. 10, n. 2, maio-ago, 2010. 293-308 p.

KAUFFMAN, Rodrigo de Oliveira. **Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo**. São Paulo: Almedina, 2011.

LOPES JR.,Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Introdução Crítica ao Processo Penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão Cautelar e Liberdades Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

MESQUITA, Bruno Utsch. A colaboração premiada no direito brasileiro: uma análise de legitimidade à luz do garantismo de Ferrajoli e do garantismo integral. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, n. 9, p. 487-530, 2015. Anual.

NOLL, Felipe H; MARCHT, Laura M. **O sistema processual brasileiro é misto ou acusatório?**. Disponível em: <<https://www.garantismobrasil.com/single-post/2016/09/19/O-sistema-processual-penal-brasileiro-%C3%A9-misto-ou-acusat%C3%B3rio>>. Acesso em 02/abr/2018.

PRADO, Geraldo. **Transação Penal**, 2ª Ed, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. **La libertad del Derecho Penal**: Estudos sobre la doctrina de la imputación. Barcelona: Atelier, 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 4 ed. rev. São Paulo: RT, 2002.

OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E SUAS CONCEPÇÕES: EXAME CRÍTICO PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Matheus de Araújo Alves

Universidade FUMEC

Sérgio Henriques Zandoná Freitas

Universidade FUMEC

Resumo

O estudo propõe-se a fazer uma análise dos diferentes sistemas processuais penais, traçando um paralelo entre suas origens históricas e etimológicas, além das influências sócio-políticas do momento em que foram concebidos. Após examinar cada um dos sistemas, busca-se destacar as controvérsias doutrinárias a respeito do sistema processual penal brasileiro, da pretensão punitiva e sua conexão com a expressão lide no processo penal. Para tanto, utiliza-se de pesquisa bibliográfica, através do método dedutivo, com marco teórico nas obras de Aury Lopes Jr e Rosemiro Pereira Leal.

Palavras-chave: sistemas processuais, acusatório, inquisitório, misto, direito processual penal.

Abstract/Resumen/Résumé

The study's propose is to make an analysis of the different procedural penal systems, drawing a parallel between their historical and etymological origins, in addition to the socio-political influences of the moment in which they were conceived. After examining each of the systems, the aim is to highlight the doctrinal controversies regarding the Brazilian criminal procedural system, the punitive pretension and its connection to the term litigation in criminal proceedings. To this end, a bibliographical research is used, through the deductive method, with a theoretical framework in the works of Aury Lopes Jr and Rosemiro Pereira Leal.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: procedure systems, adversarial, inquisitorial, mixed, criminal procedure law.

1. Introdução

Ao longo dos séculos, a estrutura do processo penal passou por diversas transformações, sendo um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários da Constituição de cada país. Historicamente, o sistema acusatório foi predominante até meados do século XII, dando lugar, gradativamente, ao sistema inquisitório, que prevaleceu até o final do século XVIII, quando os movimentos político-sociais emergiram para uma nova mudança de paradigma (LOPES JR, 2016, p. 31).

Em destaque a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), eis que estabeleceu uma gama de princípios fundamentais processuais (exemplo, ampla defesa, contraditório, dentre outros), encaminhando a eleição pelo acusatório como sistema processual penal vigente, sendo de se estabelecer a crítica com a distinção entre as funções de acusação e julgamento, a iniciativa probatória das partes e a manutenção do juiz como imparcial no curso do processo. Entretanto, o Código de Processo Penal brasileiro de 1941 (BRASIL, 1941) não está em perfeita consonância com esse sistema, carregando em seu texto características de caráter inquisitório e autoritário.

Com isso, necessário identificar qual o fundamento principiológico constitucional do processo penal para sua adequação ao Estado Democrático de Direito, para então poder classificá-lo de acordo com sua real essência. Para tanto, utiliza-se de pesquisa bibliográfica, por meio do método dedutivo, com marco teórico no processo constitucional democrático de direito, nas obras de Aury Lopes Jr e Sérgio Henriques Zandoná Freitas.

2. Histórico de lide e dos sistemas processuais penais

Seja na sua origem grega, onde *synítemi* significa estar junto de; ou no latim, *systema/systematis*, que se traduz por reunião, todo sistema surge do agrupamento de elementos comuns, formando uma unidade maior e intelectualmente organizada. Com isso, Paulo Rangel caracteriza o sistema processual penal como um conjunto de princípios e regras constitucionais consonantes com o contexto político vivido por cada Estado, que determinam as normas de aplicação do Direito Penal a serem seguidas em cada caso concreto (RANGEL, 2010, p. 49).

Ao proibir a autotutela punindo como crime a justiça feita pelas próprias mãos, o Estado passou a assumir o compromisso de solucionar os conflitos e exercer a pretensão punitiva de forma adequada, efetiva e em tempo hábil (ALBERTON, 2004, p. 177).

Porém, no que tange à pretensão punitiva e sua conexão com a expressão lide no processo penal, há que se discorrer brevemente sobre a controvérsia doutrinária da questão. A

concepção clássica, trazida aos estudos do processo por Carnelutti, preconiza que a lide seria um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. As divergências doutrinárias eclodiram no momento da transposição do referido conceito ao processo penal. Isto porque o antagonismo entre o *ius puniendi* e o *ius libertatis*, ambos de interesse público e tutela do Estado, suscitou questionamentos acerca do que seriam os “interesses” envolvidos nas ações penais.

No desenvolvimento de sua argumentação, entende Eugênio Pacelli de Oliveira não haver lide penal e sim pretensão punitiva, conceituando esta como “pretensão condenatória de imposição da sanção penal ao autor do fato tido por delituoso, conforme exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio” (OLIVEIRA, 2004, p. 74-75).

Leciona o autor que

o interesse na preservação da liberdade individual é também um interesse público, uma vez que interessa ao Estado, na mesma medida, a condenação do culpado e a absolvição do inocente. O Estado, no processo penal, somente pode pretender a correta aplicação da lei penal. Até a ideia de interesse, tal como elaborada no processo civil, não parece inteiramente adequada ao processo penal, tendo em vista que esse, o interesse, normalmente, é revertido em favor do titular do direito material. No processo penal não ocorre dessa maneira, tendo em vista que a condenação e a prisão do réu pode até provocar satisfação pessoal do ofendido, mas certamente não reverterá em seu favor, se, por exemplo, a coisa furtada não for devolvida. [...] Passaríamos, assim, à teoria que define a lide como uma pretensão insatisfeita, independentemente da resistência do réu. Nesse caso, o conceito seria ainda menos relevante no processo penal, dado que, nesse, toda pretensão punitiva há, necessariamente, de ser conduzida ao Judiciário, ou seja, a pretensão punitiva é sempre insatisfeita, somente satisfazendo-se por meio do processo (OLIVEIRA, 2004, p. 74-75).

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, no tocante à polêmica, concorda com Pacelli na impropriedade da lide (cunhada em argumentos “carneluttianos”) enquanto referência ao conteúdo do processo penal. No entanto, com ele discorda no que considera a apropriada definição, agasalhando o uso da expressão caso penal. E assim o faz, tendo em vista a “evidência de não ser o processo penal o veículo onde, a todo custo, deve-se impor a pretensão punitiva” (COUTINHO, 1998, p. 133, 137 e 138).

A rigor, informa Jacinto Nelson de Miranda Coutinho que Carnelutti, após pesadas críticas, mudou sua posição em relação a existir lide no processo penal até o ponto de negá-la. Entretanto, a corrente doutrinária que desta fonte partiu, dela utilizou-se o suficiente para forjar seus argumentos, concluindo pelo que seria lide penal, ou seja, não mais referência a um conceito geral do direito processual aplicável ao processo penal, mas um conceito específico dele. Posicionamento que o autor considera insuficiente para

agasalhar o conteúdo do processo penal em todas as suas formas e fases, [desafio que considera possível alcançar a partir de uma] visão processual penal desafeta das raízes processuais civilistas. A sanção penal, no nosso processo penal, só pode ser aplicada através da jurisdição – e deve sê-lo através do devido processo legal. [...] Cometido o crime, a sanção só será executada a partir da decisão jurisdicional, presa a um pressuposto: a reconstituição de um fato pretérito, o crime, na medida de uma verdade processualmente válida e evidenciadora da culpabilidade ou da periculosidade. A jurisdição atua para fazer o acerto do fato, e o processo é o meio que utiliza para concluir se o réu deve ser punido ou não. Para expressar essa reconstituição que se efetiva no processo penal – geralmente de forma conflitual, mas não sempre –, e tem importância prática já na primeira fase de persecução penal, o ideal seria uma expressão ainda não comprometida com outros significados relevantes: caso penal, por exemplo. Trata-se, entenda-se bem, de encontrar uma palavra, uma expressão, adequada ao fenômeno que se dá ao processo e, dessa maneira, o melhor é deixar, na medida do possível, um menor espaço à indeterminação, por natureza sempre presente. Caso penal cumpre o requisito a contento (COUTINHO, 1998, p. 133, 137 e 138).

Nesta mesma linha de pensamento, ressalvadas as diferenças, encontra-se posicionamento de Bruno Cezar da Luz Pontes. Depreende o autor que, no processo penal, o que se deseja não é a composição do litígio, e sim encontrar a verdade real¹, a partir da qual será aplicado o Direito, seja prevalecendo o *jus puniendi* do Estado, seja prevalecendo o *jus libertatis* do réu. Assim, reflete o autor, “não há que se considerar correta a afirmação que em processo penal existiria lide, já que estaríamos diante de um conflito de interesses entre o Estado e o réu”. O que não ocorre, no entendimento dele, porque, no processo penal, não se pretende sobrepor interesses, mas sim fazer prevalecer aquele que estiver protegido pelo Direito, efetivando-se dessa forma os preceitos constitucionais (PONTES, 1998).

Mas é nas concepções de Rosemiro Pereira Leal que se encontra definição para lide mais sintética. Depreende-se do autor que citada expressão significa conflito processualizado de pretensões sobre um bem da vida jurídica na esfera judiciária (LEAL, 2005, p. 286).

¹ Neste ponto, em que pese as considerações de Bruno Pontes acerca da lide no direito penal, a expressão por ele utilizada “verdade real” é o que interessa investigar (PONTES, 1998). Afirma Aury Lopes Jr. que verdade real é um mito forjado na inquisição (para justificar os atos abusivos do Estado, na mesma lógica de que “os fins justificam os meios”) a ser desconstruído, dando lugar ao que chama de verdade processual. Continua o autor, baseado em estudos colacionados em Ferrajoli, que “a verdade processual não pretende ser a verdade. Não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto processual, mas sim condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e garantias da defesa. A verdade formal é mais controlada quanto ao método de aquisição e mais reduzida quanto ao conteúdo informativo que qualquer hipotética verdade substancial”. Concluindo Aury Lopes pela impossibilidade da verdade real ser obtida, em virtude do absurdo de equiparar-se o real ao imaginário, pois o real só existe no presente, sendo o fato passado (de onde se quer encontrar a verdade) nada mais que uma reconstrução imaginária no presente (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 538, 539 e 540). O princípio da verdade está vinculado à prova no processo que, por sua vez, visa a formação de um juízo de probabilidade, sem a pretensão de atingir a certeza (ARANHA, 2008; KHARLED JR, 2013). Não há que se falar em verdade real ou processual. A finalidade das provas no processo deve ser o exercício da reconstrução fática de situações relevantes ocorrida no passado, fundamentais para a compreensão das partes e do magistrado na construção dialogada do provimento final.

Superada essa breve passagem acerca do que se conceitua lide, percebe-se que ainda é distante o entendimento doutrinário pacífico de tão controverso assunto. Isto clarificado urge retornar a discussão relativa aos sistemas processuais penais. Estes são, portanto, um agrupamento de métodos de pacificação social adotado por cada Estado para a resolução de conflitos no âmbito penal, sendo influenciado diretamente pela época, as transformações sociais e políticas do momento. Para Mauro Fonseca Andrade, a função dos sistemas processuais penais é de auxiliar o legislador quando este for estabelecer a política criminal no campo processual. São eles que determinarão o grau de eficiência da repressão criminal e da imparcialidade do juiz (ANDRADE, 2009a, p. 383).

Observa-se, então, que o contexto sócio-político de cada Estado influencia diretamente na adoção do seu sistema processual penal. Dessa forma, os Estados totalitários, tendem a uma maior repressão penal, com o aumento do espaço para a discricionariedade e autoritarismo estatal. Já nos Estados democráticos, essa atuação por parte do juiz é limitada, respeitando as liberdades individuais, uma vez que o sistema acusatório protege o cidadão em face da hegemonia estatal.

Porém, na prática, essa tendência nem sempre se converte em certeza. Nem todos os Estados que adotam o sistema inquisitivo são ditatoriais e nem todos Estados democráticos tem, necessariamente, um sistema processual penal acusatório. O Brasil², por exemplo, é claramente um Estado democrático de direito que, para muitos autores, como veremos, adota um sistema processual penal de características inquisitivas.

3. Sistema processual penal inquisitório

Até o século XII, havia o predomínio do sistema acusatório, onde não havia processo sem acusador legítimo e idôneo. Ao longo do século XII até o XIV, esse sistema foi sendo, gradativamente, substituído pelo inquisitório, também chamado de inquisitivo (LOPES JR, 2016, p. 31).

O termo “inquisitivo” faz referência à Inquisição ou Santo Ofício, processo adotado no século XII pelos tribunais eclesiásticos para investigação criminal e instituído, pelo papa Gregório IX, em 1231, como tribunal da Idade Média, responsável por julgar os delitos contra

² Para maior estudo sobre a matéria: ALVARES, 2013; ARRUDA, 2018; BERGAMINI, 2018; BONFIM, 2016; CHOUKR, 2011; DA SILVA, 2018; FEITOZA, 2009; FERRAJOLI, 2014; MENDES, 2018; NASCIMENTO, 2018; POVOA, 2018; PRADO, 2006; SANNINI NETO, 2018; SOBRAL 2018; TOMAZINI, 2018; TUCCI, 2009.

a fé, em sua forma definitiva e persecutória, com o objetivo de exterminar aqueles chamados hereges (RODRIGUES, 2013).

Na Itália, França, Alemanha e em Portugal, a Inquisição medieval tinha penas mais brandas como a de excomunhão, embora a tortura já fosse autorizada pela igreja como método para arrancar confissões. Já sua segunda encarnação surgiu com toda força na Espanha de 1478, com punições bem mais severas como, por exemplo, a instituição da morte na fogueira, a prisão perpétua e o confisco de bens – o que transformou a Inquisição numa atividade altamente rentável para os cofres da Igreja (ANDRADE, 2009a, p. 384).

Nesse sentido Mauro Fonseca Andrade discorre que:

Durante o Império Romano, a Igreja Católica incorporou esse modelo de persecução penal a suas práticas processuais, voltando a utilizá-lo, na Idade Média, como instrumento de combate à heresia em terras europeias. Assim o foi porque a atuação popular não era suficiente para frear a expansão de outras seitas e doutrinas religiosas distintas do cristianismo. A prevalência do sistema inquisitivo se deu nas Idades Média e Moderna, em virtude das perseguições religiosas e políticas realizadas pela Igreja Católica em conjunto com o poder central de cada país. O início de sua decadência se deu com a Revolução Francesa, mas se consumou a partir de 1808, em razão da difusão do *Code d'Instruction Criminelle* francês em terras europeias e entre os países colonizados por Espanha e Portugal (ANDRADE, 2009, p. 402).

O sistema inquisitório tem como principal característica a aglutinação dos poderes processuais penais concentrados nas mãos de um único órgão. As tarefas de perseguir, acusar e julgar são, portanto, atividades concentradas em uma só pessoa. Logo, não há uma estrutura dialética e muito menos contraditória. Nesse sistema, as atividades do juiz e acusador se confundem, uma vez que o magistrado abandona a posição de árbitro imparcial e passa a atuar como inquisidor. Não existe imparcialidade e o acusado perde sua condição de sujeito processual, convertendo-se em um mero objeto de investigação, como bem destaca Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: “ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido” (COUTINHO, 2001, p. 23).

Por conseguinte, diante de um fato típico, o julgador atua de ofício, sem a necessidade de prévia provocação, e recolheria – também de ofício – o material probatório que serviria para a construção de seu convencimento. A gestão da prova no processo inquisitório fica exclusivamente nas mãos do juiz, que é livre para intervir, recolher e selecionar o material necessário para julgar. Gustavo Henrique Badaró ressalta que o sistema inquisitório se baseia

em “um princípio de autoridade, segundo o qual a verdade é tanto melhor acertada, quanto maiores forem os poderes conferidos ao investigador” (BADARÓ, 2003, p. 105).

4. Sistema processual penal acusatório

Durante muitos anos, entendeu-se que o magistrado seria detentor das funções de acusar, defender e julgar, simultaneamente, os indivíduos que cometessem algum crime. Porém, com a evolução temporal e cultural dos Estados civilizados, essa concentração de poderes na figura do Estado-juiz passou a ser questionada e a sociedade se viu necessitada de um modelo imparcial de persecução penal.

O sistema processual penal acusatório surge no segundo período evolutivo do processo penal romano, quando a expansão do Império fez necessária a criação de mecanismos mais eficazes para investigar determinados crimes. O crescente número de causas e as dificuldades para processá-las nas grandes assembleias tornaram necessária a delegação das funções jurisdicionais do Senado ou do povo para tribunais ou juízes em comissão, órgãos jurisdicionais temporários, chamados de *quaestiones*, formados por cidadãos representantes do povo romano e presidido pelo pretor (RODRIGUES, 2013).

Entretanto, foi em 1166 que o sistema acusatório ganhou seus contornos clássicos, quando, no reinado de Henrique II, foi instituído no direito inglês o chamado *trial by jury*, que dividia o julgamento popular em duas etapas distintas: a primeira da admissão da acusação e a segunda, da aplicação do direito material ao caso em questão. O representante do rei, que desempenhava o papel equivalente ao do juiz, intervinha apenas para manter a ordem em um julgamento baseado no debate entre a acusação e a defesa (COUTINHO, 2010, p. 172).

O Estado, então, visando a imprescindível separação de funções, origina o Ministério Público, com a função de ser o responsável pela propositura da ação penal quando esta for pública, mantendo, então, a iniciativa da ação penal privada, ou a dependente de representação, nas mãos do particular. Dessa forma, as funções processuais, antes concentradas na figura do magistrado, agora são divididas entre três personagens distintos: “o juiz, órgão imparcial de aplicação da lei a ser provocado; o autor, responsável pela acusação; e o réu, que não é visto como um mero objeto do processo, exercendo seus direitos e garantias” (RODRIGUES, 2013). Com isso, o órgão acusador não mais coincide com o julgador, o que é essencial para distinção entre o sistema acusatório e o inquisitório.

O sistema processual penal acusatório é, portanto, a representação de um Estado liberal-democrático e, como ressalta Gustavo Badaró, a divisão de funções no processo, assim

como a separação dos poderes do Estado, tem a finalidade de evitar a concentração de poder em um só órgão (BADARÓ, 2003, p. 107), o que gera uma maior segurança jurídica e tranquilidade social.

Entre as principais características desse sistema está, primeiramente, a presença de uma clara separação entre a figura do juiz e a das partes – que se de manter ao longo de todo o processo – para que se garanta a imparcialidade do órgão julgador e efetivação do princípio do contraditório; além da posição do magistrado fundada no *ne procedat iudex ex officio* (princípio da demanda ou inércia judicial), cabendo às partes, portanto, a iniciativa não apenas inicial, mas ao longo de toda a produção de provas; e a vedação à práticas de atos de caráter probatório ou persecutório por parte do magistrado – presentes no Código de Processo Penal Brasileiro (BRASIL, 1941) – como bem exemplifica Aury Lopes Jr:

Por exemplo, a possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva de ofício (art. 311); a decretação, de ofício, da busca e apreensão (art. 242); a iniciativa probatória a cargo do juiz (art. 156); a condenação do réu sem pedido do Ministério Público, pois isso viola também o Princípio da Correlação (art.385); e vários outros dispositivos do CPP que atribuem ao juiz um ativismo tipicamente inquisitivo (LOPES JR, 2016, p. 34).

Apesar de o sistema acusatório estar, reconhecidamente, firmado por uma série de garantias que o levariam a ser considerado como incitador de um processo penal democrático, o mesmo não se encontra isento de críticas, por exemplo, em relação à inércia do magistrado que, “ao deixar exclusivamente nas mãos dos litigantes a produção probatória, terá que se conformar com as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo que decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado” (RODRIGUES, 2013).

Entretanto, estes preceitos democráticos que revestem o sistema processual penal acusatório não são exclusividade do mesmo, uma vez que, a existência do tribunal do júri, os princípios da publicidade, do contraditório, da oralidade, da igualdade e da liberdade do acusado como regra também já, ao longo da história, estiveram presentes nos sistemas misto e inquisitivos (ANDRADE, 2009b, p. 455).

Mauro Fonseca de Andrade aponta que essa posição doutrinária indica de forma errônea que tais garantias do acusado só passaram a existir, no Brasil, a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), uma vez que:

A Constituição de 1967, em seu art. 153, abria o Capítulo IV, referente aos direitos e garantias individuais. E nele encontramos a presença do princípio da igualdade (§ 1º), a ampla defesa e possibilidade de recursos (§ 15), o princípio do contraditório (§ 16) e previsão do tribunal do júri (§ 18). Esses mesmos direitos e garantias foram mantidos pela Emenda Constitucional I, de 17.10.1969, que sequer alterou o número dos parágrafos onde eles se encontravam anteriormente. Ninguém nega que esses textos constitucionais estavam inseridos em um contexto não-democrático, pautados pelos mandos e desmandos de uma ditadura militar. Da mesma forma, não há que se esquecer que, antes de 1988, a doutrina nacional, quase de forma unânime, apontava o processo brasileiro como seguidor do sistema misto. Por isso, o que queremos deixar claro é que essas garantias, presentes ontem e hoje em nossa Constituição, em nenhum momento se prestam a definir esse ou aquele sistema de processo penal (ANDRADE, 2009b, p. 455).

Desta forma, a história do processo penal nos permite verificar que, a adoção do regime democrático por parte determinado Estado não tem, obrigatoriamente, relação com o sistema acusatório, de forma que não se pode considerar esse como um critério preciso para defini-lo.

5. Sistema processual penal misto

O chamado “sistema processual penal misto” surgiu em 1808 com o Código Napoleônico, que dividia o processo em duas fases, sendo a primeira uma fase pré-processual, e a segunda, processual (LOPES JR, 2016, p. 36).

O sistema misto traz como seu principal atributo, portanto, o caráter bifásico, com uma primeira fase inquisitiva, onde ocorre uma investigação preliminar e a uma instrução preparatória e uma segunda fase, que culmina no julgamento do acusado levando-se em conta todas as garantias do sistema acusatório (CAPEZ, 2016, p. 83). Sendo que o procedimento preliminar é escrito, secreto, com contraditório e ampla defesa mitigados; e a fase judicial é oral, pública, com todos os atos praticados em audiência e garantidos ao acusado os direitos ao contraditório e a ampla defesa.

Parte relevante da doutrina como os autores Marco Antônio de Barros (2013, p. 32) e Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 25) referem-se ao modelo brasileiro de sistema processual penal como sendo misto, com a afirmação de que os sistemas puros seriam modelos históricos que não encontram correspondência com atuais e que a divisão bifásica do processo possibilitaria o predomínio, em geral, da forma inquisitiva na fase preparatória e acusatória na fase processual, formando assim o caráter “misto”. Além do mais, há a falsa concepção de que essa mera repartição das funções de acusar e julgar sejam suficientes para que se caracterize o sistema acusatório. Nesse sentido, Nucci discorre que:

Os princípios norteadores do sistema, advindos da Constituição Federal, possuem inspiração acusatória (ampla defesa, contraditório, publicidade, separação entre acusação e julgador, imparcialidade do juiz, presunção de inocência, etc). Porém, é patente que o corpo legislativo processual penal, estruturado pelo Código de Processo Penal e leis especiais, utilizado no dia-a-dia forense, instruindo feitos e produzindo soluções às causas, possui institutos advindos tanto do sistema acusatório quanto do sistema inquisitivo. Não há qualquer pureza na mescla dessas regras, emergindo daí o sistema misto. (...) O advento de um sistema acusatório puro, afastando-se completamente resquícios de trato inquisitivo, depende da edição de lei, pois somente os princípios constitucionais não são suficientes para comandar a instrução do feito, desde a ocorrência do crime até o trânsito em julgado da decisão condenatória (NUCCI, 2015, p.25).

Entretanto, o pensamento que denomina o sistema processual penal brasileiro como misto deve ser revisado, já que se trata de uma abordagem reducionista, na medida em que, no momento presente, todos os sistemas processuais são mistos, sendo os modelos puros apenas uma referência histórica. Além disso, em relação à fase investigativa, é importante ressaltar que a definição de um sistema processual há de se limitar ao exame do processo. E como, definitivamente, inquérito policial não é processo, mas um procedimento administrativo preliminar, o sistema processual não poderá ser misto, ao menos não sob tal argumento.

Outro pensamento reducionista, nas palavras de Aury Lopes Jr, é em relação à noção de que a mera separação das funções de acusação e julgamento, como já dito, seria suficiente para determinar-se o sistema acusatório, “na medida em que de nada serve a separação inicial das funções se depois se permite que o juiz tenha iniciativa probatória, determine de ofício a coleta de provas (v.g. art. 156), decrete de ofício a prisão preventiva, ou mesmo condene diante do pedido de absolvição do Ministério Público” (LOPES JR, 2016, p. 35).

6. O sistema processual penal brasileiro

O Código de Processo Penal Brasileiro (BRASIL, 1941) que, desde 1941, regula os direitos e garantias processuais dos cidadãos acusados de crimes, durante sua concepção, sofreu influência do Código de Rocco, código de processo penal da Itália de 1930 (RODRIGUES, 2013). O Código italiano possuía uma forte matriz autoritária, reflexo da época fascista de Mussolini, que trazia em seu texto algumas características inquisitivas, como exemplo, nas palavras de Espínola Filho e Lavorenti, “a presunção de inocência era um absurdo ilógico, pois que, se havia uma acusação contra uma pessoa, era porque existiam fortes indícios de autoria, não podendo esta pessoa ser tratada como inocente” (ESPÍNOLA FILHO; LAVORENTI, 2000, p. 365).

Devido a essa forte influência autoritária e do caráter inquisitivo da presunção de culpa, até os dias atuais o Código de Processo Penal Brasileiro (BRASIL, 1941) ainda possui preceitos que vão de encontro com princípios e garantias previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), dificultando que haja uma unanimidade doutrinária no que tange à classificação do sistema processual penal do país.

Como já discutido neste trabalho, o processo penal brasileiro é, majoritariamente, classificado pela doutrina como misto, ou seja, inquisitório na primeira fase (inquérito policial) e acusatório na fase processual. Entretanto, chamar o sistema vigente de misto é não dizer quase nada sobre ele, pois não existem mais sistemas puros, sendo todos eles mistos.

Nesse sentido, enquanto autores como Hélio Tornaghi e Edilson Bonfim defendem que o sistema processual penal brasileiro seria bifásico e, conseqüentemente, misto – levando-se em conta que o Inquérito Policial possui caráter inquisitivo, como uma fase preliminar, seguida pela fase judicial, de caráter acusatório – do outro lado, Mirabette, Tourinho e Scarance contestam esse entendimento por considerarem que a fase investigatória não é propriamente processual, mas de caráter eminentemente administrativo (RODRIGUES, 2013).

Despindo-se de qualquer reducionismo e aprofundando-se na análise do caráter processual penal brasileiro é possível identificá-lo, portanto, como essencialmente inquisitório, como bem entende Aury Lopes Jr (2016, p. 36). Isso se deve, principalmente, pelo fato de que, na fase processual, a gestão da prova estar exclusivamente nas mãos do juiz.

Não basta, portanto, que haja uma separação inicial onde o Ministério Público formula a acusação e, depois, no decorrer do procedimento, permite com que o magistrado atue ativamente na persecução probatória ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora, como exemplo a regra do artigo 310 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), permitindo que o juiz de ofício converta a prisão em flagrante em prisão preventiva, pois isso equivale a decretar prisão de ofício; ou a possibilidade de oitiva de testemunhas além das indicadas, como prevê o artigo 209; a busca e apreensão do artigo 242 e o sequestro do 127; a determinação de diligências de ofício durante a fase processual e até mesmo durante o curso da investigação preliminar (artigo 156, incisos I e II); além da liberdade de condenar, ainda que o Ministério Público tenha postulado a absolvição, com base no artigo 385, também do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Dessa forma, qualquer dispositivo que confira ao juiz poderes instrutórios revela, por parte do ordenamento jurídico penal, a adoção do princípio inquisitivo que sustenta o sistema inquisitório, pois representa uma violação da igualdade e do contraditório na estrutura processual. Para Denilson Pacheco, defender o contrário, classificando o sistema brasileiro

como acusatório, é omitir práticas inquisitoriais dos magistrados que produzem prova de ofício, decretam a prisão do acusado sem que nenhuma das partes tenha solicitado, bem como se valer de elementos produzidos longe do contraditório para a formação de sua convicção (PACHECO, 2010, p. 49).

No direito estrangeiro, Máximo Langer também chama a atenção para a discussão dos sistemas processuais penais:

En el plano normativo es importante que distingamos entre la forma y la sustancia. Los sistemas acusatorio e inquisitivo son dos formas de implementar los principios y fines del proceso penal, pero no deberían ser confundidos con aquellos. En vez de comenzar por preguntarnos cuál de los sistemas es normativamente superior al otro, convendría plantearnos cuáles deberían ser los principios y fines del proceso penal, y luego discutir cuál sería la mejor forma de implementarlos en jurisdicciones específicas. Si bien han existido algunos intentos por encauzar la discusión de esta manera, estos intentos todavía son incipientes y muy pocos.³ (LANGER, 2015, p. 34).

Da teoria constitucionalista do processo, como destaca Sérgio Henrique Zandoná Freitas, colhe-se que o processo, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como instituição constitucionalizada que, pela principiologia constitucional do devido processo (que abarca os princípios da reserva legal, da ampla defesa, da isonomia e do contraditório) converte-se em direito-garantia (FREITAS, 2008, p. 169).

O conceito de Estado Democrático de Direito exige que o legislador, nas sociedades Políticas Democráticas de Direito, eleito, submeta-se aos princípios do Processo como instituição jurídica referência da soberania popular e da cidadania, com fundamentos no instituto da jurisdição constitucional e esta como atividade judicatória dos magistrados, de forma legal, preexistente e básica, como fonte primeira do poder constituinte.

Destaca-se que o processo constitucional tem por fundamento garantir o princípio da supremacia constitucional, possibilitando a efetiva tutela, proteção e fomento dos direitos fundamentais. O processo constitucional demanda pressupostos essenciais, dentre eles: a razoável duração dos pleitos, e as formas de controle constitucional (preventivo, repressivo, direto, repressivo indireto e ocasional); que não podem ser confundidos com diminuição ou eliminação das garantias processuais constitucionais (contraditório, ampla defesa, duplo grau

³ Tradução livre: No nível normativo, é importante distinguir entre forma e substância. Os sistemas acusatório e inquisitivo são duas maneiras de implementar os princípios e processo criminal, mas não deve ser confundido com aqueles postulados. Em vez de começar perguntando qual dos sistemas é normativamente superior ao outro, devemos considerar quais devem ser os princípios e propósitos do processo criminal, e em seguida, discuta qual seria a melhor maneira de implementá-las em jurisdições específicas. Embora tenha havido algumas tentativas de canalizar a discussão dessa maneira, essas tentativas ainda são incipientes e muito poucas.

de jurisdição, fundamentação das decisões, direito de prova, instrumentalidade das formas, presença de advogado, dentre outros), sob pena de ferir o princípio do Estado Democrático de Direito (FREITAS, 2008, p. 169).

À jurisdição constitucional, por sua vez, define-se como atividade jurisdicional exercida pelo Estado com o objetivo de tutelar o princípio da supremacia da Constituição e a proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana. Tem-se como possível a partir do controle (difuso e concentrado) de constitucionalidade das leis ordinárias e dos atos estatais que estejam a ferir os preceitos constitucionais; observado que deve ser a estrutura de garantias, como exemplo, o devido processo legal, a ação direta de inconstitucionalidade, o mandado de segurança, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação popular, dentre outros, cada um dentro de suas especificidades, como mecanismos de efetividade proteção dos direitos.

No Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional é serviço público, dependente de provocação dos interessados, e consiste em cumprir as normas do Direito Positivo, realizando o ordenamento jurídico, por meio de um procedimento legalmente estruturado e informado, em especial, pelos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Com destaque, o preceito constitucional que disciplina “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” - CR/88, art. 5o, inciso LIV (BRASIL, 1988) é fundamental à estrutura do Direito Processual Constitucional e dos demais princípios que regulam o processo. Originário do inglês *due process of law*, o princípio do devido processo legal representa o direito de deduzir pretensão e de se defender amplamente em juízo, bem como o direito a um pronunciamento judicial final, com respeito ao contraditório e a paridade de armas dos envolvidos, responsáveis por sua construção participada e dialogada. Deve vir manifestado em todos os níveis do procedimento, além de ter como fundamento e alcance a invalidação de leis, normas e atos arbitrários que restrinjam direitos fundamentais sem justificativa plausível e relevante. Pode ser melhor compreendido em conjunto com o devido processo constitucional (disciplina constitucional principiológica), que representa os pilares do Estado Democrático de Direito e inadmite o fato do processo ser instrumento para a realização da justiça entre os homens já que os provimentos estatais só serão considerados legítimos quando construídos em participação isonômica, em contraditório e em ampla defesa pelos seus próprios destinatários (FREITAS, 2008, p. 170).

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, por sua vez, regulam-se no art. 5o, inciso LV da Constituição do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988). A visão moderna do conceito de contraditório perpassa por uma garantia de efetiva participação dos envolvidos na demanda, por

meio da plena igualdade em todos os atos processuais que sejam potencialmente importantes (fatos, provas, questões de direito; elementos ligados ao objeto da causa) e possam influir no provimento final. Por sua vez, o princípio da ampla defesa regula as relações existentes entre as partes e o magistrado, até que este último explicita a função jurisdicional tutelando as partes litigantes por meio da atividade realizada no curso do procedimento.

A motivação das decisões judiciais surgiu voltada à imposição de limites ao exercício da jurisdição no Estado democrático. Dessa forma, como eficiente barreira de proteção do indivíduo contra violações arbitrárias. Obriga também a vinculação dos pronunciamentos judiciais à legalidade, impedindo os espaços de criação (discricionariedade judicial na sua aplicação) e que sejam preenchidos de forma arbitrária e ilegítima. Garante ainda, através da previsibilidade das decisões jurídicas, o controle da racionalidade nas decisões apresentadas pelos juízes, nas justificações. Revela, assim, seu significado fundamental, no plano processual, ao assegurar a concreta apreciação das questões de direito e de fato discutidas no processo, ou seja, a efetividade da cognição judicial, dificultando, dessa forma, que as decisões consistam-se do produto da vontade pessoal do juiz.

Os princípios do direito de ação e da ampla defesa, o princípio do direito à prova e seu ônus encontram subsídio no instituto da prova, concebido no direito processual. O instituto jurídico da prova fundamenta-se no exercício lógico da demonstração de existência ou inexistência de pessoa, coisa, fato, ato ou situação jurídica, sendo que provar nada mais é do que representar e demonstrar, instrumentalizando, os elementos de prova pelos meios de prova. Ao ônus da prova no direito processual penal tem-se que, em razão do princípio da inocência, cabe à acusação a obrigação da prova em juízo. Insta destacar, entretanto, haver a possibilidade da inversão do ônus da prova em face do acusado quando a acusação reúne provas para sustentar a asserção condenatória, cabendo ao acusado a contraprova (inocência ou excludentes de ilicitude), sob pena de vir a ser condenado (FREITAS, 2008, p. 171).

O direito à não autoincriminação e ao silêncio deriva-se do princípio constitucional da ampla defesa, prescrevendo que ninguém é obrigado a se autoincriminar, não podendo o suspeito ou acusado ser forçado a produzir prova contra si. Destina-se ao indiciado ou acusado o direito ao silêncio, extensão do princípio da não autoincriminação. Isto significa dizer que essa extensão tornou o direito ao silêncio uma garantia constitucional, conforme consagrado no art. 5º, inciso LXIII da Constituição do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) e reforçado no Estatuto Processual Penal. Possibilitou-se ao réu silenciar-se, confessar ou negar, no interrogatório de mérito, momento esse em que se busca a identificação e individualização da personalidade do acusado, não cabendo a este a prestação de compromisso. Concluída a fase inicial de

identificação, sobre a pessoa do acusado, passando-se à segunda parte, relativa aos fatos imputados a ele, cabe ao juiz dar conta ao acusado dos elementos probatórios até então reunidos, cientificando-o de seu direito de ficar em silêncio, ocorrendo de modo efetivo, a partir de então, o exercício da autodefesa, na medida em que pode o acusado responder o que bem entender ou permanecer em silêncio, sem que isso possa ser levado em prejuízo de sua defesa.

O princípio da presunção de inocência, também conhecido como princípio do estado de inocência, disciplina que ninguém será considerado culpado senão após o trânsito em julgado de sentença condenatória (art. 5º, inciso LVII da CR/88 – BRASIL, 1988). Tem por principal fundamento a proibição ao excesso, representado pela impossibilidade de antecipação dos efeitos da condenação antes do trânsito em julgado que, por sua vez, refletem no cumprimento da pena, na perda da primariedade, e na execução civil da condenação.

Estes pressupostos, elementos ou subprincípios, quando aplicados à esfera penal, serão entendidos, a) quanto à adequação, como uma exigência de que seja apto o direito penal para tutelar um bem jurídico, além da medida a ser adotada (pena) ser adequada à finalidade que se deseja; b) quanto à necessidade, esta se materializa no princípio da intervenção mínima, finalizando o c) postulado da proporcionalidade em sentido estrito como sendo aquele que aferirá a proporcionalidade das penas, em princípio, abstratamente cominadas nos diversos delitos. A desproporção ocorrerá, entretanto, se negligenciado o princípio da dignidade da pessoa humana e outros que com ele fazem coro, em especial no direito penal, como o princípio da intervenção mínima. Estes princípios, embalados pelo juízo de ponderação imposto pelo postulado da proporcionalidade, vinculam ao legislador (no momento da elaboração da lei e a relação desta com a gravidade do fato e a gravidade da pena), e ao juiz (quando da aplicação da lei ao caso concreto), o dever de observar critérios que permitam uma tutela penal adequada e necessária para o fim de prevenir o dano social. Havendo que se anular, destarte, qualquer medida desproporcional que transborde os limites dos direitos fundamentais — seja ela legislativa, jurisdicional ou administrativa. Contemporaneamente, seu maior destaque encontra-se na importante função de vetor orientador do intérprete constitucional, para fins de controle de constitucionalidade e resolução de conflito entre princípios (FREITAS, 2008, p. 173).

Importante constatar que entre as críticas envoltas à aplicação do postulado da proporcionalidade, é frequente aquela que o acusa de conferir à letra fria da lei o caráter de dogma, impondo-lhe uma interpretação limitada à literalidade, resguardando, dessa forma, os desígnios legislativos, do poder criativo do julgador. Polêmica desnecessária se levado em conta o princípio da interpretação conforme a Constituição.

Por conseguinte, o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), fruto da realidade histórica e social do Estado Novo, possui uma clara matriz inquisitória que deve ser severamente combatida, na medida em que grande parte de seus dispositivos não se coaduna com os princípios acusatórios presentes na Constituição da República (BRASIL, 1988). Portanto, a estrutura do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) deve ser reformada para que esteja, então, em conformidade com os preceitos constitucionais vigentes e, conseqüentemente, ao sistema acusatório.

7. Conclusão

No presente trabalho, é possível perceber que os sistemas processuais penais são diretamente influenciados pelas transformações políticas e sociais do momento de sua concepção. Dessa forma, os Estados totalitários tendem a ter uma maior possibilidade de atuação discricionária por parte da figura do magistrado, enquanto nos Estados democráticos, a ação do juiz se vê limitada pelos direitos e garantias individuais de seus cidadãos.

Entretanto, na prática, essa tendência nem sempre se confirma, como no caso do Brasil, cuja Constituição da República (BRASIL, 1988) adota, expressamente, o sistema processual penal acusatório, mas que possui um ordenamento jurídico com características inquisitivas.

O sistema acusatório, como visto, assim como o princípio da separação das funções dos poderes do Estado, visa impedir a concentração de poder em uma só figura, com o objetivo de se garantir a imparcialidade do órgão julgador e a efetivação do contraditório, cabendo às partes a iniciativa probatória por todo o curso do processo. Em sentido contrário, o sistema inquisitório aglutina esses poderes processuais penais apenas na figura do juiz, que detém as funções de perseguir, acusar e julgar o réu. Enquanto isso, o sistema misto traz, como sua principal característica, o caráter bifásico, dividindo o processo em duas fases diferentes, uma inquisitiva e outra, posterior, acusatória, sendo esse, majoritariamente, considerado o sistema processual penal brasileiro.

Porém, é necessário que se faça uma revisão nesse pensamento majoritário, uma vez que considerar um sistema processual como misto é não dizer nada sobre ele, pois, no presente, todos estes são mistos, já que os sistemas puros não mais existem. É preciso também ressaltar que, para se definir a estrutura de um sistema processual, há de se limitar exclusivamente ao exame do processo, deixando de lado a fase pré-processual (inquérito policial), que, na verdade, se refere a um procedimento administrativo.

É mister observar também, que a maciça influência inquisitiva que o Código de Processo Penal Brasileiro (BRASIL, 1941) sofreu durante sua concepção ainda persiste nos dias atuais, o que permite identificar o sistema processual penal do Brasil como essencialmente inquisitório. A simples separação dos poderes de acusação e julgamento no decorrer do processo não é, portanto, suficiente para que se garanta a imparcialidade do juiz e, conseqüentemente, a adoção do sistema acusatório. Isso devido a possibilidade do magistrado de atuar de ofício na persecução probatória ou até na prática de atos tipicamente da parte acusadora, violam, expressamente, os princípios constitucionalmente garantidos do contraditório e da ampla defesa.

Dessa forma, em busca da concretização do sistema processual penal acusatório almejado na Constituição da República (BRASIL, 1988), é necessário que se faça uma adequação constitucional de todos os dispositivos do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) que, até então, reforçam o caráter inquisitório do processo, para que o ordenamento jurídico brasileiro esteja, dessa forma, em consonância com um Estado realmente democrático de direito.

8. Referências bibliográficas

ALBERTON, Cláudia Marlise. Tutelas de urgência, emergência e evidência – a questão da sumarização frente ao processo penal garantista. *In*: CARVALHO, Salo de (Org.). **Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ALVARES, Gabriela Pinto. **O sistema processual penal brasileiro e o artigo 156 do Código de Processo Penal: da concepção declarada à evidenciada**. 2013. 74 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Ciências Jurídicas e Sociais) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/93257>>. Acesso em: 02 mai. 2018.

ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo codex penal adjetivo. **Revista Ibero-americana de Ciências Penais**, v.9, nº 17, p. 51-84 de 2009.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2009.

ARANHA, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARRUDA, Wesley Rodrigues. **Sistema processual penal brasileiro: inquisitório, acusatório ou misto?** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,sistema-processual-penal-brasileiro-inquisitorio-acusatorio-ou-misto,51623.html>>. Acesso em: 05 mai. 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2003.

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BERGAMINI, José Carlos Loitey. **Sistemas Processuais Penais**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58251/sistemas-processuais-penais>>. Acesso em: 03 maio 2018.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei n. 3.689 de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 02 mai. 2018.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 28 dez. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 mai. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. *In: Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **O novo processo penal à luz da Constituição. 1. ed.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DA SILVA, Rui Antônio. **O Indisfarçável Caráter Inquisitivo do Sistema Processual Penal Brasileiro**. Disponível em:

<http://www.adpf.org.br/adpf/admin/painelcontrole/materia/materia_portal.wsp?tmp.edt.materia_codigo=9078&tit=O-Indisfarçavel-Carater-Inquisitivo-do-Sistema-Processual-Penal-B#.Wuu21IgvzIU>. Acesso em: 03 mai. 2018.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo; LAVORENTI, José Geraldo Da Silva Wilson. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. Rio de Janeiro: Bookseller, 2000. v. 9.

FEITOZA, Denílson. **Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis**. 6.ed. Niterói: Impetus, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná. **MEDIDAS CAUTELARES JUDICIAIS E DE POLÍCIA NO PROCESSO CONSTITUCIONAL PENAL: ABORDAGEM NO ESTADO**

DEMOCRÁTICO DE DIREITO (Mestrado em Direito Processual). Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2008.

KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 6. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2005.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR, Aury. **Não percebemos o quanto nosso processo penal é primitivo e inquisitório**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/limite-penal-processo-penal-brasileiro-primitivo-inquisitorio>>. Acesso em: 03 maio 2018.

MENDES, Alcaires. **Sistema Processual Penal Brasileiro de acordo com a Constituição**. Disponível em: <<http://teorjuridico.com/sistema-processual-penal-brasileiro-de-acordo-com-a-constituicao/>>. Acesso em: 03 maio 2018.

MUNDO ESTRANHO, Redação. **O que foi a Inquisição?** Disponível em: <https://mundoestranho.abril.com.br/historia/o-que-foi-a-inquisicao>. Acesso em: 02 mai. 2018.

NASCIMENTO, Artur Gustavo Azevedo do. **Processo Penal Brasileiro: sistema acusatório ou inquisitivo garantista?** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2690>. Acesso em: 02 mai. 2018.

NETO, Francisco. **Sistemas processuais: acusatório**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/sistemas-processuais-acusatorio/>>. Acesso em: 03 maio 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito Processual Penal**: teoria, crítica e práxis. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010.

PONTES, Bruno Cezar da Luz. **O processo penal sem lide**. Teresina, a. 2, n. 25, jun. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1064>>. Acesso em: 03 mai. 2018.

POVOA, Hugo Mesquita. **Sistemas Processuais Penais**. Disponível em: <<https://hugopova.jusbrasil.com.br/artigos/441932353/sistemas-processuais-penais>>. Acesso em: 03 maio 2018.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RODRIGUES, Martina Pimentel. **Os sistemas processuais penais**. Teresina, ano 18, n. 3833, 29 dez. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26262>>. Acesso em: 02 maio 2018.

SOBRAL, Elison. **O sistema processual penal brasileiro sob a ótica constitucional**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/sistema-processual-penal-brasileiro/>>. Acesso em: 02 mai. 2018.

TOMAZINI, Andressa. **Sistemas processual penal misto?** Disponível em: <<http://www.salacriminal.com/home/sistema-processual-penal-misto>>. Acesso em: 03 maio 2018.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PLEA BARGAINING: A INFLUÊNCIA DO DIREITO PREMIAL AMERICANO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO¹

Isaac Ronaltti Sarah da Costa Saraiva

Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Resumo

Este trabalho se propõe a apresentar elementos do plea bargaining, reproduzir o processo gradativo de influência dos dispositivos premiais americanos na legislação penal negocial brasileira, analisando em que medidas e padrões o Direito Premial Brasileiro reproduzem fidedignamente a proposta americana e como se desenvolveu no Brasil. Metodologicamente, optou-se por tomar o caminho da proposta de uma pesquisa exploratória, partindo de uma proposta que mescla pesquisa quantitativa com pesquisa qualitativa, busca-se contribuir com o debate a respeito dos marcos legais, bem como da análise do Direito Penal comparado.

Palavras-chave: plea bargaining, direito comparado, direito premial penal, direito penal.

Abstract/Resumen/Résumé

This paper proposes to present elements of plea bargaining, to reproduce the gradual process of influence of the American negocial model in devices in Brazilian criminal law, analyzing in what measures and standards the Brazilian Criminal Law faithfully reproduces the American proposal and how it developed in Brazil. Methodologically, it was decided to take the path of the proposal of an exploratory research, starting from a proposal that mixes quantitative research with qualitative research, it seeks to contribute to the debate regarding the legal frameworks, as well as the analysis of Comparative Criminal Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: plea bargaining, comparative law, right to premial, criminal law.

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001

1. Introdução

Em uma tradução livre para o português “Plea Bargaining” (SANTOS, 2001) seria desvelado como “negociação de confissão”. Ocorre que, gradativamente, o escopo penal brasileiro vem aderindo a institutos premiais penais do Direito Americano, e isso se deu inicialmente com medidas alternativas surgidas como consequência, por exemplo, da Lei 9.099/95 – Lei que criou os Juizados Especiais Criminais e Cíveis no Brasil.

A partir da análise de leis e bibliografias pretende-se fazer uma breve abordagem a respeito da influência dos dispositivos da Plea Bargaining americana no direito brasileiro e como gradativamente estes dispositivos foram se inserindo em nosso ordenamento jurídico penal premial.

Basicamente, o Plea Bargaining é um sistema advindo da common law e parte a partir do pressuposto de um pretense reconhecimento de culpa, ou a negociação antecipada antes mesmo da ocorrência de uma fase processual², através do cumprimento de condições estabelecidas em troca do abrandamento de uma determinada pena, ou mesmo até da extinção da punibilidade, tornando a existência de processo e a persecução penal desnecessária em alguns casos – o que normalmente poderemos observar que diverge em uma série de pontos com o sistema premial brasileiro, principalmente em razão da densa importância da atuação do Ministério Público no sistema processual penal brasileiro e princípios indissociáveis vinculativos do parquet ministerial, como, por exemplo, o princípio da Obrigatoriedade, que veda a desistência da ação penal, não lhes sendo permitido juízos de conveniência e oportunidade, nos termos como do exarado precipuamente no art. 47, do Código de Processo Penal.

É cediço, que oportunamente, grande parte dos dispositivos premiais inseridos no Direito Penal Brasileiro, em partes convergem com a extrema necessidade de repensar/avaliar se as penas no Brasil estão realmente surtindo efeitos, e, ainda, se tais mecanismos não estariam sendo utilizados como uma estranha “bengala” de suporte a um sistema penal controverso, burocrático, pouco eficiente, não condizente com a sua realidade de existência funcional, aliado a busca por celeridade na decisão de processos, bem como a produção de estatísticas, que, embora traduzam os números que entidades como o Conselho Nacional de Justiça desejam, quase sempre não demonstram eficiência e resposta social.

² Ao decorrer do trabalho veremos que alguns autores divergem quanto a tempo, aplicação e identificação dos dispositivos em razão de parte deles ocorrerem como consequência do reconhecimento de culpa, e outros serem o resultado de uma negociação direta entre as partes que, em tese, não significaria o atesto do reconhecimento de culpa. Autores divergem quanto haver uma distinção entre os conceitos de “Plea Bargaining” e “Guilty Plea”.

O objetivo deste trabalho é justamente analisar os limites, as influências e principalmente as distinções do instituto americano do Plea Bargaining no Direito Penal Premial Brasileiro.

O problema que se lança mão da discussão é basicamente analisar em que medidas e padrões o Direito Premial Brasileiro, tais como acordos de delação premiada, reproduzem fidedignamente a proposta americana, e em que termos estes mesmos dispositivos avançam, ou retroagem perante o modelo padrão de influência que originou tais institutos.

As principais hipóteses que se observam na proposta deste trabalho partem da ideia de que os dispositivos premiais brasileiros, surgidos a partir da influência do “plea bargaining” americano, servem para, teoricamente, como placebo solucionador de uma morosidade e falta de eficiência tremenda dos processos penais brasileiros, e que, estes institutos desenvolveram particularidades próprias em sua aplicação no Brasil, tais como momento de aplicação e reconhecimento processual.

São alguns dos objetivos deste trabalho: verificar em que medida reproduziu-se em sua essência o modelo americano do plea bargaining no Direito Penal premial Brasileiro; Analisar algumas das possíveis distinções entre os institutos penais premiais brasileiros em relação ao modelo americano.

A contemporaneidade criminal no Brasil estruturou-se de tal forma que, grande parcela da população e o próprio sistema tributário, fiscal e econômico se mesclou de certa forma com atividades ilícitas. Esse cenário foi construído tendo como pano de fundo um sistema prisional que não cumpre sua função social, problemas quanto à morosidade processual, problemas na gestão da execução da pena, acabando por gerar como consequência presídios lotados, em tempo, passando a população carcerária brasileira de mais de 700 mil presos, sendo que destes, ao menos 40% cumprindo prisões temporárias³, precárias, e constitucionalmente transgressoras no que se refere a sua temporalidade, sua conveniência, sua necessidade e sua avaliação.

Gradativamente, o cenário apresentado acima, fez com que, fugindo das premissas do Direito Penal do Inimigo de Jakob Gunther, o Direito Penal Brasileiro se filiasse a mecanismos e institutos premiais advindos do Plea Bargaining americano - alguns autores defendem que os Estados Unidos da América teria transformado o que antes era exceção em regra, (SCHWAZER; RAPOZA, 2013), pois o Plea Bargaining americano surge muitas vezes em fase pré-processual, sendo que em alguns casos, ocorre o termo da persecução criminal através de acordo, chegando oficialmente a não entrar em fase processual.

³ Conforme dados do INFOPEN – Levantamento nacional de informações penitenciárias. Realizado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública e o Departamento Penitenciário Nacional, em Junho de 2016.

Logicamente que, os mecanismos originados no Plea Bargaining americano sofreram interferências naturais tupiniquins advindas de nossa brejeira pátria. São os limites da funcionalidade, eficiência, utilização dos mecanismos e efeitos do Plea Bargaining no Direito Penal Brasileiro que este trabalho pretende aprofundar.

Notadamente, o tema relacionado à Plea Bargaining de forma transversal dialoga questões legais cruciais que impactam discussões umbilicais do Direito Penal, do Direito Processual Penal e relacionadas a Política de Correição e do sistema de persecução criminal e medidas punitivas.

Observar as nuances das Garantias fundamentais assentadas em nosso escopo penal, as limitações e as influências do modelo americano nos fazem observar o cenário contemporâneo de um Estado que sucumbe perante a criminalidade, mas de que forma controversa procura ganchos para manter uma lógica de sistema punitivo intermediário, mas que se não observado e compreendido, pode normalmente ser patrocinador de incoerências e profundas injustiças (CALLEGARI, 2015).⁴ Nesse contexto, surgiriam desmembramentos e perguntas atuais como: que garantias teriam pessoas que seguindo as possibilidades da Lei, usufruísem de mecanismos como o da colaboração premiada, na perspectiva contemporânea do “Direito Premial” Brasileiro?⁵

O trabalho foi dividido em 2 capítulos, sendo que o primeiro procura fazer uma análise quanto ao conceito base de discussão deste trabalho – apresentando nuances, divergências e limitações quanto ao conceito de Plea Bargaining a partir da ótica do Direito Americano, expondo a influência, em especial, nos casos da Itália e da Colômbia.

O segundo capítulo nos é apresentado um pontuado quanto ao processo de origem e desenvolvimento da influência do Plea Bargaining em dispositivos penais premiais da legislação brasileira, o processo de desenvolvimento desde propostas não consolidadas no início da década de 1980, passando pelo advento de medidas modernas trazidas pela Lei 9099/95, e consolidando-se com os dispositivos sintetizados de um processo de mais de 20 anos de desenvolvimento de mecanismos advindos da plea bargaining na Lei 12.850/2013.

⁴ CALLEGARI, André Luis. O Direito Penal do Risco como resposta às políticas de segurança e controle social. O Autor explana sobre o perigo da aplicação indiscriminada de prisões preventivas com notável objetivo de coação para a realização de “colaborações premiadas” – páginas 26, 27 e 28 do Livro Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica – Anuário do Programa de Pós – Graduação em Direito da UNISINOS.

⁵ WEDY, Miguel Tedesco. A colaboração premiada entre o utilitarismo e a racionalidade de princípios. Revista Direito e Liberdade, Natal, v.18, n.3, p.213-231, set./dez.2016. Quadrimestral. No presente trabalho, Professor Doutor Miguel Wedy Tedesco discute a perspectiva contemporânea de um Direito Premial no Brasil. Faz críticas a forma como a delação/contribuição premiada estava sendo utilizada no Brasil e ainda revela dados de pesquisa norte americana em que um grupo de pessoas, ainda que não tivessem realmente ligações com determinada questão criminal, optava por fazer delação, apenas para contornar a possibilidade de uma persecução criminal.

Por fim, faremos um breve arrazoado conclusivo expondo de forma sintética os pontos mais importantes tratados e o resultado das análises aqui desenvolvidas.

2. Do conceito, extensão e influência em experiências de outros países do Plea Bargaining do Direito Americano

Neste primeiro momento, será apresentado o conceito do Plea Bargaining, discutindo desde a questão etimológica, até uma eventual diferenciação feita por alguns autores sobre uma discussão que apartaria os conceitos de plea bargaining de guilty plea, levando em consideração o status de culpabilidade do momento em que se negocia um benefício. Em segundo momento, tratar-se-á a respeito do histórico de desenvolvimento de medidas negociais penais nos Estados Unidos e de todo contexto originador do Plea Bargaining e, ainda, a descrição de algumas medidas adotadas em outros países originadas no modelo de negociação penal americano.

2.1 Do conceito de Plea Bargaining no Direito Americano

Faz-se necessário fazer um breve recorte histórico para materializar e tornar mais claro o cenário conjuntural que permite a elaboração de medidas premiaias que conjuntamente formaram aquilo que se entende por Plea Bargaining. Mas antes de qualquer coisa, façamos uma análise básica do termo a partir da sua tradução literal.

Uma tradução direta para Plea Bargaining seria “negociação de acordo”, o que poderia ser expresso literalmente como “negociação judicial”, “acordo perante a justiça”, mas em linhas gerais a tradução efetiva é “negociação de confissão” (SANTOS, 2001). Aqui caiba talvez um aparte quanto os limites da tradução desse conceito, pois, em sua essência, não seriam todos os casos que o fato de se está negociando um benefício, oficialmente viesse a estar reconhecendo uma confissão por parte daquele que em tese, ao momento, estaria sendo interpelado.

Alguns autores inclusive optam por seguir a abordagem de que o instituto do Plea Bargaining não albergaria a síntese da dimensão da complexidade conceitual dos dispositivos abolicionistas penais do Direito Americano. Principalmente por atestarem que haveria uma diferença muito considerável entre uma negociação que oportunizasse ao interpelado a possibilidade de não ser processado, a partir do cumprimento de alguma condição, sendo que isso não refletiria no reconhecimento de culpa – bem parecido com a nossa Transação Penal e a Suspensão Condicional do Processo presentes na Lei 9099/1995 – e teria uma natureza abolicionista, diferentemente de uma pessoa que já é participante de uma relação processual e,

por vezes, já cumpre a execução de uma pena e decide contribuir com a justiça objetivando benefícios tais como reduções de pena, cumprimento de pena em regime menos gravoso, ou medidas alternativas e liberdade monitorada – o que atribuiria uma natureza muito mais retributiva ao instituto. (OLCHANOWSKY, 2017) Em síntese, alguns autores tendem por dividir “plea bargaining” de “guilty plea”, sendo que a primeira não necessariamente de uma confissão e a segunda uma negociação a partir de uma confissão expressa de culpa.

Entendemos, no entanto que, o conceito de Plea Bargaining compreende as medidas despenalizadoras negociadas, que, podem normalmente se subdividir, dependendo do momento pré, no transcurso, ou, pós o processo, e carecer, conforme ou não da necessidade do caso, ou mesmo por imposição legal, o reconhecimento de culpa. A partir disso podemos construir uma subclassificação do plea bargaining considerando a existência ou não da necessidade do reconhecimento de culpa. A exemplo, algumas negociações realizadas com narcotraficantes colombianos pelo Governo Americano, exigiam o reconhecimento de culpa – como veremos pouco mais a frente.

Podemos dizer que o não assumir a culpa no Direito americano e utilizar-se do benefício do Plea Bargaining se assemelha ao instituto italiano do “Nolo Contedere”⁶, pois de fato, opta-se por não discutir a culpa e cumprir condições estabelecidas entre o réu e a promotoria, nos casos em que o réu opte pelo benefício mas considere-se “no guilty”, mas não queira ser exposto a um Júri. (FILIPETO; ROCHA, 2017)

2.2 Contexto histórico e desenvolvimento da influência do Plea Bargaining norte-americano

O cenário histórico propício para o desenvolvimento do que entende-se por Plea Bargaining move-se a partir de uma densa estrutura criminal organizada que dificulta o trabalho direto das estruturas de persecução criminal.

Os Estados Unidos da década de 60 ainda sofria as consequências do poderio da máfia italiana que se instalou nos guetos das cidades da América. Logicamente, observou-se que a dificuldade que se tinha para dismantelar tais organizações era grandiosa, conjuntura que propiciou com que organismos da justiça americana oferecessem benefícios premiais penais no objetivo de motivar delações e informações internas dos grupos criminosos que efetivamente

⁶ No Direito Americano, dois casos em especial exemplificam a ideia do “Nolo Contedere” e aqui podemos citar, o caso: J.C. Keeney, Superintendent, Oregon State Penitentiary, Petitioner v. Jose Tamayo-Reyes (1992) e Halbert vs. Michigan (2005) - Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/nolo_contedere

gerassem avanços no processo de persecução criminal e enfraquecimento destas organizações criminosas (COMBS, 2002).

Poderemos ver que a extensão das negociações do Plea Bargaining avançadas nos Estados Unidos não possuíam limites quanto à gravidade dos fatos cometidos pelas pessoas beneficiadas por tais negociações, tanto que um dos casos mais emblemáticos de negociação judicial através de benefícios advindos do Plea Bargaining foi justamente no trágico ocorrido do assassinato do militante e ativista político Martin Luther King, (PALOMO; HARO, 2015) onde o assassino obteve negociação junto a justiça e mesmo condenado em segunda instância, acabou livrando-se da pena.

De forma bem direta, o Plea Bargaining americano trata-se de uma negociação entre as partes perante a justiça que pode entre outras coisas ter como consequência a extinção da demanda, mesmo esta sendo de intensa gravidade – fator este que observaremos a frente um intenso paradoxo e conflito com o princípio da obrigatoriedade da ação que recai no caso do Brasil sobre o Ministério Público.⁷

Nas últimas décadas a influência do Plea Bargaining nas Américas e na Europa Ocidental foi, de forma geral, muito densa.

Na Colômbia de Escobar, utilizou-se do eufemismo da “Sujeição a Justiça”, medida do Governo Colombiano que garantia a grandes narcotraficantes da Colômbia que se entregassem e, literalmente, se sujeitassem a Justiça, atenuações de penas, garantia de julgamento no país e impossibilidade de extradição, além da possibilidade de que os beneficiados ficassem com “parte” dos dividendos originados do comércio ilegal da cocaína.

Quanto à eficiência da medida na Colômbia seria um ponto a parte a ser aprofundado em outro momento, mas é muito valioso acompanhar esta matéria de capa do periódico “El Tiempo”, intitulada “El plea bargain no es puro cuento”,⁸ matéria em que o jornal colombiano critica o modelo de benefícios aplicados no plea bargaining americano, na oportunidade, quando, Carlos Lehder (ex-integrante do Cartel de Medellin) sobre custódia nos Estados Unidos, em troca de benefícios decide fazer acusações em face do Ex-Coronel e Presidente Panamenho, Manoel Noriega:

⁷ A questão do Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal do Ministério Público assevera que ao parquet é vedado quaisquer critérios de análise de juízo de valor quanto a conveniência e oportunidade na propositura da ação penal. O tema foi muito mais aprofundado com a entrada em vigor da Lei 9.099/95 (Lei que criou e estabeleceu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais), nas medidas de origem premial, a exemplo os casos de transações penais. Ponto que será debatido com mais profundidade no decurso deste trabalho.

⁸ Edição do periódico “EL TIEMPO”, de 24 de novembro de 1991; “El Plea-Bargain no es puro cuento” - (Arquivo) do periódico Colombiano.

“Solo duró media mañana, pero provocó una avalancha de desmentidos tanto de gobiernos como de ex funcionarios en por lo menos tres países. Se llegó incluso a cuestionar en términos severos el sistema judicial de Estados Unidos y, en particular, una herramienta del derecho penal de esa nación. La piedra del escándalo: las aseveraciones del narcotraficante colombiano Carlos Lehder en el juicio contra el ex general panameño Manuel Antonio Noriega. El quid del asunto recae sobre un mecanismo estadounidense llamado plea-bargain que permite a delincuentes convictos recibir una rebaja de pena y/u otros beneficios si declaran en contra de colegas (o ex colegas) suyos. Generalmente es utilizado en casos donde el acusado es miembro de una organización de crimen organizada, sea italiana o colombiana o la que sea.”⁹

Na mesma matéria, em momento posterior o periódico trata a respeito da origem do sistema americano do Plea Bargaining a sua origem vinculada a necessidade de desarticulação de mafiosos italianos e o foco da captura “*de los peces gordos*”,

“Del origen del plea-bargain nace su uso. Dada la naturaleza clandestina y conspiratoria de las mafias, era y es extremadamente difícil reunir evidencias concretas para condenar a las cabecillas de esas organizaciones, y casi imposible obtener testigos. En ese mundo violento, los únicos que podrían testificar estaban prófugos de la justicia o en la cárcel o muertos. Y los detenidos sabían que, si no callaban, también terminarían en la morgue. Año tras año, mafioso tras mafioso salían libres por falta de pruebas. Entonces, el gobierno optó por negociar tratos con los bajos mandos y lugartenientes en procura de los peces gordos.”¹⁰

Diferentemente da extensão das medidas do Plea Bargaining nos Estados Unidos, da Sujeição à Justiça na Colômbia, a Itália batizou sua base do Direito Premial com o título de “patteggiamento”, (ANGELINE; SCHWAZER, 2013) e, ao contrário de Estados Unidos e Colômbia a negociação italiana foi estritamente direcionada a crimes leves e medianos. Surgida no início da década de 80 na Itália, a medida premial italiana tinha contornos próprios também, sendo, essencialmente definida por uma sentença (que em termos não pode ser considerada “condenatória”) prolatada por juiz a partir de uma negociação prévia das partes.

Ao contrário de variações do mecanismo americano do plea bargaining, os modelos que copiaram e tiveram influência posterior dos mecanismos premiais de negociação, variando em extensão no que efetivamente poderia ser negociado perante a Justiça – qual a densidade efetiva de condutas criminais possíveis de negociação.

Processualmente, o modelo americano ocasionava por vezes a falta de necessidade de um processo. Alternativa que aparentemente, a Colômbia rechaçou virtualmente, pois embora não abrisse mão da persecução processual e conseqüentemente da punição de uma pena, fez concessões tais que, tornaram o mecanismo premial colombiano uma forma virtual de dizer à

⁹ Ibidem. 8

¹⁰ Ibidem. 8

sociedade que milhares de crimes cometidos por narcotraficantes estavam efetivamente sendo cobrados judicialmente pelo Estado – o que efetivamente, considerando a gravidade dos crimes de diversos beneficiários da “sujeição à justiça” colombiana, a existência de uma sentença condenatória em alguns casos significou literalmente a anistia de um valoroso número de atrocidades.

Nesta senda, observa-se que a tática da lógica do plea bargaining se apresenta como medida de combate oportunamente a organizações criminosas, assim como os americanos na luta contra os mafiosos italianos, assim como o Governo Colombiano e sua dura luta contra os cartéis do narcotráfico.

Seguindo uma versão mais moderada, a Itália e seu mecanismo premial do patteggiamento delimitou objetivamente quais crimes efetivamente poderiam ser albergados na negociação premial penal, oportunamente crimes leves e medianos.

O modelo do Plea Bargaining americano advindo da Common law é naturalmente influenciado por tônicas liberais e notadamente voltado para a questão do mercado e da eficiência de resultado. Talvez aquilo que aparentasse uma medida imbuída de valores ressocializadores e humanos, fosse na verdade a expressão de um pragmatismo que é essencialmente a tônica do povo americano e assim também do sistema jurídico que sustenta a common law. (PINTO, 2017).

A discussão quanto ao perfil da moral daquele que delata e, principalmente, se a legalidade formal pode efetivamente conviver com mecanismos que estimulam a ausência dessa moralidade torna-se questionamento quanto aos mecanismos do plea bargaining, que, efetivamente, em alguns casos não se limita a delação, mas a efetivo reconhecimento de culpa (guilty plea) e a uma obstinada perseguição pela eficiência do julgar – esta última pode normalmente gerar incoerências, aonde, a pacificação venha a ser construída com penas essencialmente brandas perante crimes graves, especificamente as nuances e peculiaridades da extensão e das possibilidades dos mecanismos premiais no ordenamento jurídico americano. Isso nos gera questionamentos quanto aos riscos eminentes de quando um mecanismo que deveria ser utilizado como exceção, passa a ser religiosamente a regra.

3. Origem e histórico da interferência premial no Direito Penal Brasileiro e comparações com o modelo americano

O ordenamento jurídico pátrio pós 1988 foi sendo modelado a partir de uma diversidade de fatores e com uma participação muito maior do povo e dos fatos sociais noticiados pela

mídia. O ano de 1990 é marcado como base de uma série de interferências cruciais no campo legislativo, isso parte como resposta à sociedade por parte do nascente Governo Collor e como medida consequente de todo ambiente que foi estimulado no processo de confecção da Carta Constituinte de 1988. Nesse ambiente, Leis como Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de Crimes Hediondos surgiam como uma resposta efetiva do Estado à problemas insurgentes do Brasil pós-oitentista.

Enquanto os Estados Unidos se recuperavam perante uma intensa luta contra as drogas a partir do Governo de Reagan, e, a Colômbia ainda sofria com o poder paraestatal dos cartéis do narcotráfico - em especial o Cartel de Medellín, chefiado por Pablo Escobar – o Brasil assistia a uma aventureira abertura das montadoras de automóveis e a uma diversidade de novos produtos combinados com a insegurança econômica de números alarmantes da inflação descontrolada. Junto disso, um país com Estados liderados por Coronéis, Massacres como o da Candelária e uma crescente de Crimes como tortura, tráfico de drogas, execuções e sequestros. Este foi o ambiente do surgimento dos marcos de influência do Direito Premial no Brasil.

Já no ano de 1981, fora apresentado um anteprojeto de Código de Processo Penal que oportunizava medidas transacionais fortemente influenciadas pelo Plea Bargaining do Direito Americano,¹¹ onde de forma bem ousada já apresentava a possibilidade de negociação conduzida pelo Ministério Público consensualmente com o advogado do acusado, sendo analisada posteriormente *ad referendum* pelo Magistrado (BOSCHI, 2018).

A edição da Lei 8072/1990 (Lei de Crimes Hediondos) trouxe uma série de penas mais graves para crimes considerados odiosos, mas trouxe também em seu bojo as primeiras perspectivas e possibilidades efetivas de negociação por benefícios diretos dentro do escopo jurídico pátrio.

A inclusão do parágrafo 4º no artigo 159 do Código Penal no crime de extorsão mediante sequestro, e ainda no artigo 288 incluindo um parágrafo único, apresentou-se aquela que é considerada a primeira influência do Plea Bargaining no ordenamento jurídico penal brasileiro. Basicamente, oportunizou-se ao coautor do sequestro que na oportunidade do mesmo denunciar fato oportunizando liberação do sequestrado, o colaborador teria como benefício a redução da pena de um a dois terço, o mesmo benefício sendo ofertado no artigo 288 para o

¹¹ Em sua essência, as medidas apresentadas no anteprojeto do CPP de 1981 eram em termos até mais avançadas que aquelas que viriam a compor a Lei 9.099/1995. Vide em “Ação Penal: As fases administrativas e Judiciais da Ação Penal” - obra recente (2018) de lavra do Professor Gaúcho José Antônio Paganella Boschi, especialmente o ponto 5.7 do livro, quando trata do Princípio da Discricionariedade Controlada.

participante de bando ou quadrilha que, através de denúncia contribuisse para a desarticulação ou desestruturação do grupo criminoso. Senão vejamos:

"Art. 159.

§ 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços."

Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

Seguindo a lógica das alterações advindas sobre o Código Penal, a Lei 8.137/1990 (Lei de Crimes contra a ordem tributária, econômicos e contra as relações de consumo) foi acrescido um parágrafo único ao artigo 16, através da 9.080/1995, incluindo o benefício da redução de pena de 1(um) a 2/3 dois terços para o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea contribuisse com o esclarecimento de eventual trama delituosa.

O ano de 1995 é marcado por uma intensa alteração de uma série de procedimento judiciais, em especial pela entrada em vigor da Lei 9.099/1995 - Lei que criou, padronizou e estabeleceu a atuação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Junto ao bojo de alterações advindas com a criação dos Juizados Especiais, no que tange a seara criminal é apresentado aos brasileiros dois institutos fortemente influenciados pelo Plea Bargaining americano, no caso os institutos da Suspensão Condicional do Processo e a Transação Penal – notadamente mais próximos do modelo italiano do “patteggiamento”, vez tais benefícios estarem vinculados apenas a crimes de pequeno potencial ofensivo, suscetíveis de pena distinta a restrição da liberdade.

Basicamente a Lei 9.099/95 estruturou de forma fática a estrutura consolidada dos primeiros dispositivos/institutos devidamente estruturados na base do Plea bargaining.

O artigo 76, da Lei 9.099/95 nos apresenta o instituto da Transação Penal, nas ações públicas incondicionadas, de pequeno potencial ofensivo, coube ao Ministério Público ofertar o benefício a partir de uma medida claramente negociada entre o autor e o *parquet*. Isso, em partes gerou uma intensa discussão a respeito do princípio da obrigatoriedade da ação penal por parte do Ministério Público, em face das medidas despenalizadoras dos novos institutos. Normalmente que a lei fez questão de apresentar uma série de condicionantes para a oferta do benefício.

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

Outro ponto polêmico foi quanto às ações privadas em que o Ministério Público não era o titular da capacidade postulatória. Como haveria o Ministério Público de oferecer benefícios dentro de uma relação processual em que não lhe cabia e o mesmo não era titular?

Atendendo a medidas despenalizantes, parte da Doutrina passou a entender que nos casos das Ações Privadas a conversão dos danos em multas pecuniárias poderiam normalmente alinhar a base da saída negociada consensual de tais ações – atendendo aquilo que melhor será desenvolvido a partir do desenvolvimento do Princípio da Discricionariedade Controlada. (BOSCH, 2018)

Seguindo esta linha histórica que estamos a construir, outro dispositivo negociado que foi apresentado através da Lei 9.099/95, foi o instituto da Suspensão Condicional do Processo, especificamente a Suspensão da persecução penal em crimes com pena igual ou inferior a 1 ano, desde que, normalmente cumpridas uma série de requisitos apresentados em Lei, nos termos do exposto no art. 89, da Lei nº. 9099/95, parte da lei que apresentamos *ipsis literis* a seguir:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Quando observamos os dois institutos, percebemos que necessariamente não se exige por parte do autor/réu nenhum reconhecimento de culpa, mas o tão simples aceite das condições apresentadas pelo parquet, nos crimes e infrações de natureza e interesse público, bem como a recomposição de possíveis danos materiais ou morais, nos crimes de natureza e competência privada. Não há, portanto, nenhuma confissão de culpa!

Existe no caso da Transação Penal uma oportunidade ao autor de não se dar oficialmente continuidade a uma persecução penal nascente, e no caso da Suspensão Condicional do Processo, apresenta-se o esboço de uma saída consensual entre o parquet ministerial e a parte autora, onde se aplicam penas restritivas de direitos como contrapartida a suspensão do ato da denúncia por parte do parquet, devendo, o autor obedecer às regras definidas em Lei por determinado período de tempo como ônus compromissal de sua parte.

Ora, se na transação penal há uma saída negociada, o simples fato do autor/réu aceitar uma proposta despenalizante ofertada pelo Ministério Público, não significa oficialmente que o réu estaria reconhecendo sua culpa, apenas que faz uso do benefício e do direito de não participar de uma ação penal, a partir do cumprimento de alguns requisitos, até porque, embora advogados entendam que seja uma obrigatoriedade do Ministério Público apresentar o benefício da transação penal a lei utiliza o verbo “poderá”, dando a entender que seria uma prerrogativa de caráter, interesse, disponibilidade e conveniência exclusiva do parquet.

De forma semelhante, no caso da Suspensão Condicional do Processo, não há nenhum processo de reconhecimento de culpa – a prova básica disso é que, se, porventura, vier o réu/autor deixar de cumprir em prazo definido pela lei, os requisitos de manutenção da suspensão condicional do processo, normalmente poderá o processo ser reativado, havendo todos os procedimentos de praxe, a denúncia e estando resguardados os princípios orientadores da defesa do réu e a responsabilidade probatória pela parte acusadora da conduta recriminada que a este se imputa.

O fato do Ministério Público não apresentar denúncia nos casos de suspensão condicional do processo instigou fortemente o debate quanto da possibilidade da Lei 9.099/95 estar forçando o parquet a desprezitar o princípio da obrigatoriedade da ação penal – um notório contraste a um escopo legal despreparado para recepcionar acordos negociais premiais originados em um sistema jurídico totalmente distinto do brasileiro.

Somente através da Lei 9.613/1998 é que um cenário, sólido, completo e claro apresentou-se como alternativas negociais premiais. A Lei de Combate à lavagem de dinheiro avançou em diversos pontos no que se refere a medidas negociais. Ao contrário dos benefícios propostos pela Lei 9.099/95, os benefícios apresentados pela Lei de Combate à lavagem de dinheiro transitavam do “nolo contendere” italiano a prêmios advindos do reconhecimento da culpa (guilty plea) e a oferta de informações estruturais que pudessem contribuir com a desestruturação dos esquemas de lavagem de dinheiro, e isso ocorrendo em fases processuais avançadas, destoando em termos da alternativa inicial de se evitar a burocracia processual, mas garantindo benefícios como cumprimento de pena em regime menos gravoso (aberto e semi-

aberto), substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, chegando até ao perdão judicial.

A lei de proteção às testemunhas, Lei nº. 9.807/1999, em seus artigos 13 e 14, já caminhava para o perdão judicial através do reconhecimento da extinção da punibilidade, mas ao contrário de todas as outras propostas premiaias apresentava uma resposta quanto à posição que se coloca aquele que delata perante os demais participantes de uma organização criminosa. Por vezes, o Estado se preocupou unicamente em oferecer benefícios processuais, ou abrandar penas, quando na verdade na cabeça de diversos autores e coparticipes de crimes, a dúvida que pairava era como o Estado os livraria de eventual perseguição promovida por integrantes soltos de grupos criminosos, após uma eventual delação e entrega de informações de um determinado grupo criminoso. Para isso editou-se a Lei de Proteção às Testemunhas que, ao menos no papel, se estende aos familiares daquele que negocia informações em troca de benefícios premiaias com o Estado.

O artigo 14 voltava a conceder como em diversos outros casos o benefício de diminuição da pena de 1 a 2/3 nas oportunidades de colaboração efetiva por parte de coautores de crimes e participantes de grupos criminosos.

A colaboração premiada no Brasil foi posteriormente estendida para crimes relacionados ao tráfico de Drogas, nos termos do apresentado na Lei 11.343/2006, especialmente em seu artigo 41, quando versa:

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

Observem que neste caso específico, ao contrário essencialmente de uma saída negociada para evitar uma persecução criminal, a lei amoldou a situação prevista na Lei de Drogas muito mais a apenas uma parcela benéfica, que necessariamente não excluem a existência de todos os procedimentos do processo, fazendo questão de salientar que “no caso de condenação”, exista o benefício da redução de pena do comum as demais leis, 1/3 a 2/3.

Posteriormente, no ano de 2011, a Lei 12.529 apresentou ao escopo jurídico brasileiro o acordo de leniência, prevendo benefícios expressos como a não apresentação de denúncia depois de celebrado o termo, sendo que transcorrido o prazo previsto em lei de cumprimento do acordo, ato contínuo, estaria extinta também a punibilidade do autor beneficiado. Nos seguintes termos:

Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

Mais recentemente, a Lei 12.850/2013 compilou uma série de medidas de caráter premial, que notoriamente estavam de certa forma espalhadas entre diversas leis e sintetizou-as em uma mesma lei.

A idéia de uma lei específica de combate a organizações criminosas consolidou um bojo de medidas advindas e originadas do plea bargaining americano, deixando ainda mais saliente o caráter específico que um dia fez com que se criassem medidas negociais para pessoas que em tese, cometeram crimes, e que, ocasionalmente participavam da estrutura de uma organização criminosa – por momento, não avançaremos em um ponto específico na discussão do “plea bargaining”: trata-se das distinções básicas de um livre acordo protagonizado pelas partes do processo, em contraste ao reconhecimento expresso e tácito de culpa (guilty plea), e, a partir, disso um eventual benefício de redução proporcional de pena (MICHELI, 2014), abrandamento do regime de cumprimento inicial de pena, pois alguns autores fazem uma singela distinção entre o formato de aplicação e dos respectivos institutos.

Faz-se necessário uma análise mais cuidadosa dos dispositivos trazidos na Lei 12.850/2013 que tratam de mecanismos premiais. Nisso, observemos o que está exarado no artigo 4º no novel diploma:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Basicamente, a Lei que trata do Combate às organizações criminosas apenas condensou todas as oportunidades vistas de reedições de abrandamentos negociados de penas que ocasionalmente estavam distribuídas em diversos diplomas legais.

Perdão Judicial e redução de pena até 2/3 são benefícios repetidos em quase todas as oportunidades em que fora acrescentada a leis despenalizantes no Brasil nos últimos 20 anos.

Contudo, uma novidade chama atenção: a Lei 12.850/2013 trouxe em sua estrutura a possibilidade de converter a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Até então, essa possibilidade só havia aparecido como possibilidade no Brasil na Lei 9.099/1995, mas tratando essencialmente de crimes de pequeno potencial ofensivo. O que analisamos é que quando essa possibilidade foi anexada a Lei de Combate a Organizações Criminosas um novo aprofundamento de despenalização negociada ou abrandamentos de penas, agora, de crimes muito mais complexos que aqueles tratados pelos Juizados Especiais, passaram a ser abrangidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, até porque seria incoerente não possibilitar uma medida de conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, quando, a própria Lei permite possibilidade mais densa, no caso, o próprio perdão judicial, e normalmente, de crimes muito mais complexos, tendo em vista o grau de envolvimento criminal de pessoas teoricamente participantes de estruturas mais desenvolvidas do Crime Organizado.

4. Considerações Finais

Esta breve inserção na discussão do Plea Bargaining do Direito Americano, buscou sintetizar um pouco da influência de tais dispositivos no Direito Penal de alguns países, em especial da Itália e da Colômbia – casos paradigmáticos de países que explicam um pouco dos objetivos da tendência americana: assim como o combate realizado a máfia italiana nos Estados Unidos, a Itália foi consideravelmente influenciada por este instituto – que em sua grande maioria foram direcionados como alternativa de desarticulação de organizações e grupos criminosos.

O caso da Colômbia não foi muito diferente, quanto a política importada de “Sujeição à Justiça” – aqui não entramos nos méritos da discussão do sucesso de tais medidas na Colômbia.

Passo seguinte, podemos acompanhar o desenvolvimento de uma linha do tempo. Esta linha do tempo de ocupou em descrever o processo de inserção de mecanismos negociados advindos do Plea Bargaining, desde as propostas não consolidadas de inserção no Projeto de revisão do Código de Processo Penal, em 1980, passando a inclusão de mecanismos modernos como os da Transação Penal e Suspensão Condicional do Processo – claramente com influências do Plea Bargaining americano. Finalizando, mais recentemente com a edição da Lei 12850/2013, que de forma bem peculiar, conseguiu sintetizar o contexto dos mecanismos de negociação que foram, de certa forma, testados em diversas leis ao decorrer de um processo que durou mais de 20 anos.

Em termos, os mecanismos premiais assumiram no Brasil algumas peculiaridades, inicialmente mais próximo de como o plea bargaining foi reproduzido na Itália, através do “patteggiamento” – especialmente no processo de criação dos dispositivos da Transação Penal e da Suspensão Condicional do Processo, no ato de criação da Lei 9099/95. De certo, a Lei 12850/2013, ao disciplinar os dispositivos de combate às organizações criminosas adensou os institutos advindos do direito americano, embora tenhamos que reconhecer que ainda temos que avançar na compreensão e na aplicação de dispositivos como a delação premiada – a fim de que a mesma promova garantias e não oportunismos.

No ano de 2016, o Estado Plurinacional da Bolívia estabeleceu uma Lei específica para o trato de organizações criminosas - esta última carecendo ainda de maiores estudos – mas denotando que, o crime organizado como organismo internacional, acaba por fazer com que, oportunamente estes dispositivos venham a ser incorporados e desenvolvidos em legislações na América Latina, como constante que ainda merece maiores aprofundamentos.

5. Referências bibliográficas

ANGELINE. Roberto. SCHWARZER, Willian W; **A negociação das penas no Direito Italiano (o chamado “Patteggiamento”)**. Revista JULGAR. Nº.19. Coimbra Editora. 2013;

BOSCHI, J. A. P. **Ação Penal: As fases administrativas e judicial da Persecução Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018;

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988;

_____, Lei nº 12850/13 de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 14 mar.2018;

_____, Lei 9099/95 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm Acesso em: 24 mar.2018;

CALLEGARI, A. L. **Crime Organizado: Tipicidade, Política Criminal e Investigação e Processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015;

COMBS, N. A. **Copping a plea to genocide: the plea bargaining of international crimes**. University Pennsylvania Law Review, Pensilvânia, v. 151, p. 1-157, 2002;

FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas. **Colaboração Premiada: Contornos Segundo o sistema acusatório**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017;

MICHELI, Joana Pereira Nunes. **A Lei de Organizações Criminosas (Lei 12850/2013): Breve análise sobre sua aplicabilidade à Luz da Constituição Brasileira** (Monografia). UFRJ. Rio de Janeiro. 2014;

OLCHANOWSKY, Nikolay. **Plea Bargaining: Análise desde a Filosofia da Pena**. Tese Monográfica - Universidade Federal do Paraná . Curitiba, 2017;

PALOMO, Gabriel Henrique Custódio Dias. HARO, Guilherme Prado Bohac de. **Estudo da Delação Premiada em Comparação ao Plea Bargaining**. Toledo Prudente Universitário. Encontro de Iniciação Científica – 2015;

PINTO, Gerson Neves. **Os Dois Sistemas jurídicos contemporâneos: a common law e o da Europa Continental**. In Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. N.13 – Livraria do Advogado – Editora. Porto Alegre – Rio Grande do Sul. 2017;

SANTOS, O. D. A. **Ingles Em Medicina - Manual Pratico**. [S.l.]: Editora Manole Ltda, 2001;

SCHWAZER, William W.; RAPOZA, Hon Phillip. **A experiência americana do Plea Bargaining: a exceção transformada em regra..** Revista JULGAR , Coimbra, v. Nº.19, 2013;

WEDY,. A colaboração premiada entre o utilitarismo e a racionalidade de princípios.

Revista Direito e Liberdade, Natal, v. v.18, p. p.213-231, Quadrimestral - set./dez. 2016.

**PRISÃO, CRISE E OMISSÃO DO ESTADO: ANÁLISE DO AMBIENTE
CARCERÁRIO BRASILEIRO**

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Escola Superior Dom Helder Câmara

Ricardo Ferreira Barouch

Escola Superior Dom Helder Câmara

Resumo

Os excessos na aplicação de pena privativa de liberdade no Brasil, que hoje o colocam como o terceiro país do mundo em população carcerária, bem como a omissão estatal na confecção de políticas públicas que venham a consagrar um ambiente carcerário mais digno, geram consequências para o preso e para a sociedade. O artigo faz uma abordagem dessas questões sob a ótica do ambiente do cárcere, mediante pesquisa teórico-bibliográfica e emprego de raciocínio lógico-dedutivo.

Palavras-chave: prisão, omissão, estado, ambiente carcerário, consequências.

Abstract/Resumen/Résumé

The excesses in the application of prison sentences in Brazil, which nowadays place him as the third country in the world in prison population, as well as the state omission in the elaboration of public policies that will consecrate a more dignified prison environment, have consequences for prisoner and society. The article addresses these issues from the perspective of prison environment, through theoretical-bibliographic research and use of logical-deductive reasoning.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: prison, omissio, state, prison environment, consequences.

1. Introdução

A pena de prisão foi instituída em substituição às punições medievais, que não possuíam outra finalidade senão a de impingir ao criminoso um sofrimento muitas vezes desproporcional ao crime cometido.

Com efeito, foi nesse processo de reformulação do direito penal que se erigiram as garantias em favor do acusado e do seu direito de defesa, que ainda permanecem preservadas e difundidas nas democracias modernas.

Embora não constituísse, propriamente, o objeto da reforma, a prisão viria a servir ao propósito de humanização da reprimenda, de maneira que não mais o corpo fosse o destinatário da punição, mas a alma.

Sem dúvida, a pena privativa de liberdade tornou-se a modalidade prevalente de reprimenda, cuja finalidade tem sido discutida pelos juristas, conforme a consciência jurídica e as suas variações temporais.

Hodiernamente, em razão de fatores econômicos, tecnológicos e sociais, o modelo penal vigente encontra-se em franco questionamento, pois não tem sido capaz de entregar à sociedade a pacificação que se almeja.

No caso brasileiro, o problema é ainda mais severo, porquanto o Estado permanece absolutamente omissivo em relação aos postulados da execução penal e aos direitos dos apenados. A execução penal encontra-se efetivamente em segundo plano e os reclusos, pelas péssimas condições a que se encontram submetidos, ao invés de recuperados, haverão de ser recrutados pelo crime, de onde dificilmente sairão.

O artigo, após breve exposição histórica sobre a evolução do suplício à pena de prisão, traz considerações sobre a crise penal e penitenciária brasileira atual para, ao final, tratar de seu objeto principal, que é a exposição do ambiente carcerário e das consequências desse ambiente para o preso e para a sociedade. Nesse sentido, o texto expõe, inclusive, recente decisão do Supremo Tribunal Federal que, em sede de *habeas corpus* coletivo e em vista do próprio ambiente carcerário, concedeu liberdade a mães, gestantes e puérperas em razão das consequências do cárcere para a prole.

O tema é, pois, o ambiente do cárcere e a hipótese é a necessidade de se revisitar o instituto da prisão, seja no tocante à irresponsabilidade da aplicação desmesurada e inadequada de pena privativa de liberdade, seja quanto à urgência de que políticas públicas venham a consagrar um mínimo de dignidade ambiental do cárcere.

A pesquisa é teórico-bibliográfica e desenvolve raciocínio dedutivo.

2. Do suplício à pena de prisão

No período medieval (Alta idade média), o crime representava ofensa à autoridade do monarca¹. Não se compreendia o delito como forma de agressão ao corpo social. Todo crime desafiava o poder pessoal do soberano, pois o criminoso havia violado as regras traçadas pelo poder real e, por isso, estaria sujeito à vingança do rei.

Cumprir anotar que a lei – infringida pelo delinquentes – era exposição da vontade do príncipe. Desse modo, resta ainda mais claro que qualquer crime era um ataque direto à pessoa do monarca.

E a sanção para o criminoso era das mais abomináveis. O suplício era a forma mais radical da punição.

O suplício possuía função político-jurídica, pois tinha a incumbência de restaurar a quebra da ordem e, especialmente, reparar a lesão cometida ao soberano. Ou seja, a punição não se propunha senão a atender os interesses do príncipe, a sua autoridade e os seus propósitos de permanecer no poder.

De outro lado, o suplício – marcado pelas cerimônias públicas de morte cruel e lenta – havia de punir, severamente, o corpo do condenado.

Como já se registrou, a vingança era do rei. Por isso, fazia necessário convocar a população para presenciar a execução, de modo que todos fossem testemunhas do castigo que recebia todo aquele que ousasse desafiar o poder real.

A execução era, portanto, pública.

Contudo, diante da brutalidade das penas de suplício, cada vez mais repetiam episódios em que o povo interferia na cena da punição para salvar o condenado dos tenebrosos tormentos. Havia, de outra senda, momentos em que o povo também intervinha na execução, porém para fazer justiça com as próprias mãos e, assim, assumir a função do carrasco para dar ao condenado o castigo fatal. Em todas essas situações, a autoridade real era colocada em xeque, porquanto não era do povo o direito de punir, mas exclusivamente do rei.

Sobre esses acontecimentos, Michel Foucault anota em sua obra:

¹ A respeito do período medieval e sua concepção de Estado, convém recorrer aos apontamentos feitos por Darcy Azambuja: “A força dominava e se impunha; a noção do Estado desapareceu novamente para surgir apenas a figura dos príncipes, que eram os chefes militares das diversas tribos bárbaras” (AZAMBUJA, 2011, p. 169).

Houve uma pequena revolta em Paris em 1761 por causa de uma criada que roubara um pedaço de tecido do patrão. Apesar da restituição, apesar das súplicas, este não quis retirar a queixa: no dia da execução, o pessoal do bairro impede o enforcamento, invade a loja do comerciante, e a saqueia; a empregada é finalmente perdoada; mas uma mulher, que quase picotara a agulhas do mau patrão, é banida por três anos (FOUCAULT, 1987, p. 78-79).

A falta de moderação nos castigos despertou no povo não o medo, mas a revolta. Iniciase, então, uma reação popular – quase inconsciente, pois não foi movimento ordenado – em face dos suplícios.

O direito de punir – que outrora se justificava pela religião (BATALHA, 1986) – encontrara um momento para a sua grande reforma.

O pensamento dos séculos XVIII e XIX não mais tolerava processos secretos, a prova tarifada, o modelo processual absolutamente inquisitorial e, mais do que tudo, as punições exageradas.

Foucault observa as incontáveis inconveniências e os vícios que maculavam a persecução penal então vigente:

Na França, como na maior parte dos países europeus — com a notável exceção da Inglaterra — todo o processo criminal, até à sentença, permanecia secreto: ou seja opaco não só para o público mas para o próprio acusado. O processo se desenrolava sem ele. ou pelo menos sem que ele pudesse conhecer a acusação, as imputações, os depoimentos, as provas. Na ordem da justiça criminal, o saber era privilégio absoluto da acusação. ‘O mais diligente e o mais secretamente que se puder fazer’, dizia, a respeito da instrução, o edito de 1498. De acordo com a ordenação de 1670, que resumia, e em alguns pontos reforçava, a severidade da época precedente, era impossível ao acusado ter acesso às peças do processo, impossível conhecer a identidade dos denunciadores, impossível saber o sentido dos depoimentos antes de recusar as testemunhas, impossível fazer valer, até os últimos momentos do processo, os fatos justificativos, impossível ter um advogado, seja para verificar a regularidade do processo, seja para participar da defesa. Por seu lado, o magistrado tinha o direito de receber denúncias anônimas, de esconder ao acusado a natureza da causa, de interrogá-lo de maneira capciosa, de usar insinuações. Ele constituía, sozinho e com pleno poder, uma verdade com a qual investia o acusado; e essa verdade, os juízes a recebiam pronta, sob a forma de peças e de relatórios escritos; para eles, esses documentos sozinhos comprovavam; só encontravam o acusado uma vez para interrogá-lo antes de dar a sentença. A forma secreta e escrita do processo confere com o princípio de que em matéria criminal o estabelecimento da verdade era para o soberano e seus juizes um direito absoluto e um poder exclusivo. (FOUCAULT, 1987, p. 38)

Era preciso uma grande reforma no sistema penal, especialmente diante de um quadro sócio-econômico-cultural que se modificava de maneira significativa. Assim é que os séculos XVII e XVIII vivenciaram a revolução industrial e ideias iluministas, revolucionárias à época. A sociedade passava por grandes mudanças.

Anota Domenico de Masi (2000) sobre tais mudanças:

No século XVII, a superioridade das trocas comerciais com o Novo Mundo e com as colônias deslocou a atenção dos economistas da propriedade territorial e da economia agrária para o mercantilismo, para a balança de pagamentos. No século XVIII, a difusão das indústrias desloca posteriormente a atenção para a liberação dos mercados, o capital fixo, o capital variável, o trabalho assalariado, a circulação da riqueza. Nasce assim a moderna economia política, centrada na formação dos preços, na relação entre oferta e procura, no imposto, na interdependência de fatores sociais e econômicos (MASI, 2000, p. 121).

O homem, então, finalmente, saíra de uma sociedade dominada pelas superstições, magia, ocultismo, por crenças impostas pelo despotismo. Era o fim da *era das trevas*. Inicia-se uma sociedade voltada para a produção de bens e para o consumo. As cidades cresciam, pois era necessária mão de obra para a indústria. Os muros que antes cercavam as cidades desapareceram. As fronteiras deviam ser alargadas, de modo a permitir a troca de mercadorias. Desenvolvem-se os portos e os armazéns para estocar as mercadorias. E, por sua vez, a agricultura perdia espaço para esse novo modelo de sociedade. “Como se disse, a força de riqueza considerada principal para as nações não é mais a agricultura, mas a indústria, com suas máquinas potentes e a extraordinária produtividade do seu trabalho parcelizado”. (MASI, 2000, p. 121).

E o direito penal precisava acompanhar essa alteração de paradigmas e de práticas, até porque, nesse período, assomavam-se os crimes contra o patrimônio e, por outro lado, era preciso preservar os interesses da burguesia e a mão de obra, porquanto o acúmulo de riquezas ocorria pela exploração do trabalho. O suplício e o processo secreto não atendiam mais a esses propósitos.

Ressalta Foucault:

Mas na segunda metade do século XVIII o processo tende a se inverter. Primeiro com o aumento geral da riqueza, mas também com o grande crescimento demográfico, o alvo principal da ilegalidade popular tende a ser não mais em primeira linha os direitos, mas os bens: a pilhagem, o roubo, tendem a substituir o contrabando e a luta armada contra os agentes do fisco (FOUCAULT, 1987, p. 105).

A reforma veio. A burguesia passou a produzir leis para proteger e tutelar os bens, mas não deixou de impor limites ao direito de punir do Estado, especialmente diante dos superpoderes do monarca e de juízes subservientes aos interesses desse.

O direito de punir passou a ocorrer pela defesa da sociedade, e não mais como manifestação da vingança do monarca.

Máxima expressão desse período, Cesare Beccaria, em sua obra *Dos delitos e das penas*, defendia que o direito de punir se justificava em razão do cidadão, fatigado de violência e da insegurança, ter sacrificado parte de sua liberdade em favor do Estado, para que esse lhe garantisse o mínimo de segurança para que viesse a viver em paz. Assim, somente o Estado pode exercer o poder de punir, observadas as normas elaboradas pelos legisladores, que seriam representantes da sociedade unida por um contrato social.

Rejeitava, outrossim, ao juiz a possibilidade de estabelecer sanções, senão aquelas previstas em lei:

Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e, do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão (BECCARIA, 2001, p. 10-11)

Digno de nota é o fato de que os reformadores propugnavam por penas individualizadas, conforme a espécie e a gravidade do delito. A pena de prisão, apesar de muito antiga, não era defendida enquanto regra punitiva.

Beccaria assinala: “Entre as penas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado” (BECCARIA, 2001, p. 30).

Apesar de haver resistência à pena de morte – notadamente em função da experiência nefasta da época dos suplícios –, Beccaria admitia as penas de banimento e de confisco. Mas não fazia nenhuma defesa à pena de prisão enquanto modelo prevalente de punição. Antes, promovia considerações fortemente desairosas (compreensão que era compartilhada por outros reformadores).

Ocorre, contudo, que a prisão² foi o grande modelo adotado por esse novo sistema penal, a perdurar até nossos dias como principal pena. Sem dúvida, é o grande símbolo de um sistema que agoniza.

² Logicamente, que a pena de morte, ao lado de outras modalidades de punição violenta, não foi extinta. Ainda há países que a adotam. Luigi Ferrajoli, aliás, acentua: “Mas a crueldade das penas não pertence, infelizmente, de forma exclusiva, ao passado. A pena de morte está ainda presente em quase todo o mundo: somente 28 Estados a aboliram por completo; em 129 países – dentre os quais grande parte dos Estados Unidos, a União Soviética e quase todos os países africanos e asiáticos – é aplicada inclusive em tempo de paz; e em outros 18 países, entre os quais a Itália, Grã-Bretanha e Espanha, está prevista só para o tempo de guerra. Portanto, as vítimas da pena de morte contam-se, ainda hoje, aos milhares a cada ano. Somente nos Estados Unidos, em particular, foram julgadas

Ao que consta a escolha da pena privativa de liberdade veio socorrer interesses econômicos da burguesia. Naquele tempo, notadamente no século XVII, o crime estava associado à ociosidade e, por outro lado, preciso seria arregimentar trabalhadores para as indústrias.

Dessa forma, conforme ensina Foucault, a prisão serviu – ou serviria – para vocacionar o criminoso para o trabalho. O modelo mais ilustrativo teria sido o da Filadélfia, nos Estados Unidos:

Enfim, o modelo de Filadélfia. O mais famoso, sem dúvida, porque surgia ligado às inovações políticas do sistema americano e também porque não foi votado, como os outros, ao fracasso imediato e ao abandono; foi continuamente retomado e transformado até às grandes discussões dos anos 1830 sobre a reforma penitenciária. Em muitos pontos, a prisão de Walnut Street, aberta em 1790, sob a influência direta dos meios quaker, retomava o modelo de Gand e de Gloucester. Trabalho obrigatório em oficinas, ocupação constante dos detentos, custeio das despesas da prisão com esse trabalho, mas também retribuição individual dos prisioneiros para assegurar sua reinserção moral e material no mundo estrito da economia (FOUCAULT, 1987, p. 143).

O prisioneiro passava por um ritual de incentivo para o trabalho. Todo o itinerário prisional deveria ser dedicado à formação do “*homo economicus*”. Esse o ideal burguês.

A propósito, assinala Luigi Ferrajoli:

A pena privativa de liberdade é, entretanto, uma pena caracteristicamente burguesa. É verdade que a prisão é uma instituição antiquíssima (...) a prisão como pena em sentido próprio nasceu no seio das corporações monásticas da Alta Idade Média, recebendo depois o apoio da Igreja católica com os decretos de Inocêncio III e de Bonifácio VIII, em razão da sua específica adequação às funções penitenciais e correccionistas, tendo-se afirmado como pena perpétua ou temporal somente nos séculos XVII e XVIII: com modalidades, primeiramente, ainda mais ferozmente aflitivas que a pena de morte e, depois, graças sobretudo à experiência americana das casas de trabalho e do sistema celular, na moderna forma privativa (FERRAJOLI, 2014, p. 359).

Enfim, é a pena privativa de liberdade a principal das penas, posição conquistada no século XX.

3. A crise penal e penitenciária brasileira atual

3.862 pessoas de 1930 até hoje, na sua maior parte negros. Todavia, em muitas partes do mundo têm sobrevivido até o presente século as penas corporais de açoite e das bastonadas” (FERRAJOLI, 2014, p. 355).

No caso brasileiro, a evolução legislativa demonstra que a pena privativa de liberdade foi, ao longo dos anos, a opção quase única oferecida como resposta penal à prática criminosa. Prova disso é que, a título de exemplo, as penas restritivas de direito somente foram agasalhadas pela legislação pátria com a reforma da parte geral do Código Penal, em 1984, e, mais adiante, em 1998, com a edição da Lei 9714.

Como efeito colateral, essa opção pela pena privativa de liberdade conduziu à atual crise, não só penitenciária, mas penal. Isso porque o país não se preparou adequadamente para superar as dificuldades de um modelo quase único de punição e sempre se valeu do direito de punir para controle social diante de um quadro severo de desigualdade social.

Destaca-se que essa constatação é muito antiga. Nelson Hungria (1941), antes mesmo do advento do Código Penal de 1940, salientava que o sistema penal brasileiro é extremamente nocivo e excludente, pois utiliza o direito de punir para manter o quadro de exclusão dos menos favorecidos e promover um controle social (que, hoje, demonstra ainda mais a sua completa ineficácia).

É o que foi salientado em artigo que se propunha a revelar as razões dos crimes dos homens negros no Brasil:

A maioria dos nossos homens de côr vive num estado de deplorável pauperismo e ineducação. Não provém isto de sua incapacidade de competir com a raça branca, mas do mais profundo descaso a que foram votados, depois que terminou para eles o longo martirólogo da escravidão. (HUNGRIA, 1941, p. 301).

Mais adiante, arremata e aponta as razões concretas de sua conclusão:

Enquanto que os imigrantes recém-vindos tinham proteção do Estado, aqui entravam protegidos pelas leis, com os seus contratos de trabalho assegurados, com todas as garantias e vantagens de ordem social e econômica, os negros eram atirados inermes, desajustados, abandonados, ou mesmo escorraçados e vítimas da vingança inconsciente dos seus senhores de ontem, às novas condições de vida e de trabalho, às quais não se achavam adaptados. (HUNGRIA, 1941, p. 303).

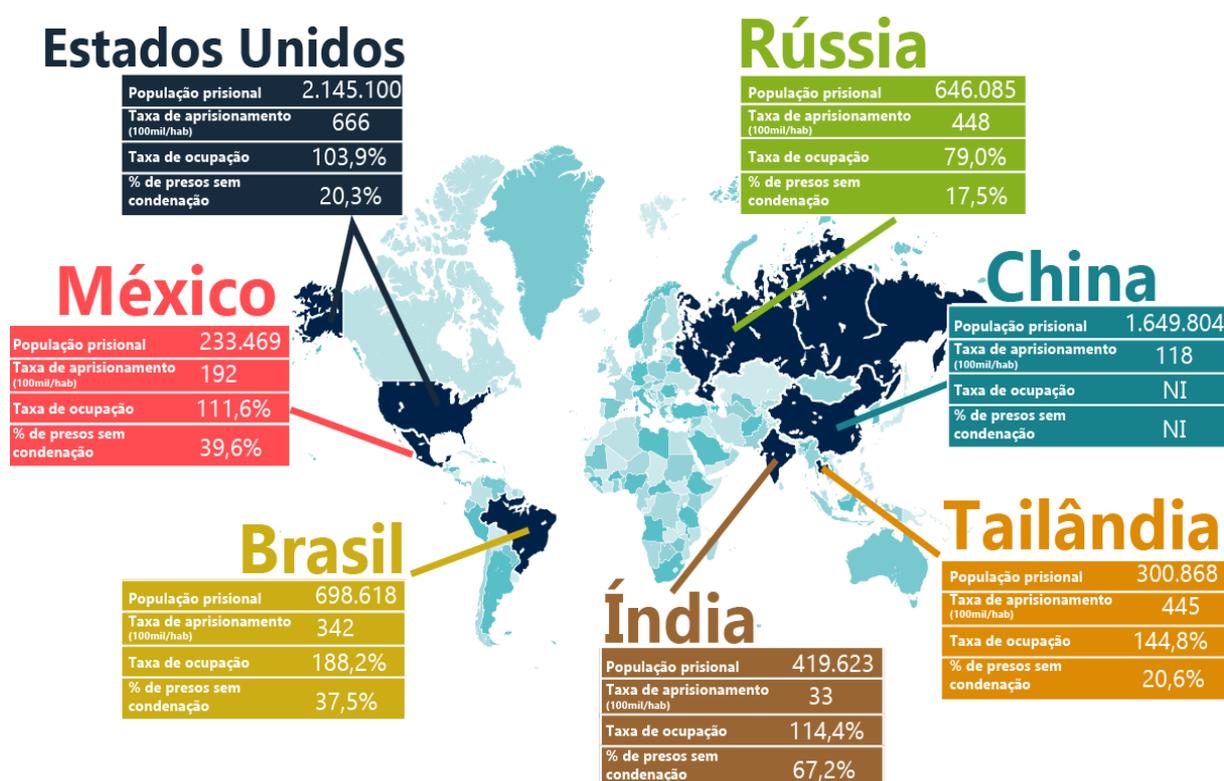
Depois de declarado o fim da escravatura, o Estado brasileiro não se empenhou em solucionar a situação de penúria dos negros – analfabetos, renegados pelos seus antigos proprietários, excluídos do trabalho remunerado, enfim carentes de toda sorte de assistência material. Isso fez com que esse seguimento da população se apinhasse em morros, em vilas e favelas e se instalasse em moradias desprovidas de todo o mínimo que se pode dar ao ser humano. Pois, como se viu, o Estado optou por importar mão-de-obra europeia, muito mais

qualificada e socialmente mais estável, ao invés de promover a integração dessa grande massa populacional na sociedade brasileira.

Certamente que não se tratava apenas de uma política criminal, mas, antes, de uma política econômica de Estado que ocasionava esse agravamento social. É que, conforme anota Jarbas Medeiros (1978), o Brasil se articulava no mercado mundial, diante seu atraso em relação às grandes potências, por meio da produção e exportação do café e de matérias-primas.

Por isso que se afirma que a crise atual tem raízes profundas na história nacional.

Hodiernamente, o Brasil conta com uma população carcerária de, aproximadamente, 726712 presos (entre definitivos e provisórios)³. Trata-se da terceira maior população carcerária do mundo, atrás dos Estados Unidos e da China, respectivamente, conforme gráfico abaixo. A taxa de presos para cada 100 mil habitantes subiu para 352,6 indivíduos em junho de 2016. Em 2014, era de 306,22 pessoas presas para cada 100 mil habitantes.



Dados extraídos do site: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-08/brasil-maior-populacao-carceraria-mundo-726-mil-presos>. Acesso em: 15 abr. 2018.

³ Os dados são do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias divulgado, em dezembro de 2017, pelo Departamento Penitenciário Nacional, do Ministério da Justiça (CONJUR, 2017).

São números, portanto, que deveriam impactar – positivamente – na sensação de segurança, de estabilidade do estrato social. Porém, muito antes, os números demonstram, exatamente, o contrário – o fracasso da prisão enquanto forma de prevenir e reprimir o crime, pois, contraditoriamente, quanto mais se prende, mais sentida é a ausência de punição. O que acaba por fortalecer o senso comum de que, no Brasil, a “*lei é branda*”.

Assim é que são movidas as injustificáveis e apressadas modificações legislativas⁴ que ocorrem apenas para oferecer ao corpo social uma resposta rápida, porém inútil, em relação a determinados crimes que causam comoção nacional.

O incremento da pena tem sido, lamentavelmente, a única ação estatal para a crise de segurança pública, embora não se desconheça o estado calamitoso em que as nossas prisões se encontram.

O exemplo do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, situado no Estado do Maranhão, é o mais obscuro da inação do Estado brasileiro e de seu completo desinteresse pela questão penitenciária.

Em 2010, esse presídio foi palco de carnificina promovida entre presos, em função da superlotação carcerária e das condições subumanas em que todos se encontravam. Em relatório apresentado pelo juiz auxiliar da Presidência do Conselho Nacional de Justiça, Douglas de Melo Martins, registrou-se que foram, naquela rebelião, 18 mortos, sendo que três deles foram decapitados. Rebeliões, contudo, seguiram, com inúmeras mortes de presos.

O relatório ilustra o quadro de odioso abandono do estabelecimento prisional, que não difere em muito dos seus congêneres brasileiros:

Verificou-se que as unidades estão superlotadas e já não há mais condições para manter a integridade física dos presos, seus familiares e de quem mais frequente os presídios de Pedrinhas.

Nas unidades visitadas, o acesso a alguns pavilhões era precedido de negociação com os líderes das facções. Os chefes de plantão e diretores das unidades não eram capazes de garantir a segurança da equipe que inspecionava a unidade, sob o fundamento de que as facções poderiam considerar a inspeção em dia de visita íntima como um ato de desrespeito.

Os próprios servidores da administração penitenciária informam que os presos novos são obrigados a escolher uma facção quando ingressam nas unidades do complexo penitenciário de Pedrinhas.

[...]

⁴ Pode-se citar: a Lei Federal 8.072/90 que tipificou os crimes hediondos e estabeleceu o regime de cumprimento de pena integralmente fechado; Lei Federal 12.015/2009, que agrava a pena do crime de estupro e extingue o tipo penal denominado “atentado violento ao pudor”; Lei Federal 12.234/2010, que altera prazo prescricional e impede a contagem da prescrição em determinada hipótese; a Lei Federal 13.104/2015 que estabelece a hipótese de qualificação do homicídio cometido contra mulher (feminicídio); entre outros incontáveis casos.

Em dias de visita íntima no Presídio São Luís I e II e no CDP, as mulheres dos presos são postas todas de uma vez nos pavilhões e as celas são abertas. Os encontros íntimos ocorrem em ambiente coletivo. Com isso, os presos e suas companheiras podem circular livremente em todas as celas do pavilhão, e essa circunstância facilita o abuso sexual praticado contra companheiras dos presos sem posto de comando nos pavilhões. (BRASIL, 2014, *online*).

Outros exemplos nocivos e paradigmáticos desse abandono e desapareço constam da história nacional e, dentre eles, pode-se destacar também o episódio denominado “*massacre do carandiru*”, ocorrido no rico e próspero Estado de São Paulo, e, ainda mais recentemente, em janeiro de 2017, na cidade de Manaus, que resultou em 56 mortes⁵.

Apesar disso tudo, parece não arrefecer a confiança da população e, em certa medida, do próprio Poder Judiciário nas prisões. Os números de presos aumentam a passos largos, especialmente de presos provisórios.

Relativamente a esses últimos, a situação, talvez, seja ainda mais preocupante, pois o Estado, sabidamente inapetente para dar resposta penal adequada e em tempo oportuno, utiliza-se da prisão cautelar para antecipar a sanção penal e para oferecer à população certo alívio em face da propalada impunidade que assola o país.

Tudo isso tem levado o Supremo Tribunal Federal, a mais alta corte de justiça brasileira, a enfrentar o espinhoso tema da execução antecipada da pena, pois os tribunais e os magistrados têm se valido, com certos exageros, das prisões preventivas – a maioria delas sem a justificativa cautelar que recomendam e exigem a Constituição e o Código de Processo Penal – para responder os apelos dos mais variados segmentos sociais que esperam uma justiça célere e eficaz no combate ao crime.

Fato é que o Supremo Tribunal Federal, em sua jurisprudência, anterior a 2009, admitia a execução antecipada da pena, quando ocorrente julgamento de culpa em segunda instância, até porque os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo⁶.

Entretanto, no julgamento do *habeas corpus* n. 84.078, relator Ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal, interpretando o tema à luz do art. 5º, inciso LVII, da Constituição, entendeu que não poderia haver a execução antecipada da pena.

⁵ Conforme notícia veiculada no portal de notícias G1, globo.com: “Rebelião em presídio chega ao fim com 56 mortes, diz governo do AM” (GLOBO, 2017, *online*).

⁶ Veja o HC 85860, Relator p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 14/02/2006, sobre a possibilidade de execução provisória da pena quando pendentes de julgamento recursos excepcionais, não dotados de efeito suspensivo.

Há, inclusive, jurisprudência do STF, anterior a 2009, no sentido de que, nos crimes hediondos, é proibida a liberdade provisória (HC 87.621, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 18/04/2006).

Da ementa, a propósito, se colhe o seguinte e ilustrativo trecho:

[...] A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’.

[...]

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que ‘ninguém mais será preso’. Eis o que poderia ser apontado como incitação à ‘jurisprudência defensiva’, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

[...]

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (BRASIL, 2009, *online*).

Contudo, no ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal, compelido a revisitar o tema, em tempo de gravíssima ebulição política e de desenvolvimento de operação policial de alcance nacional (cognominada “Lava-jato”), voltou à sua posição conservadora.

Embora sucinta, a ementa do habeas corpus 126.292/SP, da relatoria do ministro Teori Zavascki, modificou profundamente o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Colaciona-se:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (BRASIL, 2016, *online*).

Cumprido ressaltar que nesse julgamento ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski (presidente da Corte).

Contudo, o tema, que é muito caro à democracia brasileira, volta a ser discutido em ações libertárias, sendo que, em 4 de abril de 2018, foi proferida decisão que, por 6 votos a 5, negou *habeas corpus* preventivo ao ex-presidente Lula, que acabou preso dias depois.

Do que se verifica, tanto a pena privativa de liberdade quanto os assuntos penitenciários estão diante de crise inominável.

A pena de prisão não funciona sem um estabelecimento prisional adequado. E o estabelecimento prisional não funciona bem sem um sistema bem elaborado que seja capaz de individualizar adequadamente a pena ao delinquente.

A falência da pena, então, é muito mais culpa do Estado e de sua política de exclusão, do que por eventual falta que possam ter cometido os teóricos das penas e do direito penal.

4. Sobre o ambiente carcerário no Brasil

A aplicação em excesso de penas privativas de liberdade, aliado à ineficiência estatal na destinação de recursos à segurança pública⁷, tem provocado a superlotação das unidades prisionais e, por consequência, um ambiente absolutamente inadequado e indigno para os presos em geral, o que afeta não só o primado da dignidade da pessoa do preso, mas também a sua própria saúde. Nesse sentido, dispõe a doutrina que:

A superlotação das celas, sua precariedade e sua insalubridade tornam as prisões num ambiente propício à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças. Todos esses fatores estruturais aliados ainda à má alimentação dos presos, seu sedentarismo, o uso de drogas, a falta de higiene e toda a lugubridade da prisão, fazem com que um preso que adentrou lá numa condição sadia, de lá não saia sem ser acometido de uma doença ou com sua resistência física e saúde fragilizadas. (ASSIS, 2007, p. 1).

Importante ressaltar que a doutrina em geral, seja por desconhecimento ou por não associação às diversas acepções em que o meio ambiente pode e deve ser compreendido, não identifica a questão da precariedade carcerária como afeta ao tema ambiental. Todavia, é a condição ambiente do cárcere, que tem origem na má gestão ou inexistência de gestão adequada pelo poder público na confecção de políticas públicas, que proporciona importantes

⁷ Fato que justificou o sucateamento da segurança pública nos estados brasileiros em geral e foi fator determinante para a recente intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro. Acerca do tema, matéria veiculada no Portal de Notícias UOL registrou o seguinte: “Sob intervenção federal na área de segurança pública, o Rio de Janeiro aparece em último lugar no país quando se trata de investimentos em informação e inteligência policial. O desmantelamento da área, vista como estratégica na atuação das Forças Armadas no Estado, é apontado como um dos fatores que levaram o Rio à atual crise. Em 2017, ano em que foi registrado o maior número de mortes violentas em oito anos no Rio, foram gastos R\$ 2.469,50 na área. Em 2016, o orçamento fluminense previa R\$ 10 mil para inteligência e informação, mas nenhuma verba foi utilizada. Em 2015, dado mais recente do anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, o Rio destacou R\$ 23,5 mil para a área. Trata-se de 55% a menos que o penúltimo colocado, o Tocantins, que gastou R\$ 52,5 mil - Distrito Federal, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Piauí, Rio Grande do Norte, Rondônia, Sergipe e Santa Catarina não informaram gastos ao Fórum. (UOL NOTÍCIAS, 2018, *online*).

sequelas na pessoa do preso e até mesmo naqueles que, pertencentes ao quadro de servidores da segurança pública, trabalham nas unidades prisionais⁸.

E não se pode olvidar que o ambiente carcerário também é fruto da condição de cerceamento de liberdade em que o preso se encontra. Isso porque, esteja o preso dividindo cela com outros reclusos ou mesmo no ambiente de solidão, o retrato disso é a figura nostálgica de um ambiente normalmente contaminado pela tristeza, pela lamúria e pela selvageria de quem é retirado de um mundo exterior muito mais arejado e rico de paisagens e esperanças, e colocado em outro, fechado e estigmatizado.

Assim, qualquer que seja a concepção da finalidade da pena – castigo, prevenção ou ambas - adotada, fato é que o ambiente carcerário deve ser considerado para fins de dignidade da pessoa e da saúde do preso que nela se encontra, o que constitui para o Estado, que tem na pena privativa de liberdade o seu maior manancial de incidência, uma cara e delicada obrigação.

De outro lado, o próprio ambiente, precário e inadequado, gera violência, estimula intrigas e proporciona o caos na organização interna das unidades prisionais.

Valendo-se das lições de Sérgio Adorno (1998), destaca Cacemiro:

em face das condições de existência dominantes nas prisões, a perda da liberdade determinada pela sanção judiciária pode significar, como não raro significa, a perda do direito à vida e a submissão a regras arbitrárias de convivência coletiva, que não excluem maus tratos, espancamentos, torturas, humilhações, a par do ambiente físico e social degradado e degradante que constringe os tutelados pela justiça criminal à desumanização (CACEMIRO, 2016, *online*).

E, ainda, sobre os efeitos do cárcere na personalidade do agente, a proporcionar novas e outras reflexões sobre a (in)conveniência da aplicação da pena privativa de liberdade, destaca Pimentel Júnior (2017):

Na verdade, as reações dos encarcerados, são ostensivamente anômalas. Sua excitabilidade se exagera quase em forma patológica. A reclusão nivela os homens por baixo, tornando-os iguais parecendo todos emergir em forma estereotipada, segundo o nível mais ínfimo. *Barner e Teeters*, em sua obra **New Horizons in Criminology** (New York/1951), escreveram que muitos encarcerados chegam a ser vitimados por neuroses. E, se ao entrar na prisão, o condenado possuía alguma energia, cai logo alquebrado, depois de alguns meses dessa mortificante rotina que lhe é imposta. A impossibilidade de satisfazer suas necessidades sexuais desencadeia um comportamento anormal. *Taft*, em sua obra **Criminology** (New York/1947), assinala

⁸ Destaca-se que o ambiente, em qualquer de suas acepções, é “oggi consacrato dottrinalmente come diritto umano di terza generazione e contemplato con disposizioni costituzionali che lo innalzano alla condizione di diritto fondamentale nell’ambito di diversi Paesi, è bene giuridico atto a essere effettivamente tutelato dal diritto penale che, tuttavia, richiede modificazioni nella sua dogmatica individualista secolare per la difesa di un diritto che è, allo stesso tempo, individuale e diffuso” (RIBEIRO; THOMÉ, 2017, p. 33).

o estado de torpor característico do prisioneiro destacado pela indiferença e a decadência do seu poder de atenção. O interior das prisões, em geral, são estritos e insuficientes. A limitação do espaço comporta a acumulação de muitas pessoas em áreas reduzidas. O preso, obrigado a comprimir-se, reduz, ao mínimo, os movimentos inerentes à vida biológica, tão necessários à conservação da saúde. (PIMENTEL JÚNIOR, 2017, *online*) (grifos no original).

E foi essa degradação e rotina mortificante que fez com que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, por sua 2ª turma, entendesse por conveniente conceder, em prol dos interesses e da saúde da prole e em sede de *Habeas Corpus* Coletivo, prisão domiciliar às mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças com até 12 anos sob sua guarda ou pessoa com deficiência⁹.

Em verdade, de um modo geral, os estabelecimentos penais

Constituem servidões de passagem para o terror. Nesses campos de concentração se desenham, como num mural infinito, o sofrimento e o desespero e lembram o testemunho de um ex-presidiário: ‘Para lá do portão ficava o mundo luminoso da liberdade, que do lado de cá se imaginava como uma fantasmagoria, uma miragem. Para nós, o nosso mundo não tinha nenhuma analogia com aquele; compunha-se leis, de usos, de hábitos especiais, de uma casa morta-vida, de uma vida a parte e de homens a parte’. (DOTTI, 2003, p. 277).

⁹ Eis os argumentos meritórios do voto condutor do Ministro Ricardo Lewandowski, extraídos do site oficial do STF: “Quanto ao mérito do habeas corpus, o relator ressaltou que a situação degradante dos presídios brasileiros já foi discutida pelo STF no julgamento da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347. Nesse ponto, lembrou o entendimento jurídico segundo o qual fatos notórios independem de provas. A pergunta em debate reside em saber se há, de fato, deficiência estrutural no sistema prisional que faça com que mães e crianças estejam experimentando situação degradantes, privadas de cuidados médicos. E a resposta, de acordo com o relator, é afirmativa. Ele citou novamente o julgamento da ADPF 347, quando o STF reconheceu o estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro. O relator citou dados do Infopen (Levantamento de Informações Penitenciárias) que demonstram que as mulheres presas passam por situações de privação. Para o ministro, é preciso tornar concreto o que a Constituição Federal determina, como o disposto no artigo 5º, inciso XLV, que diz que nenhuma pena passará para terceiro. E, para o ministro Lewandowski, a situação em debate leva a que se passe a pena da mãe para os filhos. O ministro revelou que seu voto traz narrativas absolutamente chocantes do que acontece nas prisões brasileiras com mulheres e mães, que demonstram um descumprimento sistemático de normas constitucionais quanto ao direito das presas e seus filhos. Não restam dúvidas de que cabe ao Supremo concretizar ordem judicial penal para minimizar esse quadro, salientou. Além disso, o ministro lembrou que os cuidados com a mulher presa se direcionam também a seus filhos. E a situação em análise no HC 143641 viola o artigo 227 da Constituição, que estabelece prioridade absoluta na proteção às crianças. O ministro destacou ainda que o legislador tem se revelado sensível a essa realidade e por isso foi editada a Lei 13.257/2016 (Estatuto da Primeira Infância) que, segundo Lewandowski, trouxe aspectos práticos relacionados à custódia cautelar da gestante e da mãe encarcerada, ao modificar o artigo 318 do CPP. O dispositivo autoriza o juiz a converter a prisão preventiva em domiciliar quando a mulher estiver grávida ou quando for mãe de filho de até 12 anos incompletos. O relator votou no sentido de conceder a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no artigo 319 do CPP – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças com até 12 anos sob sua guarda ou pessoa com deficiência, listadas no processo pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionálíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício. O ministro estendeu a ordem, de ofício, às demais as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições previstas quanto ao item anterior”. (BRASIL, 2018, *online*).

É hora, pois, de se empreender maiores e melhores reflexões sobre os problemas relacionados à desmesurada e inadequada prática de aplicação de penas privativas de liberdade e os efeitos colaterais dela resultantes, mormente no tocante ao ambiente do cárcere e suas sequelas para a dignidade do preso.

5. Considerações finais

Desde o momento em que o Estado optou por relegar os problemas sociais e resolvê-los com o uso arbitrário e desmedido do direito penal, uma crise instaurou-se no Brasil.

As prisões de ontem e de hoje apenas revelam que as questões penitenciárias não mereceram, e não merecem, os cuidados do Estado. Ao revés, a realidade que está escancarada é a de que a prisão não se sujeita à presença e ao controle do Estado, salvo para manter o criminoso preso.

A barbárie, então, que antes ocorria pela ação estatal, hoje se verifica pela omissão odiosa – que rejeita direitos e garantias do apenado; que entrega a execução da pena a grupos organizados de criminosos; que ignora o limite da culpa; que, na sua inércia, livra o apenado com condição pessoal agravada.

Do ponto de vista ambiental, a superlotação dos presídios tem gerado desde revolta dos presos manifestada na deflagração de rebeliões, até problemas de saúde originários da indignidade do ambiente do cárcere, que motiva e produz novas e outras práticas criminosas.

Os desafios do direito penal contemporâneo devem ser superados por meio de um novo olhar capaz de acudir as novas demandas por políticas carcerárias, por um maior emprego de penas não corporais e por respostas mais humanas do Estado, especialmente diante da grave crise há muito instalada sobre a própria pena de prisão.

6. Referências bibliográficas

ADORNO, Sérgio. **Prisões, violência e direitos humanos no Brasil**. Seminários dos Direitos, 1998.

ASSIS, Rafael Damaceno de. *A realidade atual do sistema penitenciário Brasileiro.*

Revista CEJ, v.11, n. 39, out./dez. 2007. Disponível em:

<<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/949>> Acesso em: 26 mar. 2018.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 2. ed. São Paulo: Globo, 2011.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Introdução ao estudo do direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Versão digital: eBooksBrasil.com. 2011.

Disponível em:

<http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=4358>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório de inspeção dos estabelecimentos prisionais do Maranhão. Brasília, em 27 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/temas-de-atuacao/sistema-prisional/atuacao-de-outros-orgaos/relatorio_cnj_complexo_pedrinhas_dez2014>. Acesso em: 18 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**. 2ª Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>> Acesso em: 12 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** 85.860, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 14/02/2006, DJ 15-12-2006 PP-00109 EMENT VOL-02260-04 PP-00701.

Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=394962>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº. 87.621. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 18/04/2006, DJ 10-11-2006 PP-00056 EMENT VOL-02255-03 PP-0049. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390726>>. Acesso em: 13 fev. de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº. 84.078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 126.292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 13 mar. de 2018.

CACEMIRO, Wellington. **Entre a luz e o cárcere**: o documentário sob uma perspectiva crítica. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/49252/entre-a-luz-e-o-carcere-o-documentario-sob-uma-perspectiva-critica>> Acesso em: 10 abr. 2018.

CONJUR. **Brasil tem a 3º maior população carcerária do mundo, com 726712 presos**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-08/brasil-maior-populacao-carceraria-mundo-726-mil-presos>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

DOTTI, René Ariel. Os direitos Humanos do preso e as pragas do sistema criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 42, 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 264-279.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 27 ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GLOBO. COM. **Portal G1**. Rebelião em presídio chega ao fim com 56 mortes, diz governo do AM. Disponível em: <<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/rebeliao-no-compaj-chega-ao-fim-com-mais-de-50-mortes-diz-ssp-am.html>> Acesso em: 10 abr. 2018.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Apêndice: A criminalidade dos homens de cor no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1941.

JAKOBS, Gunter. **Fundamentos do direito penal**. 2. ed. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MASI, Domenico. **O futuro do trabalho**. 3 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000.

MEDEIROS, Jarbas. **Ideologia autoritária no Brasil – 1930/1945**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1978.

PIMENTEL Júnior, João Baptista. **Consequências do ambiente carcerário nos presídios brasileiros**. 2017. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/dialogosdosul/consequencias-do-ambiente-carcerario-nos-presidios-brasileiros/01022017/>> Acesso em: 20 mar. 2018.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; THOMÉ, Romeu. La Protezione Penale Dell'ambiente Come Diritto Umano Costituzionale. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 33-71, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1014/538>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

UOL NOTÍCIA. **Sob intervenção, Rio é o Estado brasileiro que menos investe em segurança**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas->

noticias/2018/02/21/sob-intervencao-rio-e-o-estado-brasileiro-que-menos-investe-em-inteligencia.htm> Acesso em: 10 abr. 2018.

ZAFARONI, Raul Eugenio. **Em busca de las penas perdidas**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, reimpressão, 1998.

**RACIONALIDADE DO ALINHAMENTO ENTRE O DIREITO PENAL
INTERNACIONAL OS PRINCÍPIOS REITORES DO SISTEMA PENAL NOS
ESTADOS DEMOCRÁTICOS DE DIREITO**

Maria Auxiliadora Minahim

Universidade Federal da Bahia

Lucas Gabriel Santos Costa

Universidade Federal da Bahia

Resumo

A racionalidade do acoplamento entre os sistemas penal internacional e o de garantias que orienta o direito estatal é o objeto deste estudo. Os organismos supranacionais voltados à defesa da paz e dos direitos humanos resultam do empenho dos Estados na celebração de Tratados e Convenções. O objetivo do estudo é analisar, através do método dedutivo, por meio da exploração bibliográfica e jurisprudencial, o alinhamento entre a sistemática penal nacional e a internacional de proteção aos direitos humanos. Propõe-se o respeito às garantias fundamentais do Direito Penal constitucional como elementos que devam orientar a conformidade entre os sistemas.

Palavras-chave: Direito Penal Internacional; Sistema penal doméstico; Sistema de Garantias; Dignidade Humana; Direito Penal liberal.

Abstract

The object of this study is the harmonious coupling between the international criminal system and that of guarantors that guides the State law. The supranational bodies dedicated to the defense and human rights are the result of the commitment of the States in the celebration of Conventions. This study analyzes, through the deductive method, the bibliographical and jurisprudence exploration of criminal law, the alignment between the national and international penal systems of protection of human rights. The proposition is to respect the fundamental guarantees of constitutional criminal law as elements that should guide the conformity between the systems.

Keywords: International Criminal Law; Domestic criminal system; System of Guarantees; Human dignity; Liberal criminal law.

1. Considerações iniciais

O objeto do presente estudo decorre da afirmação da centralidade da dignidade humana que se evidencia como ponto em comum do programa de obrigações constitucionais nos Estados democráticos do ocidente. É com base nessa afirmação, e em sua irradiação para todos os âmbitos normativos e políticos, que se desenvolvem as estruturas que orientam o presente estudo.

A preservação do valor da pessoa e o asseguramento de seus direitos essenciais constituem os ideais perseguidos pelo sistema jurídico liberal, aos quais se alinha, necessariamente, o Direito Penal na tentativa de sua legitimação. A subsunção a esta meta é o caminho mais promissor para justificar seu exercício quando se imiscui, coercitivamente, na esfera de liberdade de outrem.

A presente investigação se insere, nesse contexto, no âmbito de discussão inerente à tensão inscrita na relação entre o programa penal inerente ao sistema destinado à proteção internacional da dignidade humana, na égide de uma sociedade que se diz pós-moderna e globalizada, e os princípios que orientam e limitam o sistema de controle e manutenção da ordem social institucionalizado, a partir de um sistema jurídico-penal de garantias.

A tensão se observa num duplo aspecto: 1. através da ampliação de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos a partir da maximização do Direito Penal; 2. a necessária coesão desse sistema internacional de controle centrado na punição com o ordenamento jurídico doméstico, que tem como ponto reitor a Constituição Federal, que se mostra como indicador do sistema penal centrado em princípios decorrentes da necessidade de proteção da dignidade humana.

Nesse sentido, a análise segue o percurso construído pela dimensão punitiva atribuída à Corte Internacional de Direitos Humanos, numa perspectiva crítica que recai sobre a eficácia e legitimidade da expansão do Direito Penal, que acompanha a construção de um programa internacional voltado à punição de atentos aos direitos humanos.

O estudo segue esta direção, inicialmente, através da descrição de um panorama geral sobre os princípios que orientam e limitam o poder punitivo. Supõe que os limites dirigidos ao sistema penal compreendam o processo de legitimação do Estado de Direito, num período histórico no qual se busca a reafirmação do ideal democrático nas sociedades pós-modernas.

Nesse sentido, a necessidade de proteção que fundamenta e justifica a intervenção estatal voltada ao controle social deve obedecer a restrições que, *a priori*, mostram-se como indicadores da limitação do arbítrio do estado pela via penal.

O estudo, que se desenvolve por uma abordagem metodológica jurídico-sociológica de investigação, por meio do método jurídico-compreensivo, analisa de modo crítico a adequação da Corte Internacional de Direitos Humanos aos princípios que orientam o sistema penal de garantias num Estado liberal. O que importa é aferir a relevância desses princípios como um molde de adequação da intervenção penal que se propõe universal.

2. A expansão do Direito Penal como espaço de experiência da sociedade ocidental

A luta contínua do Direito Penal em legitimar sua existência e de suas respectivas sanções ocorre pela submissão aos princípios garantidores das liberdades, embora seja frequente que, em nome de um ou outro interesse, ocorra a flexibilização do pensamento sustentado pela Ilustração¹.

Pode-se alinhar algumas, dentre outras possíveis razões, para a expansão do subsistema penal além da mais usual, qual seja a instalação de governos de exceção. Nesses casos, há uma óbvia e inconciliável possibilidade de convivência entre autoritarismo e reconhecimento da autonomia dos indivíduos como valor fundamental para a construção de uma ordem política e normativa.

Desde o final do século passado, porém, novas ideias têm prestado sua contribuição no sentido da expansão e endurecimento do Direito Penal². Quase como mantra, repete-se a necessidade da sociedade pós-industrial de transformação do sistema penal para que nele também inseridas normas com pretensão ao controle do risco, fenômeno típico dessas sociedades (LUHMANN, 2006, P. 74)³.

¹ Nota explicativa: “Una buena parte de las ideas y valores que siguen procurando algún punto de humanidad y civilización a nuestro mundo contemporáneo, por más que tuvieran un origen más antiguo, se forjaron precisamente em siglo XVIII: los derechos humanos, el constitucionalismo, la democracia política y el gobierno representativo, el cosmopolitismo, incluso la solidaridad cuyo precedente bien puede rastrearse em la venerable filantropía y, desde luego, también el garantismo penal, que representa la más fecunda a nuestros días de la filosofía jurídica ilustrada. (PRIETO SANCHÍS, 2001, p.132).

² Nota explicativa: Nesse sentido, Silva Sanchez que orienta a expansão do Direito Penal decorre do surgimento de novos interesses tutelados pelo Direito Penal, a efetiva apresentação de novos riscos. A institucionalização e a sensação de insegurança, a configuração de uma sociedade de sujeitos passivos, a identificação da maioria social com a vítima, o descrédito das instâncias de proteção, a influência dos gestores atípicos da moral, a influência da política criminal e o gerencialismo penal. (SILVA SANCHEZ, 2001, P. 25-81).

³ Nota explicativa: “Nos dois últimos séculos, o acelerado crescimento técnico contribui para a geração de novos perigos e o incremento de riscos: o proibido e o permitido, via de consequência, também se alargam e se alastram.” (MARQUES, 2008, p. 34).

O cumprimento dessa meta teria levado o Direito Penal a tornar-se, muitas vezes, um direito de gestão punitiva de perigos imprecisos, ultrapassando a reação a fatos individualmente limitados, com uma causalidade definida e passíveis de serem imputados a uma pessoa determinada. Como diz Eduardo Demetrio Crespo (2006, p. 66), percorrendo esse caminho, corre o risco de sua "administrativização" e de perder a configuração garantista exigida desde o Iluminismo.

Ademais, as sociedades contemporâneas vivem em contato com a violência global e a vivenciam, como sendo própria, graças aos meios de comunicação. A criminalidade transnacional, o crime organizado, o terrorismo, o tráfico de drogas contribuem, entre outras causas no entender de Winfried Hassemer (2012, p.184), para que a segurança do cidadão seja vista como mais um bem jurídico, o qual exige a intervenção de um Direito Penal mais comprometido com a eficácia do que com as liberdades.

3. A expansão do Direito Penal na tutela internacional dos Direitos Humanos

A realidade proposta pelo discurso de sociedade pós-moderna avança ao encontro da ruptura dos princípios liberais constituídos sob a égide de um Estado Democrático de Direito⁴. Trata-se de um pensamento penal expansivo que segue a ideologia neoliberal para fazer proliferar práticas punitivas que se sobrepõem à concepção filosófica ilustrada de limitação penal. É uma regressão que tende ao fim dos limites à intervenção punitiva (MIR PUIG, 2011. P 20 *et. Seq*).

Seja por essas razões ou porque punir apareça como a resposta mais fácil e com efeitos psíquicos mais compensadores para muitos, o ideal da Modernidade permanece irrealizado e suscetível a novas investidas corrosivas. De forma aparentemente contraditória, o Direito Internacional Penal e o Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos, mais especificamente o sistema interamericano, contrariam princípios que visam restringir a aplicação abusiva do Direito Penal (MIR PUIG, 2011. P 20 *et. Seq*).

No entanto, essas providências foram tomadas com o objetivo de socorrer pessoas vítimas de perseguições e crueldades praticadas por braços do Estado ou com sua tolerância,

⁴ Nota explicativa: "As características principais da política criminal praticada nos últimos anos podem resumir-se no conceito de 'expansão' do Direito Penal. Efetivamente, no momento atual pode ser adequado que entre o fenômeno mais destacado na evolução atual das legislações penais do 'mundo ocidental' está o surgimento de múltiplas figuras novas, inclusive, às vezes, do surgimento de setores inteiros de regulação, acompanhada de uma atividade de reforma de tipos penais já existentes, realizada a um ritmo superior ao de épocas anteriores." (JAKOBS, MELIÁ, 2009. P. 76).

sobretudo em regimes de exceção ou em guerras que deflagraram ondas de violência e horrores. Como bem coloca Mariângela Gomes (2017, 66 e ss). forma-se no âmbito da CIDH, da mesma forma que ocorre em tratados internacionais, o entendimento, segundo o qual, a melhor forma de restaurar direitos humanos violados é recorrendo-se ao Direito Penal.

Apenas a sanção penal poderá realizar a restauração de tais direitos, revelando-se com sua aplicação, o repúdio às ofensas praticadas e, ao mesmo tempo, a prevenção de novos ultrajes e danos. Para tanto, porém, não há hesitação em afastar as construções da Dogmática Penal que pretendem opor uma barreira ao autoritarismo e à massacres e mutilações contra a pessoa humana.

Não há dúvidas de que, no contexto da Corte, por exemplo, há uma irresignação aos desaparecimentos forçados, torturas e homicídios praticados por governos autoritários com vistas a sua manutenção do poder. Tão pouco se desconhece os recursos protelatórios por estes utilizados para dar uma aparência de interesse na investigação dos culpados e sua punição. No Brasil, por exemplo, a prática foi comum, estimando-se a ocorrência de 434 mortes ou desaparecimentos forçados durante a Ditadura Militar. Existia, então, uma política oficial de extermínio dos inimigos do regime cuja execução era deliberada monocraticamente pelo General João Baptista Figueiredo, quando Chefe do Serviço Nacional de Inteligência (SNI) e autorizadas por Ernesto Geisel conforme dados oficialmente registrados no Departamento de Estado dos Estados Unidos.

A prática cruel de eliminação de opositores em todo mundo avilta valores de sociedades que se dizem civilizadas. A reflexão, contudo, que se propõe aqui, diz respeito à possível impropriedade do Direito Penal para restauração de direitos humanos em razão de sua natureza invasiva e totalizante e, por seu caráter notoriamente violento.

A questão, em verdade, é agudizada, quando em nome desses direitos outros são ignorados em nome de sua realização. Assim, o tratamento dispensado à legalidade, à proporcionalidade, à prescrição, à coisa julgada, por exemplo, deve ser harmonizado sob risco de, no plano internacional, haver uma proteção inferior àquela dos direitos internos, violando o direito fundamental.

4. A preservação do valor da pessoa e o asseguramento de seus direitos essenciais

O marco definidor das legislações Pós-guerra pode ser entendido como sendo a exaltação da dignidade humana e a universalização dos direitos humanos. De fato, os grandes textos normativos desse período histórico passaram a reconhecer a ideia de dignidade da pessoa

humana, seja no âmbito do Direito Internacional, seja no plano específico do Direito Nacional de cada Estado soberano.

A universalização dos direitos do homem consolida-se nos tratados internacionais como ideal a ser concretizado, reafirmando o respeito à dignidade como aspiração a ser perseguida e, também, como proteção contra as crueldades praticadas pelo próprio humano contra sua espécie. A Declaração Universal de Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1948, é inaugurada com a afirmação de que todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos (art. 1º). Proclama, também, o caráter de igualdade fundamental dos direitos humanos, ao dispor que cada qual pode se prevalecer de todos os direitos e todas as liberdades proclamadas naquela Declaração, sem distinção de espécie alguma, notadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião pública ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação (art. 2º).

Do plano internacional, a dignidade ingressou nos Estados como um dos princípios ético-jurídicos que adquiriram *status* constitucional nas últimas décadas. Na esteira do pós-positivismo jurídico constitui a evidência que o fundamento último e a própria *ratio essendi* de um Direito justo não é outro, senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, como um ser que encerra um fim em si mesmo, cujo valor ético intrínseco impede qualquer forma de degradação, aviltamento ou coisificação da condição humana (SOARES, 2010, p.121 e ss).

A partir da internacionalização da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos correlatos, seguiu-se o fenômeno da constitucionalização desses direitos humanos, que passaram a ser denominados, com a positivação constitucional, de direitos fundamentais, ampliando a possibilidade de garantir a sua aplicabilidade nas relações sociais desenvolvidas no âmbito dos ordenamentos jurídicos internos.

Ao tratar da exteriorização da dignidade da pessoa humana como princípio do constitucionalismo ocidental, observa J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 221) que o ser humano passou a despontar como o fundamento da República e limite maior ao exercício dos poderes inerentes à representação política. Perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República.

Exemplos não faltam desse processo de positivação constitucional da dignidade da pessoa humana. A Constituição da República Italiana, de 27 de dezembro de 1947, estatui que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social” (art. 3º). A Constituição da República Federal Alemã, de 1949, contempla solenemente, em seu art. 1º, que “a dignidade do homem é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é dever de todos os Poderes do Estado”. Analogamente, a Constituição Portuguesa de 1976 abre-se com a proclamação de que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Outrossim, a Constituição Espanhola de 1978 declara que “a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos alheios são o fundamento da ordem política e da paz social” (art. 10).

Sendo assim, o princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana importa o reconhecimento e tutela de um espaço de integridade físico-moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência ontológica no mundo, relacionando-se tanto com a manutenção das condições materiais de subsistência, quanto com a preservação dos valores espirituais de um indivíduo que sente, pensa e interage com o universo circundante.

Por sua vez, à luz do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, as exigências mínimas de uma ordem penal liberal incluem o respeito a prescrições tais como: igualdade de todos diante da lei, absoluta separação entre direito e moral, reafirmação do direito do fato em oposição ao Direito Penal do autor, além de outros para a concretização do Direito Penal garantidor. Além destas, são destacadas pela doutrina internacional e brasileira outras que prescrevem a sujeição do poder ao Direito e que permitem assegurar as esferas de liberdade dos cidadãos.

Em verdade, as estreitas relações entre Direito Constitucional e Direito Penal não se esgotam na influência dos valores constitucionais sobre esse último. Eles se manifestam também no campo das relações entre política e Direito Penal, no qual pode-se constatar uma tensão entre indivíduo e autoridade estatal pela severidade da reação penal aos ataques praticados aos bens sociais máximos. Como alerta Francesco Palazzo (PALAZZO, 1989, p.19), ao responder com o pesado instrumento da pena, o Estado reforça a conflitualidade dessa relação.

A rudeza e poder da pena conferem ao Direito Penal “uma intrínseca e específica politicidade” que é racionalizada pelas modernas constituições liberal-democráticas. De fato, cumpre, com foco nos super princípios, dentre os quais o da dignidade da pessoa humana inserto no artigo 1º da Constituição Federal, equilibrar a dupla tarefa proposta ao Estado Democrático:

o dever de proporcionar a segurança pública, prevenir as infrações penais e, ao mesmo tempo, garantir os direitos individuais.

Considera-se que o Estado constitucional no ocidente, apesar de suas diversidades, tem como ponto em comum um programa de obrigações constitucionais, no qual a afirmação de uma dignidade humana tem centralidade, assim como o conceito de democracia dela decorrente, que se irradiam para todos os âmbitos normativos e políticos.

5. Legitimação do Direito Penal através dos princípios que orientam e limitam o poder punitivo

A Constituição Brasileira de 1988, conhecida como Constituição cidadã, incorporou essas aspirações como fundamento e princípios reitores da República Brasileira, a exemplo de muitos outros países ocidentais. Em nossa região periférica, como diz Geraldo Prado, essa atitude tem uma função diferenciada: projeta-se “em uma espécie de postura radical transformadora” com capacidade de influir na “construção e difusão de um novo direito crítico” de base constitucional (1997, p.176). A legitimação do Direito Penal decorre, portanto, de sua articulação com um sistema assentado em valores voltados à proteção dos direitos do homem decorrentes do reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

É a partir da busca pela legitimação do Direito Penal que a racionalização do sistema punitivo passa a se inserir num horizonte de expectativas que orienta a formação dos Estados de Direito que alimentam a experiência democrática nas últimas décadas. Esse processo, de transformação e desenvolvimento das estruturas e métodos que fundamentam a existência do controle exercido pelo Direito Penal, é formado com a apreensão de valores que se dispõem como pontos reitores para configuração de um sistema que opere conforme a necessidade de proteção e respeito à humanidade.

A percepção da racionalização do sistema conforme a satisfação da humanidade decorre de um processo de desenvolvimento histórico, que orienta a política criminal e desenvolve as estruturas da dogmática jurídico-penal. É através desse processo que se evidencia a necessidade de obediência a princípios que fundam, orientam e vinculam a inserção do sistema penal como instrumento de controle social nas sociedades democráticas.

O sistema penal, assim, se fundamenta na promoção ou manutenção da normalização de uma ordem vinculada a demandas obtidas de uma interpretação da realidade vivida, formada por uma composição ideológica. A manutenção da ordem social realizada com a restrição da liberdade individual por um sistema de controle, como necessidade do modo de vida dos

indivíduos em uma sociedade, informa o espaço do possível para realização da liberdade social. Dentre os sistemas de controle social, subleva-se o sistema jurídico-penal como um sistema de controle social repressivo e institucionalizado que se vincula ao ideal de manutenção dos valores fundamentais e essenciais à vida em comunidade.

Portanto, a determinação de um Direito Penal que se afirma com os parâmetros do Estado de Direito repercute na cominação de princípios básicos à sua limitação, são parâmetros formais e materiais que restringem o *jus puniendi*. São limites que, obedecendo a uma racionalização do Direito Penal, formalmente se impõem através do princípio da legalidade e, materialmente, com a observância de condições que conduzem uma intervenção penal que respeita os espaços de liberdade.

A ilustração, na história da humanidade ocidental, representa um evento fundamental no espaço de experiência, sendo referência à difusão da dignidade humana como ponto central do ordenamento jurídico. Em âmbito penal, através da difusão de princípios humanitários, solidificou fundamentos para a superação de problemas básicos do Direito Penal.

Além do metaprincípio da dignidade humana, elemento fundante da ordem constitucional brasileira, outros, designados como constitucionais penais e como penais constitucionais determinam o sentido das normas penais, desde sua elaboração até a aplicação.

A proporcionalidade releva dentre outros princípios constitucionais penais na medida em que a regra tem aptidão para assegurar, ao máximo, a liberdade dos indivíduos. O conteúdo do princípio da proporcionalidade encontra-se intrinsecamente associado a outros tantos também relacionados à dosagem do instrumento sancionador do Estado. Assumem especial relevância no ordenamento jurídico a partir da constatação de que, a crescente exigência da tutela penal, pelos diversos setores da sociedade, vem acarretando o progressivo comprometimento dos direitos fundamentais do cidadão.

Neste sentido, o princípio constitucional da proporcionalidade orienta a construção de tipos incriminadores por meio de uma criteriosa seleção daquelas condutas que justificam a tutela diferenciada e mais severa do Direito Penal, erguendo um limite à atividade desempenhada pelo legislador e pelos demais intérpretes, visto que estabelece até que ponto é legítima a intervenção do Estado na restrição dos direitos fundamentais dos cidadãos (v.g., vida, liberdade, patrimônio).

Da materialização do princípio da proporcionalidade, à restrição da liberdade como forma indispensável de proteção da humanidade, decorre o instituto da prescrição (PUIG, 2011. P. 123). A prescrição na esfera penal está relacionada à necessidade de pena ao caso concreto

como meio para satisfação de sua finalidade protetiva, uma vez que o transcurso do tempo⁵ atinge e fragiliza o conteúdo que fundamenta o direito de punir do estado, que é a realização da justiça em paralelo com a satisfação de segurança jurídica e controle e preservação dos bens necessários para manutenção de uma sociedade livre e organizada.

O instituto da prescrição garante esse dever ser, orientando a extinção da punibilidade quando o lapso temporal para o exercício da pretensão punitiva ou executória do Estado, desde a consumação do fato punível até o alcance de marcos legais, ultrapassa o prazo determinado pela Lei⁵. Para além de se fundamentar no esquecimento social do comportamento proibido, na expiação moral e emenda do criminoso e na dispersão das provas, o instituto da prescrição tem em seu conteúdo a incidência do próprio fundamento do próprio direito de punir: ser um instrumento adequado à proteção da humanidade. Nesse sentido, o instituto da prescrição insere ao *jus puniendi* a aferição da idoneidade/utilidade, necessidade e proporcionalidade da pretensão punitiva estatal.

O decurso do tempo, acompanhado pela inação do Estado frente ao exercício da persecução penal, resulta na inidoneidade da pena e, conseqüentemente, da própria manifestação do direito de punir. A prescrição direciona esse direito a uma revelação adequada, em face da função que ele assume num Estado Democrático de Direito. A intervenção penal deve perseguir a proteção de bens jurídicos e a pena não deve se afastar dessa finalidade.

Ainda no domínio dos princípios que orientam e limitam o poder punitivo, o princípio da legalidade se mostra como instrumento para a proteção da liberdade do indivíduo, ou seja, como importante delimitador formal do fato social considerado criminoso, bem como um indicativo da prescrição da pena. Reforçado pelos ideais da filosofia ilustrada, o princípio da legalidade evidencia o ideal democrático e se põe como uma garantia de segurança jurídica e política do administrado frente ao poder de punir do Estado⁶

Do postulado *nullum crimen, nulla poena sine lege*, determinam-se garantias de uma lei penal *prævia, certa, scripta e stricta*. O respeito ao postulado resulta numa vinculação da existência do crime e suas conseqüências a uma composição formal e democrática advinda de

⁵ Nota explicativa: “A razão de ser e ao mesmo tempo a justificação íntima deste phenomeno em uma *força misteriosa do tempo*, productora ou aniquiladora do direito, mas na mesma ordem juridica que, não tendo por missão a observancia rigorosamente logica de princípios geraes, e sim a realização de fins praticos, toma em consideração o *poder dos factos*.” (WELZEL. 1899. P. 476)

⁶Nota explicativa: O princípio da legalidade pressupõe uma política baseada na divisão de poderes, na qual a lei fosse competência exclusiva dos representantes do povo. É uma exigência de segurança jurídica, pois impõe a necessidade de conhecimento prévio dos delitos e das penas, bem como uma garantia política, pois os cidadãos não podem ser submetidos a penas não admitidas e construídas pelo povo (MIR PUIG. 2011. P. 71 Et seq.).

processo legislativo constitucional, o que é capaz de amenizar as consequências de uma política de etiquetamento e a neutralização que pode ser operada através do Direito Penal.

Assim, a ilustração orientou a não conversão do Estado num instrumento voltado ao serviço de quaisquer opções morais ou religiosas, igualmente, dispôs sobre o processo de criminalização através da constatação de fatos sociais lesivos ao bem jurídico. Refutou, portanto, a criminalização de concepções morais atribuídas ao imputado, excluindo da pena as finalidades de reeducação moral. Nesse espaço, o poder punitivo estatal passa a demandar uma fonte para fundamentação e determinação de condutas tidas como criminosas, passíveis de pena, ou seja, uma legitimação material. Determinação prévia à atividade do legislador, advinda de um padrão crítico sobre as relações humanas da sociedade. Tal concepção se soma a uma perspectiva ético-social, orientando a missão do Direito Penal como a tutela dos bens jurídicos mediante a proteção dos valores fundamentais à comunidade.

Tais parâmetros são imprescindíveis com o fim de restringir os limites de atuação do Estado pelo braço do Direito Penal porque, quando se entende que o liberalismo é uma doutrina do estado limitado, a única compreensão possível do Direito Penal cidadão é aquela que o concebe constricto pelo respeito inflexível aos princípios garantidores.

6. Alinhamento do CIDH com os princípios do sistema jurídico nacional

Os tribunais internacionais surgidos para, subsidiariamente, apurar e sancionar graves violações contra o direito das gentes, com o fito de evitar a impunidade, têm uma atitude negligente com relação às garantias desenvolvidas para proteger o indivíduo diante do Estado.

Mariângela Gomes (2017, *passim*) trata, com excelência, dos paradoxos da jurisprudência punitivista da Corte Interamericana de Direitos Humanos, aliás título de sua obra, os quais são frequentes no julgamento dos Estados considerados infratores. A CIDH, através de suas decisões, tem alertados esses entes, para que, no exercício do poder punitivo, respeitem o *nullum crimen* e seus corolários sob pena de responsabilização.

Assim ocorreu no caso Maria Teresa De La Cruz Flores contra o Peru, no caso Úson Ramirez (Mariângela Gomes, 2017, p. 106) contra a Venezuela ocasiões em que o princípio da estrita legalidade foi transgredido. Essa posição não se repete, porém quando se trata de punir o Estado signatário por não haver processado e condenado pessoas pelo crime de tortura, mesmo quando o tipo não era previsto em sua legislação interna e sua adesão à Convenção fora posterior à prática do delito. O fato ocorreu com o Brasil, por exemplo, a propósito do

assassinato do jornalista Vladimir Herzog, (CIDH caso n. 12.879), como já referido supra, torturado e morto nas dependências do DOI-Codi em 1975⁷.

Sabe-se que os casos apreciados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos representam graves ofensas aos direitos humanos em contextos de governos de exceção, a exemplo do acima referido. Pode-se dizer também que os organismos internacionais surgem para assegurar condições de exercício de direitos fundamentais e inalienáveis do ser humano, múltiplas vezes violados ao longo da história. Dessa forma, os órgãos internacionais estão comprometidos, antes de tudo, com a consecução da proteção e restauração desses direitos.

Entende-se, portanto que, em face da seriedade dos crimes praticados, haja a tendência de instituir um Direito Penal estruturado conforme a ideia de legalidade substancial em detrimento da legalidade formal. Segundo Luis Luigi, (1991, p.12) essa ideia padece de notória equivocidade e enseja o arbítrio na medida em que a natureza da lesão permitiria uma dogmática desgarrada dos princípios garantidores.

Ao mesmo pensamento alinha-se Ferrajoli (2002, p. 36), quando realça que o critério substancial utilizado para a definição da ilicitude produz o esvaziamento objetivo da legalidade. Ainda de acordo com o mesmo autor, o injusto típico não deve resultar de “valorações extemporâneas”, mas tão só da convenção jurídica positivada na lei, já que apenas a certeza proporcionada pela mesma pode atender às demandas garantidoras evitando o arbítrio.

Segundo Sonia Picado Sortela, Juíza da Corte entre 1989 e 1994, (LIMA, 2015, p. 18) se se acredita na realização dos direitos humanos, é preciso ter uma atitude menos legalista ou positivista e mais comprometida com o espírito da lei na defesa dos direitos humanos. É nesse contexto que se deve entender a construção jurisprudencial da Corte e também a posição do Juiz Cançado Trindade quando concluiu pelo dever estatal de prevenir, investigar e punir violações de direitos humanos (LIMA, 2017, p. 19). Conforme Kathia Martin Chenut (Mariângela Gomes, p. 109) o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos “tem um papel essencial no movimento de valorização das obrigações positivas de proteção pela via do Direito Penal”.

Não se põe em dúvidas, nesse trabalho, o ideal de realização dos direitos humanos. Questiona-se, porém, a parceria com o Direito Penal, algumas vezes tão exacerbada que

⁷ Nota explicativa: O Estado brasileiro internalizou a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura de 1985, através do Decreto no 98.386, de 9 de dezembro de 1989, **gerando a obrigação** de prevenir e punir a tortura. A morte de Herzog, por exemplo, ocorreu 1975 e, portanto, quando ainda não surgira a obrigação do Estado brasileiro.

justifica a flexibilização dos princípios garantidores do cidadão diante do direito de punir do estado.

Pode-se constatar, por exemplo, que no âmbito da Corte, a consideração das leis internas sobre anistia e prescrição, bem como outras que estabeleçam novas excludentes de responsabilidade foi julgada como sendo incompatível com a Convenção e seus objetivos.

Falta também respeito à legalidade formal, admitindo-se, como forma de não deixar impune casos de tortura, como o de Vladimir Herzog, a retroatividade da imprescritibilidade dessa ilicitude para alcançar fatos anteriores à adesão brasileira ao pacto de São José da Costa Rica e à Convenção sobre Torturas e outros Tratamento e Penas Cruéis.

É oportuno lembrar que o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional incorpora a imprescritibilidade no artigo 24, mas, no entanto, no artigo 29, estabelece a irretroatividade *ratione personae*, dispondo que:

Ninguém será penalmente responsável, em conformidade com o presente Estatuto, por uma conduta anterior a sua entrada em vigor. Se o direito aplicável a uma causa for modificado antes da sentença definitiva, aplicar-se-á o direito mais favorável ao indivíduo objeto de investigação, processo ou condenação.

A ocorrência concomitante de exigências distintas reforça a necessidade de alinhamento do sistema jurídico local com o ideal comunitário de proteção, restauração e não violação de direitos fundamentais. Ocorre, porém, que, no particular da imprescritibilidade, existem sérias dúvidas sobre a existência do instituto no direito internacional antes da celebração do Estatuto de Roma⁸.

Sabe-se, ainda que Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, mas tal Convenção, que se referia expressamente à imprescritibilidade não foi ratificada por um bom número de Estados⁹.

Apenas o Estatuto de Roma, adotado em 17 de julho de 1998, e promulgado em 2002 pelo Decreto nº4388 no Brasil, contém uma disposição explícita, prevendo a imprescritibilidade dos crimes nele previstos, o que pode ser visto como uma importante conquista no plano

⁸ Nota explicativa: Assim, por exemplo, a Convenção Interamericana sobre os Desaparecimentos Forçados não considerou tal crime como sendo imprescritível em razão de não ser delito contínuo. Teve o cuidado, porém, de determinar que a imprescritibilidade resultasse da classificação dos delitos como sendo um dos crimes contra a humanidade. Tal classificação exige, todavia, que o crime reúna todos os elementos que integram tais tipos conforme já referido supra.

⁹ Nota explicativa: Ana Flávia Penna Velloso, quando afirma que não seria justo defender o interesse de alguns, violando o direito de outros, por mais relevantes que sejam aqueles. “Direitos fundamentais não podem ser violados sob pretexto de se salvaguardar outros”.

internacional¹⁰. Reconhece-se, portanto, não obstante o papel da digna Corte, que, considerando os fatos específicos, a proteção aos direitos humanos se estende a todos os seres humanos, manifesta a própria ONU em diversos documentos¹¹.

É impossível ignorar, por fim, que muitos atentados contra os direitos humanos restariam impunes sem transgressões aos princípios penais liberais. No entanto, é de todo questionável a validade de cominação de pena para restauração do Direitos pela via de sua violação.

7. Considerações finais

O espaço de experiência, reforçando a ideologia penal disposta pela ilustração, é referência essencial ao desenvolvimento de expectativas desvinculadas da ideia de que intervenção punitiva a tudo restaura. A recordação das atrocidades e dos sacrifícios que marcam a história do Direito Penal, assim como o reconhecimento dos esforços da humanidade ao reconhecimento de limites à intervenção punitiva, deve funcionar como contra motivo ao punitivismo.

Decorre da imposição de limites que o Direito Penal deve superar a expectativa de ser o portador do papel social de grande protagonista da manutenção da ordem e valores que se desejam ver preservados. A manutenção desse papel induz, necessariamente, a mais violência em razão da natureza aflitiva do Direito Penal.

O respeito à legalidade, dentre outros princípios, é indispensável para tornar a legislação internacional mais comprometida com princípios do Direito Penal liberal e garantidor, evitando construções fundadas na legalidade substancial da ilicitude praticada.

É impossível ignorar, por fim, que muitos atentados contra os direitos humanos restariam impunes sem transgressões aos princípios penais liberais. No entanto, é de todo ponderado um questionamento sobre a validade de cominação de pena para restauração do Direitos pela via de sua violação. O ideal de punir graves atentados à dignidade humana deve

¹⁰ Nota explicativa: “cooperação internacional na repressão às infrações penais comuns não exige o de velar pela intangibilidade dos direitos básicos da pessoa humana, fazendo prevalecer, sempre, as prerrogativas fundamentais do sujeito”. André Ramos de Carvalho, “nenhuma norma de direitos humanos pode ser invocada para limitar, de qualquer modo, o exercício de qualquer direito ou liberdade já reconhecida por outra norma internacional ou nacional”, o que bem pode ser aplicado à situação em tela.

¹¹ Nota explicativa: Vide, por exemplo, texto da ONU¹² publicado em seu sítio no qual se diz: “a expressão direito humano pode ser utilizada em um sentido abstrato e filosófico como categoria de reivindicações morais que todos os seres humanos podem invocar ou, de forma pragmática, como a manifestação dessas reivindicações no direito positivo, como garantia constitucional que submete os governos aos procedimentos neles inscritos”.

ser limitado em sua concretização pelo respeito a essa dignidade convencionada e positivada pelo direito.

As normas presentes no Direito Internacional, especialmente em Convenções que orientam a uniformização da repressão penal sobre as ações lesivas à humanidade, apresentam grave antagonismo com o sistema jurídico doméstico. Esta oposição pode representar um confronto difícil de ser superado pelo direito de punir e sua harmonização quanto ao conteúdo da proteção dos direitos essenciais à pessoa humana.

8. Referências bibliográficas

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almadina, 1998.

CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRESPO, Eduardo Demetrio. *Del "derecho penal liberal" al "derecho penal del enemigo"*. IN: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3823073.pdf>. Acesso em 14 de maio de 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Mariângela. *Direito Penal e direitos humanos: análise crítica da jurisprudência punitivista da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, São Paulo: USP, 2017.

HASSEMER, Winfried. *El destino de los derechos del ciudadano em um derecho penal eficaz* https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4196/pg_183-200_penales15.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 14 de maio de 2018.

JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo*. Organização e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009.

LIMA, Raquel da Cruz. *O Direito Penal dos direitos humanos: paradoxos no discurso da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, São Paulo USP, 2015.

_____. *Direito Penal dos direitos humanos*. São Paulo: USP, 2017

LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*. Guadalajara: Walter de Gruyter CO, 2006.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991

MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema Jurídico-Penal do Perigo Proibido e do Risco Permitido*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

MIR PUIG, Santiago. *Bases Constitucionales del Derecho Penal*. Madrid: Iustel, 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal*. Parte General. Valência: Tirant lo Bllanch, 2010.

MUTUA, Makau. *Savage, victims and saviors: Human Rights as a Metaphor: Savages, Victims, and Saviors?* (SUNY Buffalo Law School) November 9, 2015, 17h00. Disponível em: <http://ces.uc.pt/en/agenda-noticias/agenda-de-eventos/2015/human-rights-as-a-metaphor>). Acesso em 2 maio 2017.

Office of the Historian Foreign Relations of the United States, 1969–1976, Volume E–11, Part 2, Documents on South America, 1973–1976 Document 99 Disponível em: <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1969-76ve11p2/d99?platform=hootsuite>. Acesso: 5 maio 2018).

PALAZZO, Francesco. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PRIETO SANCHÍS, Luis, “*La Filosofía Penal de la Ilustración*”. In: *História de los Derechos Fundamentales*, Tomo II – Siglo XVIII, Vol. II – La Filosofía de los Derechos Humanos, PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório *et alii* (directores). Madri: Dykinson, 2001.

RAMÍREZ, Luis Miguel Gutiérrez. *La obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos en contextos de justicia transicional*. Disponível em: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/2905>. Acesso em 11 maio 2017.

RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias*. 4ª Ed. Organização, tradução e apresentação de Milton Japiassu. Rio de Janeiro, F. Alves, 1990.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001.

SOARES, Ricardo Maurício Freire Soares. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.

United States Government Publishing Office. Documents on South America, 1973–1976, Volume E–11, Part 2. Disponível em: <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1969-76ve11p2>. Acesso em: 2 maio 2018.

WELZEL. Hans. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C. — Editores, 1899.

REDISCUTINDO A PARTICIPAÇÃO DO INVESTIGADO NA INVESTIGAÇÃO POLICIAL A PARTIR DA GARANTIA DA AMPLA DEFESA

Fernando Laércio Alves da Silva

Universidade Federal de Viçosa

PUC- Minas

Faculdade de Direito de Campos

Resumo

O presente trabalho se propõe a interrogar qual o nível de participação do investigado na investigação policial no Brasil. Justifica-se sua realização porque, embora a Constituição Federal de 1988 estabeleça o processo penal como estrutura de garantias do investigado e do acusado, com especial ênfase na garantia da ampla defesa, o Código de Processo Penal ainda procedimentaliza a investigação policial sob o viés neoinquisitorial. Assim, por meio de pesquisa documental consistente em revisão bibliográfica e sob o marco do modelo constitucional de processo, interroga-se como a garantia da ampla defesa deve impactar na reestruturação da investigação policial no Brasil.

Palavras-chave: Processo penal, investigação policial, modelo constitucional de processo, garantia constitucional da ampla defesa, participação do investigado.

Abstract/Resumen/Résumé

This paper proposes to question the level of participation of the investigated in the police investigation in Brazil. The analysis is justified because, although the Brazilian's Constitution establishes the criminal procedure as a structure of guarantees for the investigated and the accused, with emphasis on the guarantee of full defense, the Criminal Procedure Code still proceduralizes that investigation under the neoinquisitorial bias. Thus, through documentar research consistent in a bibliographic review and under the framework of the constitutional process model, it is questioned how the guarantee of full defense should impact on the restructuring of police investigation in Brazil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal procedure, police investigation, constitutional process model, constitutional guarantee of full defense, defendant's participation.

1. Introdução

Toda investigação científica voltada ao exercício de verificação e refutabilidade de um determinado postulado há sempre que partir de um prévio momento de estabelecimento e estabilização de suas bases metodológicas. Qualquer descuido, cochilo, silêncio ou omissão por parte do investigador quanto a essa atividade prévia introduz sérios riscos ao sucesso da empreitada – sucesso aqui compreendido em seu sentido mais objetivo possível, isto é, como a capacidade da atividade investigativa alcançar validamente respostas aptas à confirmação ou ao afastamento da hipótese lançada quando da *montagem* de seu experimento investigativo.

No campo da investigação jurídico-científica isso se traduz na prévia demarcação, pelo investigador, de todos os marcos teóricos que servem de embasamento e de fio condutor à sua linha de raciocínio. Sem o que, o seu trabalho não alcançará a consistência teórica necessária, não passando de uma espécie de bricolagem (ROSA, 2004, p. 376) ou *patchwork* jurídico que, embora inicialmente indicie uma certa razoabilidade – e soe agradável aos ouvidos leigos –, não se sustenta quando se passa à fase de verificação concreta de sua consistência e sua aplicabilidade na solução de demandas e problemas.

Daí a preocupação em, já em sede de linhas introdutórias, esclarecer o leitor que a investigação jurídico-científica que nele resultou partiu de dois marcos teóricos complementares: a principiologia do Estado Democrático de Direito (AGAMBEN, 2004; BARACHO, 1984; BRÊTAS, 2015; SILVA, 2015, p. 367), à qual o Estado Brasileiro vinculou-se com a promulgação da Constituição Federal de 1988, após décadas de ditadura civil-militar; e o modelo constitucional de processo aplicado ao processo penal (ANDOLINA, 1997; ANDOLINA, VIGNERA, 1990; BARROS, 2004; BARROS, 2006; BARROS, 2008), igualmente tornado de expressa observância por toda e qualquer estrutura processual com o advento do texto constitucional de 1988.

Marcos esses que determinam o abandono da concepção do processo, e em especial do processo penal como instrumento para o exercício da jurisdição em sua função de pacificação social (DINAMARCO, 2009, p. 60; PRADO, 2014, p. 27) e, especificamente no caso do processo penal, a sua estruturação concreta dentro de uma perspectiva neoinquisitorial (LOPES JR, 2016; MARQUES, 2014) e determinam a sua conformação enquanto estrutura de garantias do indivíduo em face do Estado (BARACHO, 1984, p. 125; GRECO, 2013, p. 215).

A partir deles – dos marcos teóricos do Estado Democrático de Direito e do modelo constitucional de processo –, o trabalho objetiva rediscutir a participação do investigado dentro

da metodologia de estruturação e funcionamento da investigação policial, a fim de verificar se tal metodologia se conforma com o que impõe o modelo constitucional de processo, especificamente no que concerne à garantia da ampla defesa enquanto garantia da ampla argumentação. Garantia essa que, não obstante mencionada perspectiva neoinquisitorial pautar que somente é exigida na chamada fase de julgamento, realizada pelo órgão judiciário, e não na fase de investigação (CORDERO, 2000, p. 57), de acordo com o marco teórico sob o qual se conduziu a pesquisa resultante no presente ensaio deve irradiar seus efeitos ao longo de toda a estrutura procedimental processualizada, desde o início da atividade de persecução penal até o termo da execução da pena acaso aplicada (BARRERA, 2005, p. 42).

2. A ampla defesa compreendida como ampla argumentação: uma ressemantização conceitual decorrente do modelo constitucional de processo penal

Falar em modelo constitucional de processo e, mais especificamente, em modelo constitucional de processo penal implica em uma viragem semântica a partir do qual a própria concepção de processo deve ser reconstruída. Viragem por meio da qual se abandona – por absoluta inconsistência teórica – a concepção de processo desenvolvida pela teoria do processo como relação jurídica (BÜLOW, 2008) e a partir da qual se ergueu o pensamento da Escola Instrumentalista do Processo (DINAMARCO, 2009) e se passa a compreendê-lo a partir de uma perspectiva garantista que tem por pedra fundamental o conceito de devido processo legal – ou devido processo constitucional cunhado sob o marco da teoria constitucionalista do processo.

Para o leitor mais desavisado, essa viragem semântica pode até passar despercebida, mas quando se aprofunda na análise dos elementos estruturantes da teoria constitucionalista do processo (BARACHO, 1984), percebe-se o abismo existente entre ela e a teoria do processo como relação jurídica de Oskar von Bülow e, conseqüentemente, o pensamento da Escola Instrumentalista do Processo. Isso porque, enquanto nestas – teoria do processo como relação jurídica e pensamento da escola instrumentalista do processo – o processo nada mais é que o meio, o instrumento por meio do qual o juiz enquanto sujeito principal do processo exerce o seu poder de dizer o direito (*jurisdictio*), naquela – teoria constitucionalista do processo – o processo passa ao centro da estrutura, como o *locus* devido para a participação e interação entre os sujeitos interessados para a construção dos atos decisórios (SILVA, 2015, p. 380).

A partir do momento em que o Estado se baliza, constitucionalmente, pelo princípio do Estado Democrático de Direito, o ponto nevrálgico passa a ser a preocupação com a participação, no discurso, de todos os envolvidos na decisão final a ser tomada (trate-

se da edição de uma norma legal, uma decisão judicial ou mesmo um ato administrativo), de modo a alcançar-se uma decisão legítima.

Diante dessa exigência – que compõe a essência do próprio Estado Democrático de Direito – necessária se faz a estruturação do instrumento por meio do qual o povo possa tomar parte na formação do ato estatal. Inexistindo esse instrumento ou espaço apropriado, o princípio democrático, concretamente, não passaria de um tigre de papel. (SILVA, 2015, p. 380).

Ou, como já lecionava José Alfredo de Oliveira Baracho, a “Constituição pressupõe a existência do processo como garantia da pessoa humana [...]”, passando a reconhecer “a necessidade de proclamação programática do princípio do direito processual necessário, no conjunto dos direitos da pessoa humana e garantias respectivas.” (BARACHO, 1999, p. 120).

De acordo com esse novo marco¹, o processo, ou melhor, o devido processo consistiria em um bloco aglutinante de garantias e princípios constitucionais que, em seu conjunto e indissociavelmente uns dos outros, tornam possível o desenvolvimento da atividade processual em absoluto contraditório pelas partes com conseqüente impacto em um mais acertado e mais adequado ato decisório estatal (BRÊTAS, 2012, p. 70).

O objetivo da estruturação do processo ancorado nessa gama de preceitos constitucionais, portanto, é exatamente garantir, no plano concreto, a realização da atividade processual em plena conformidade com as premissas do Estado Democrático de Direito. Lado outro, a inobservância de qualquer desses princípios ou garantias, tendo em vista serem eles indissociáveis, inevitavelmente implica, ainda que por via reflexa, na inobservância dos demais (BARROS, 2009, p. 17).

E, de todo o conjunto de garantias que compõem esse bloco aglutinante, interessa-nos especificamente a garantia da ampla defesa, a partir da qual ajustaremos as lentes para visualização do nosso objeto de análise. Isso porque, como bem esclarece Rosemiro Pereira Leal,

¹Referimo-nos à teoria constitucionalista do processo como *novo* marco teórico porque, enquanto a teoria do processo como relação jurídica teve sua proposição por Oskar von Bülow no já distante ano de 1868 quando este publica sua obra *Die Lehre von den Processenreden und die Processvoraussetzungen* – cujo título traduzido para o português seria *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais* –, aquela, teoria constitucionalista processual germina apenas no segundo pós-guerra, corolária à própria evolução do conceito de Estado Democrático de Direito como terceira via em relação aos modelos liberal e social de Estado (SILVA, 2017, p. 49-54) e se desenvolve nas pesquisas de Hélio Fix-Zamudio, Eduardo Juan Couture, José Alfredo de Oliveira Baracho nas décadas de 70 e 80 do século XX e, mais recentemente, isto é, da década de 90 do século XX até os dias presentes, nas pesquisas Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera – que, inclusive, cunharam e publicizaram a terminologia *modelo constitucional de processo* para se referir à teoria constitucionalista do processo ou simplesmente processo constitucional, de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, Flaviane de Magalhães Barros, Leonardo Augusto Marinho Marques, entre outros (BRÊTAS, 2015, p. 116; LEAL, 2012, p. 88; BARACHO, 1984, p. 127; NEGRI, 2008, p. 101; BARROS, 2009, p. 15; MARQUES, 2016, p. 45).

[...] no sistema jurídico do Estado Democrático de Direito, envolve a cláusula do devido processo legal em sentido substancial (substantive due process), equivalente ao velho e cognominado direito material, mas já em concepções atualizadas, de garantias fundamentais do cidadão como a do devido processo em sentido processual (procedural due process), em perspectivas de direito democrático, traduzindo a garantia da plenitude da defesa em tempo e modo para sustenta-la. (LEAL, 2012, p. 100).

No modelo constitucional de processo, como já mencionado, o bloco aglutinante de princípios e garantias processuais que compõem o conceito de processo irradiam seus efeitos sobre toda a estrutura procedimental, tornando-a processualizada – inclusive quando ainda em desenvolvimento a fase investigativa, isto é, antes mesmo da formalização da acusação por meio da propositura da ação penal. O que torna imprescindível, diverso do que se defendia sob o mantra de uma dogmática processual penal anterior ao movimento de constitucionalização desse campo do saber jurídico (TOURINHO FILHO, 2011; NORONHA, 1978), a revisitação de toda a estrutura processual penal. Não basta, portanto, a reconstrução da fase cognitiva – aqui compreendida aquela que se desenvolve desde a propositura da ação penal até a prolação da decisão meritória final – ou da metodologia de procedimentalização dos procedimentos cautelares. Exige-se, outrossim, também a revisitação e a reconstrução das estruturas procedimentais anteriores – a dizer, a investigação policial – e posteriores – qual seja, a execução penal – a ela.

E igualmente exige o abandono de todo e qualquer resquício da cultura e da mentalidade neoinquisitorial, ainda fortemente presente no processo penal. Cultura essa absolutamente incompatível com qualquer de processo penal de base garantista e democrática. Afinal, enquanto a neinquisitorialidade tem como um dos elementos estruturantes o fato das decisões serem “[...] baseadas em provas reunidas unilateral e secretamente durante a investigação preliminar pelo juiz de instrução.” (ILLUMINATI, 2005, p. 569), a processualidade de que fala a teoria constitucionalista do processo somente se verifica quando a construção das decisões se realiza de maneira participada, envolvendo todos os sujeitos do processo.

Considerando, de um lado, a lição de Rosemiro Pereira Leal transcrita linhas acima, acerca da ampla defesa como uma das mais importantes e necessárias garantias constitucionais do processo, e, de outro, o estreito espaço para desenvolvimento de nossas análises, necessário limitar-nos a verificar o grau de adequação da fase de investigação policial apenas àquela garantia processual, reservando-nos o direito de prosseguir nossa investigação em relação às demais garantias em outra oportunidade. E em relação a essa única garantia processual constitucionalizada aqui tratada – a da ampla defesa – necessário se faz previamente esclarecer

que, sob o prisma do modelo constitucional de processo ela adquire uma conformação muito mais aberta e, ao mesmo tempo, profunda que nas teorias processuais que antecederam aquela – em especial aquelas que não lhe serviram de pedra de apoio².

Muito mais ampla porque, diverso do que se verifica em teorias processuais anteriores, na teoria do processo constitucional, a ampla defesa não é compreendida simplesmente como um direito do réu contraposto ao direito (de ação) titularizado pelo autor. Ao contrário, trata-se de garantia processual estabelecida, já no campo teórico, em favor de ambos os litigantes, compreendida, portanto, como garantia de defesa de seus pedidos, no caso do autor, e contrapedidos, no caso do réu, e que se exerce, apoiada na teoria procedimentalista habermasiana (HABERMAS, 2011, p. 309; NEGRI, 2008, p. 73; CORDEIRO LEAL, 2002, p. 73).

Nesse sentido, a partir dos esclarecimentos tanto de Flaviane de Magalhães Barros como de Leonardo Augusto Marinho Marques, é possível afirmar-se que, além da ressemantização do instituto, mais interessante – até para que se evite confusão quanto às bases teóricas a partir das quais é a expressão empregada, o seu rebatizamento, pelo qual passaríamos a falar não mais em ampla defesa, mas em ampla argumentação. Na fala de Flaviane de Magalhães Barros:

A ampla argumentação como garantia das partes, e não como um direito subjetivo de “uma” parte, compreende a necessidade de se garantir o tempo do processo para que o esforço reconstutivo dos argumentos do discurso dialético das partes possa ser apropriado, de modo que as possibilidades de argumentação sejam perquiridas. [...] Na perspectiva do processo jurisdicional, da ampla argumentação decorre o direito à prova, à assistência de um advogado, à necessidade de se garantir que as partes possam ter o tempo processual para reconstruir o caso concreto e discutir quais normas jurídicas *prima facie* aplicáveis são mais adequadas ao caso concreto. (BARROS, 2009, p. 20).

E, no mesmo sentido, Leonardo Augusto Marinho Marques:

² Entre as diversas teorias desenvolvidas desde o século XIX na tentativa, de um lado, de esclarecer o conceito científico-jurídico de processo e, de outro, de fornecer as bases para seu desenvolvimento, citam-se como mais relevantes as seguintes teorias: teoria do processo como relação jurídica, elaborada por Oskar Von Büllow, teoria do processo como situação jurídica, desenvolvida por James Goldschmidt, teoria institucionalista do processo, de Jaime Guasp, a teoria estruturalista do processo, de Elio Fazzalari e a teoria constitucionista do processo, desenvolvida, no Brasil, por José Alfredo Baracho e, na Itália, por Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera. De todas as que se desenvolveram anteriormente à teoria constitucionalista do processo (ou teoria do processo constitucional), todas, à exceção da teoria estruturalista do processo, que lhe serve de pedra de apoio ou pedra de salto, por apresentar uma perspectiva inovadora do conceito do próprio processo, com especial espaço destinado ao contraditório, todas as demais se mostram com ela incompatíveis.

A garantia de ampla argumentação é estendida a todos os possíveis afetados pelos efeitos do provimento. Cada um deles tem igual direito de interpretar o Direito e de sustentar argumentos que tenham o potencial de interferir na compreensão da realidade. Suas interpretações têm lugar cativo no ambiente processual e passam a condicionar a fundamentação. Em suma, o processo cumpre a função de institucionalizar os discursos, demarcando o tempo inerente ao diálogo democrático. (MARQUES, 2016, p. 52).

Note-se que, embora o art. 5º, LV, da Constituição Federal Brasileira de 1988, tal qual as Cartas Constitucionais anteriores, faça menção à consagrada terminologia *ampla defesa*³, que também a previram, o diploma constitucional vigente inova ao especificar que essa garantia da ampla defesa deve ser assegurada com *os meios e recursos a ela inerentes*. A partir daí se vê confirmada a tese de que a expressão ampla argumentação se mostra mais adequada que a consagrada, já que a garantia não se limita ao direito da parte de apresentar seus argumentos, mas sim, ao direito de *defender-se provando*, para fazermos uso da expressão de Leonardo Greco quando leciona que

O contraditório participativo, como o princípio que assegura aos interessados o direito de influir eficazmente nas decisões judiciais, e a ampla defesa, como o direito de apresentar todas as alegações, propor e produzir toda as provas que, a seu juízo, possam militar a favor do acolhimento da sua pretensão ou do não acolhimento da postulação do seu adversário, conferem às partes o direito de defender-se provando, ou seja, o direito de não apenas propor provas a serem discricionariamente admitidas ou não pelo juiz, mas de efetivamente produzir todas as provas que possam ser úteis à defesa dos seus interesses. (GRECO, 2001/2002, p. 101).

Se abirmos um parêntese e voltamos o olhar para o direito comparado, tomando por objeto de análise especificamente o processo penal chileno⁴, podemos verificar que essa nova ressemantização da garantia da ampla defesa foi, inclusive, melhor compreendida e internalizada naquele ordenamento constitucional chileno. Isso porque, ao invés de simplesmente se inserir no texto constitucional daquele Estado fórmula semelhante à empregada na Assembleia Nacional Constituinte brasileira – fórmula essa que, como demonstrado, nada evoluiu em relação aos diplomas constitucionais anteriores de 1934 e 1967 – no Chile se optou por uma fórmula mais profunda e garantista⁵. Enquanto o diploma constitucional brasileiro de 1988 se limita a garantir, como já mencionado, *aos litigantes, em*

³Em verdade, além da Constituição vigente, somente as Constituições de 1934 e de 1967 previram a ampla defesa como garantia constitucional do processo, a primeira delas em seu art. 113, n. 24, e a segunda em seu art. 150, §15. As demais foram silentes sobre o tema.

⁴Considerado como modelo na América Latina de estrutura processual penal reconstruída sob o marco do Estado Democrático de Direito e a acusatoriedade após a queda do regime Pinochet.

⁵E que, ainda assim, é criticada, por exemplo, por María Teresa Hoyos de la Barrera, que a considera muito pobre em seu conteúdo (BARRERA, 2005, p. 48).

processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, a Constituição Chilena, a despeito de ter sido outorgada em 1980, ainda durante o governo ditatorial de Augusto Pinochet, em seu art. 19, § 3º, estabelece que

Artigo 19. A Constituição assegura a todas as pessoas:

[...]

3º. A igual proteção da lei no exercício de seus direitos.

Toda pessoa tem direito à defesa jurídica na forma que a lei assinala e nenhuma autoridade ou indivíduo poderá impedir, restringir ou perturbar a devida intervenção do defensor se houver sido requerida. (CHILE, 1980)⁶.

Ou seja, mais do que apenas garantir o direito do sujeito processual que figura como parte – e no caso do processo penal, precipuamente o investigado e o acusado – e de, para tanto, ter acesso aos meios e recursos necessários ao exercício da atividade argumentativa, no texto constitucional chileno se verifica ainda o estabelecimento de uma obrigação negativa ao Estado, qual seja a absoluta vedação a qualquer tentativa de impedimento, restrição ou turbacão ao exercício concreto da atividade de defesa e de argumentação pela parte, e a evidenciación de sua obrigação positiva, qual seja, a de ouvir os argumentos da parte e leva-los em conta, quando da prolação do ato decisório, confirmando, nesse caso, a estreita ligação entre ampla defesa e ampla argumentação como direito a defender-se provando e contraditório compreendido como contraditório participativo.

Fechado o parêntese e retomada a análise do processo penal brasileiro e da viragem imposta pela adoção do modelo constitucional de processo imposta pelo texto constitucional de 1988, a – agora – garantia da ampla argumentação adquire uma profundidade de significantes jamais antes verificada. Isto porque, para além das já conhecidas garantia dos espaços temporais necessários à produção da defesa de seus argumentos – que se realiza durante o desenvolvimento do processo –, garantia à assistência técnica – seja por meio da nomeação de defensor privado, seja por meio da nomeação de defensor dativo ou defensor público – e garantia à autodefesa – que se exerce pelo direito da parte (especificamente o acusado) de ser ouvido pessoal e oralmente em juízo – a garantia da ampla argumentação também se manifesta – e deve se manifestar – por meio da garantia de acesso aos meios de prova necessários à fundamentação e validação de seus argumentos, seja os já aduzidos, seja os ainda por se aduzir.

⁶Na redação original: “Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: [...]. 3º. La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida.”

É exatamente esta quarta e mais recente acepção da garantia da ampla defesa – ou ampla argumentação – que se mostra relevante ao presente trabalho. Isso porque impacta diretamente tanto na concepção e na funcionalidade das atividades de investigação policial – tradicionalmente tratadas pela legislação, jurisprudência e doutrina sob a denominação de inquérito policial – como na própria metodologia de estruturação e desenvolvimento dessas atividades, exigindo, portanto, sua urgente readequação aos marcos constitucionais estabelecidos em 1988.

Nesse sentido, Claudio Pavlic Véliz e Luis Cordero Veja

O direito à defesa se caracteriza porque se trata de uma garantia que opera durante todo o processo penal uma vez que tenha se iniciado, assegurando que o imputado possa intervir em sua tramitação desde os atos iniciais de investigação contra si, até sua completa extinção, contemplando-se verdadeiras oportunidades para que o imputado possa intervir, seja pessoalmente ou através de seu defensor, tanto no juízo oral, como na etapa de preparação do mesmo, vale dizer, na instrução e investigação. (VÉLIZ; VEGA, 2005, p. 184) (tradução livre)⁷.

E também Alex P. Carocca:

No âmbito do processo penal, especialmente por influxo dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos, sendo indispensáveis que sejam respeitadas para legitimar a persecução penal se tem estabelecido que essas garantias não esgotam sua aplicação no juízo penal propriamente dito – o juízo oral na maioria dos sistemas –, como geralmente se estima, mas se aplicam à situação de toda pessoa que é objeto de alguma persecução penal por parte de agentes estatais. [...]

Isso significa que as garantias devem ser aplicadas nos dois momentos extremos os quais geralmente a doutrina tradicional desconsidera. Assim, por um lado devem ser respeitadas desde o primeiro momento em que a persecução criminal tem início e, por outro lado, devem aplicar-se até a execução completa da sentença que se tenha proferido em juízo, aspectos esses que não são considerados pela doutrina tradicional. (CAROCCA, 2000, p. 38) (tradução livre)⁸.

⁷ Na redação original: “El derecho a defensa se caracteriza porque se trata de una garantía que opera durante todo el proceso penal, una vez que se ha iniciado, asegurando que el imputado pueda intervenir en su tramitación desde los (sic) actos iniciales de investigación en su contra, hasta su completa extinción, contemplándose verdaderas oportunidades para que el imputado pueda intervenir, ya que sea personalmente o a través de su defensor, tanto en el juicio oral, como en la etapa de preparación del mismo, vale decir, en la instrucción o investigación.”

⁸ Na redação original: “En el ámbito del proceso penal, especialmente por influjo de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, siendo indispensables que sean respetadas para legitimar la persecución penal, se ha establecido que estas garantías no agotan su aplicación en el juicio penal propiamente tal – el juicio oral en la mayoría de los sistemas –, como generalmente se estima, sino que sí refieren a la situación de toda persona que es objeto de alguna persecución criminal, por parte de agentes estatales. [...]

Esto implica que las garantías son de aplicación en dos momentos extremos que generalmente la doctrina tradicional no considera. Así, por una parte, deben respetarse desde el primer momento en que la persecución criminal comienza y, por la otra, deben aplicarse hasta la ejecución completa de la sentencia que se dicte en dicho juicio, aspectos estos últimos que suelen no ser considerados por la doctrina tradicional.”

Perceba o leitor que é nesse sentido que se fala – e pode falar – em garantia da ampla defesa já na fase investigação policial. Por óbvio, a incidência da garantia da ampla defesa não pode ser aplicada nessa fase como garantia de espaço temporal para produção de argumentos – até porque, se assim o fosse, a investigação se converteria em uma espécie de prévia do processo judicial, o que, convenhamos, não teria utilidade alguma e, além disso, a tornaria injustificadamente complexa e ainda mais morosa.

Longe disso, sua incidência na fase investigativa se dá – ou deve se dar, afinal a estrutura do inquérito policial prevista no ordenamento legal em vigor no Brasil é falha nesse sentido – a partir de suas outras três concepções. Isto é, como garantia de defesa técnica – devendo ser garantido ao investigado fazer-se acompanhar por advogado –, garantia de autodefesa – devendo ser-lhe assegurado depor pessoalmente perante o órgão policial – e, por fim, garantia de acesso aos meios de prova necessários à futura fundamentação e validação de seus argumentos.

Quanto às duas primeiras acepções da garantia da ampla argumentação, isto é, como garantia à defesa técnica e como garantia à autodefesa por meio de depoimento pessoal, não há o que comentar. Afinal, não obstante certas dificuldades técnicas, ambas são verificadas tanto no texto legal como na atividade prática diuturna. Quanto à terceira – a partir da qual a garantia da ampla argumentação deve ser compreendida, também, como garantia de acesso aos meios de prova necessários à futura fundamentação e validação de seus argumentos – no entanto, nota-se um profundo descompasso entre a estrutura atual da investigação policial e as exigências da referida garantia. O que torna necessário lançar luzes sobre a questão.

3. Ampla argumentação e persecução penal: a investigação criminal como filtro processual

O CPP de 1941 estabelece, em seu art. 14 que tanto a vítima, seja diretamente, seja por meio de seu representante legal, como o investigado – que na redação do Código é denominado indiciado – podem requerer ao órgão policial encarregado pela realização da investigação do caso a realização de qualquer diligência. Ao leitor menos atento, poderia ser dado compreender que, de acordo com o dispositivo legal acima mencionado, não haveria qualquer dificuldade estrutural ao atendimento da garantia da ampla argumentação na fase investigativa. Afinal, o investigado teria absoluta liberdade para requerer a realização de diligências voltadas à produção de provas que melhor esclarecessem, ainda na fase da persecução penal, os fatos e,

principalmente, pudessem de antemão abastecer de fundamentação os argumentos que futuramente seriam utilizados quando de sua defesa em juízo.

Ocorre que, prosseguindo a leitura do art. 14 do CPP de 1941 até o final, facilmente verificará o leitor que, a despeito da possibilidade de requerimento de diligências por parte do investigado, o acolhimento desses requerimentos com conseqüente realização das mesmas fica – ao menos no texto legal – adstrito ao *juízo* da autoridade policial.

É bem verdade que, em razão da própria natureza da atividade policial, essa decisão do membro integrante do órgão policial que acolhe ou não o pedido de diligências formulado somente pode ser reputada válida juridicamente se devidamente fundamentada. Nesse sentido, de clareza solar é o ensinamento de Fauzi Hassan Chouckr:

Ainda no plano investigativo já pode se fazer presente a defesa técnica, com a presença de advogado constituído para acompanhamento das investigações que, a teor do art. 14 do CPP, poderá sugerir a realização de diligências que serão realizadas ou não, a cargo da autoridade policial, sempre em decisão fundamentada. (CHOUKR, 2006, p. 106).

Parece-nos, contudo, que essa necessidade de devida fundamentação da decisão administrativa que nega acolhimento ao pedido de diligência formulado pelo investigado, embora lógica, constitucional e administrativamente adequada, não está expressamente previsto no dispositivo legal, decorrendo muito mais de uma interpretação lógica e sistêmica do mesmo. E isso deixa o investigado em condição de inferioridade em relação ao membro do ministério público já que, partindo a determinação de diligências deste órgão público de acusação, não há ao órgão policial investigante outra alternativa que não o cumprimento de diligência.

Condição de inferioridade essa que salta aos olhos quando comparamos o regramento do art. 13, II com o já citado art. 14 do CPP. Enquanto este estabelece que a vítima e o indiciado – que nos interessa mais na presente análise – poderão *requerer* a realização de diligências, compreendendo esse requerimento em seu sentido literal, isto é, como mero pedido, que pode ou não ser atendido *a juízo da autoridade*, aquele outro artigo, o art. 13, II, dispõe que a autoridade policial está incumbida de realizar as diligências *requisitadas* pelo juiz ou pelo ministério público. Sendo que, tal qual a expressão *requerer*, a expressão *requisitadas* deve ser compreendida em seu sentido literal, isto é, como ordem ou determinação.

E que – essa condição de inferioridade do investigado em relação ao órgão público de acusação – retroalimenta a seletividade estrutural do processo penal, como bem alerta Maurício Stegemnn Dieter

[...] a seletividade estrutural do processo de criminalização secundária aliada à presença de meta-regras punitivas revela – à luz da cifra negra – a absurda discricionariedade da polícia no momento de decidir quem ou quais fatos irá investigar, que em regra redonda na perseguição preferencial dos indivíduos inúteis ou inconvenientes para a reprodução do sistema econômico, político e social, em conformidade à orientação estrutural de implementação dos fins capitalistas gerais, em detrimento à voluntariedade pessoa do investigador. [...] a polícia ocupa a linha de frente do sistema de justiça criminal, sendo a principal responsável por desencadear o processo que transforma um cidadão em ‘criminoso’, e entre os agentes do sistema de justiça criminal é aquele que está mais próximo da orientação política do governo para realização do controle social, ou seja, e o que está mais ideologicamente sintonizado com a vontade do poder.” (DIETER, 2010, p. 49).

Necessário se faz, então, esclarecer que, se de um lado, o dispositivo legal acima citado não encontra qualquer incompatibilidade com a lógica neoinquisitorial sobre a qual se construiu o Código no já distante ano de 1941, na qual o inquérito policial é precipuamente um instrumento a serviço tanto do órgão policial como do órgão público de acusação para a construção do discurso de fundamentação da hipótese delitiva previamente levantada e, assim, tornar justificada a futura propositura da ação penal (DIETER, 2010, p. 52) e, nesse sentido, não haveria problemas em se dotá-la de “[...] providências de contenção de toda espécie de intervenção do suspeito que possa criar obstáculos ao recolhimento das informações.” (PRADO, 2014, p. 46).

Por outro lado, essa lógica inquisitorial norteadora da investigação policial e, por isso mesmo, presente na regra do art. 14 do CPP de 1941 não se compatibiliza com a mais atualizada noção de estado de direito, que tem “[...] nas regras do devido processo legal sua base jurídico-política, por meio da qual o exercício legítimo do monopólio da força tende a não se converter em arbítrio.” (PRADO, 2014, p. 15) e, principalmente, de estado democrático de direito, no qual a construção do ato decisório estatal se estrutura a partir da participação argumentada dos potenciais atingidos pelo referido ato.

Nesse sentido, Alberto Binder é categórico ao dizer que

Definitivamente, o processo penal que melhor se adapta aos princípios e às normas da Constituição Nacional⁹ é aquele que estabelece o julgamento oral, público, por jurados e, além disso, estabelece uma estrutura acusatória em sentido amplo, quer dizer, entregando a investigação dos delitos aos próprios promotores.

Porém, a investigação preliminar ou procedimento preparatório não é um problema somente dos juízes e promotores. Nesta fase participam também os outros sujeitos processuais. Estudaremos, a seguir, as características, poderes e limites à intervenção de cada um deles.

Por ora (*sic*), destacamos que durante o procedimento preparatório, se bem que não seja uma fase eminentemente contraditória como é o julgamento, devem existir

⁹ Necessário alertar o leitor que Alberto Binder está se referindo à Constituição Nacional Argentina. O que não quer dizer que sua fala não se compatibilize de maneira absoluta com o regramento constitucional brasileiro de 1988.

igualmente amplas posibilidades de defensa: isto pressupõe a possibilidade de propor diligências, de participar dos atos, de estabelecer circunstâncias, etc. (BINDER, 2003, p. 183).

A questão do grau de vinculação do órgão policial investigante ao requerimento de diligências apresentado pelo investigado, portanto, é ponto de fundamental relevância, posto que por meio do atendimento a tal requerimento, pode vir a ser produzido elemento de prova de forte valor argumentativo, seja para, ainda em sede de investigação, dirimir suspeitas em torno do investigado e por consequência desmobilizar o órgão acusador em sua intenção de propor ação penal, seja para, em juízo, validar as teses apresentadas por seu defensor. De toda sorte, não há dúvidas de que a amplitude do grau de vinculação decisória do órgão policial impacta diretamente no atendimento ou não da garantia da ampla argumentação.

No direito comparado, Cláudio Pavlic Véliz e Luis Cordero Vega, verificando a complexidade do problema, apresentam uma terceira via, consistente na autorização para a realização de investigação independente pelo próprio investigado, como forma de se contornar o problema.

Resulta essencial o direito a realizar uma investigação independente daquela levada adiante pelo ministério público, para acumular antecedentes que possam servir para desvirtuar a acusação, afinal o imputado tem perfeito direito a recolher as informações que estime pertinentes no sentido de obter testemunhos, informações periciais e antecedentes de prova material que sejam condizentes com a teoria do caso que tenha estabelecido em sua defesa para fazer frente à imputação, com a única salvaguarda de que não pode obrigar compulsoriamente aos particulares e nem aos órgãos públicos a produzir declarações ou informações. (VÉLIZ; VEGA, 2005, p. 187) (tradução livre)¹⁰.

O mesmo pensamento inspirou a elaboração do projeto de novo código de processo penal (PL n. 8.045/2010). Tanto que o art. 13 do referido PL¹¹ estabelece a possibilidade do investigado, por meio de defensor particular, defensor público ou outros mandatários, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa. A despeito de consistir em um

¹⁰ Na redação original: “Resulta esencial el derecho a realizar una investigación independiente de la llevada adelante por la fiscalía, para acumular antecedentes que puedan servir para desvirtuar la acusación, por lo que el imputado tiene perfecto derecho a recabar las informaciones que estime pertinentes en orden a obtener testimonios, informes periciales o antecedentes de prueba material, que sean conducentes de acuerdo a la teoría del caso que haya establecido su defensa, para hacer frente a la imputación, con la única salvedad que no puede obligar compulsivamente a los particulares ni a los organismos públicos a declarar o a informar”.

¹¹ Inicialmente apresentado ao Senado Federal em 2009, o Projeto de Novo Código de Processo Penal recebeu o número PLS n. 156/2009 e tramitou até o final do ano de 2010, quando foi aprovado e encaminhado à Câmara dos Deputados, onde foi renumerado para PL n. 8.045. O art. 13 ao qual nos referimos se trata exatamente do dispositivo renumerado na redação final aprovada o Senado e encaminhada à Câmara.

significativo avanço no sentido da superação da perspectiva inquisitorial, parece-nos não ser a medida suficiente, por si só, para dar cabo do problema.

A uma porque o seu cerne não está na autorização da investigação independente, mas na concepção da função dos órgãos de investigação policial. Órgãos esses que, nas origens do CPP de 1941 e ainda na visão de seus operadores e da própria sociedade brasileira atual, ainda consistem em instrumentos de uma política estatal de combate à criminalidade. Visão essa absolutamente desconectada da função que a Constituição Federal de 1988 passou a lhe atribuir: a de filtro à fome investigativa do modelo inquisitorial (DIETER, 2010, p. 53), e que somente será abandonada quando não apenas a estrutura normativa mas, principalmente, a mentalidade dos agentes públicos passarem por um profundo processo de transformação constitucional.

A duas porque, no plano concreto, a autorização a que o investigado promova sua própria investigação independente pode até apresentar resultados em favor de investigados providos de maior capacidade econômica. Essa, contudo, não é a realidade da ampla maioria dos indivíduos contra os quais pende – e ao longo da história jurídica brasileira já pendeu – procedimento de investigação policial¹². É bem verdade que, sendo esse um problema histórico no Brasil, o art. 13 do PL n. 8.045/2010 prevê a possibilidade de o investigado ter a sua investigação independente conduzida pela defensoria pública. Ocorre que diante da realidade brasileira neste primeiro quarto do século XXI, dificilmente tal órgão terá condição financeira e material humana para o desempenho da nova função¹³.

A três porque a produção dos elementos de prova mais complexos, como a prova pericial, mesmo no PL n. 8.045/2010, continuam a ser de competência exclusiva dos órgãos oficiais de investigação – no caso, o perito oficial continua sendo nomeado pelo juiz sem interferência das partes¹⁴, nos termos dos projetados art. 87 e 86.

Prosseguindo a análise das propostas de alteração da investigação policial presentes no PL n. 8.045/2010, depara-se com a projetada regra de seu art. 26, que a nosso ver tenta

¹²Não estamos, com isso, propondo o cerramento de portas à proposta, mesmo porque, em diversas situações pode se mostrar uma medida interessante. O que estamos dizendo é que essa não é a via pela qual se alcançará a solução do problema de incompatibilidade teórica e pragmática entre a atual configuração da investigação policial no Brasil e a garantia constitucional da ampla argumentação.

¹³ Por mais que estejamos ainda, quando do fechamento do presente trabalho, em meados do ano 2017 e, portanto, ainda a pouco mais de oito anos para o encerramento do primeiro quarto do século XXI, achamos pouco provável que, nesses próximos oito anos, o Estado Brasileiro adote medidas econômicas e organizacionais suficientes à reestruturação dos órgãos das defensorias públicas estaduais e federal, atualmente insuficientemente aparelhadas de modo tal que se impossibilite o exercício adequado de seu mister de instrumentalizar o exercício dos direitos fundamentais pelo povo (MONTEIRO DE BARROS, 2017, p. 152-159). Principalmente após a promulgação, em dezembro de 2016, da Emenda Constitucional. n. 95/2016, que instituiu o novo regime fiscal, que limitará os gastos públicos ao longo das próximas duas décadas.

¹⁴ É o que dispõem conjuntamente os artigos 86 e 87 do PL n. 8.045/2010.

solucionar o problema do art. 14 do CPP de 1941. E o faz projetando determinação no sentido de que, de um lado, o delegado de polícia procederá a realização da diligência requerida quando reconhecida a sua necessidade e, por outro, prevendo a possibilidade de representação do solicitante que teve seu pedido denegado à autoridade policial superior ou ao ministério público.

No entanto, também essa proposta não enfrenta o cerne da questão que é exatamente a permanência da mentalidade inquisitorial e da visão da investigação como instrumento de apoio do órgão de acusação para fundamentação de uma hipótese preconcebida. Em outras palavras, mantida a mentalidade inquisitória, sempre que na visão do órgão investigativo a diligência requerida não se mostrar necessária, desobrigado estará de realiza-la.

4. Considerações finais: as soluções para os problemas mais complexos às vezes estão nas medidas mais simples

O processo penal brasileiro, ainda ancorado nos fundamentos teóricos da teoria do processo como relação jurídica e da neoinquisitorialidade e na estrutura normativa no já ultrapassado Código de Processo Penal de 1941 há muito carece de uma nova roupagem. Em especial após o advento da Constituição Federal de 1988 que, como esclarecido ao longo do texto, trouxe uma nova epistemologia para o processo penal, divorciada daqueles marcos teóricos acima mencionados – teoria do processo como relação jurídica e neoinquisitorialidade – e alicerçada na concretização, também no processo penal, dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Epistemologia essa que implica na revisitação – e conseqüente reedificação – não apenas da estrutura judicial do processo penal destinada ao desenvolvimento da cognição processual, seja a cautelar, seja – principalmente – a meritória, durante a qual se constroem os fundamentos nos quais se baseará a decisão meritória que julga procedente ou improcedente o pedido condenatório formulado pelo órgão de acusação. Mais que isso, a vinculação do processo penal àquilo que a Constituição Federal de 1988 estabelece para o Brasil implica na revisitação – e igualmente na reedificação – tanto da estrutura prévia à propositura da ação penal, a investigação policial, como da estrutura posterior à decisão meritória quando esta julga procedente o pedido condenatório, a execução penal.

Em razão dos limites espaço-temporais impostos, no presente trabalho dedicamo-nos à análise apenas da primeira dessas estruturas, a investigação policial, objetivando o exercício da tarefa de verificação/validação/refutabilidade de sua compatibilidade com o modelo constitucional de processo penal e, especificamente, com a garantia da ampla defesa –

compreendida como ampla argumentação –, eis que se trata ela de uma das garantias centrais do investigado/acusado e um dos pilares de sustentação do devido processo legal nesse marco teórico.

Ao final da investigação, dúvidas não restaram de que a atual conformação da investigação policial, cuja base legal, o Código de Processo Penal, praticamente não sofreu alterações substanciais desde sua edição no já distante ano de 1941, não se conforma com as exigências da garantia da ampla argumentação.

Ao contrário disso, a investigação policial, ainda nominada de *inquérito policial*, conserva a essência da inquisitorialidade em seu grau mais elevado, o tratamento da investigação como uma questão de Estado e que tem como titulares e interessados tão somente os agentes públicos estatais – autoridade policial, ou delegado de polícia, o magistrado e o membro do ministério público – restando o investigado ainda em uma posição de sujeito – ou quase sujeito – de segunda categoria. Distinção essa que salta aos olhos, como demonstrado, pela simples comparação entre os textos do art. 13, II e do art 14, que tratam do comportamento exigido do órgão de investigação policial diante de pleitos apresentados pelo membro do ministério público, no caso do art. 13, II, e do investigado, no caso do art. 14.

Enquanto os pleitos do primeiro são classificados como *requisições*, possuindo, portanto, um caráter mandamental, os pleitos do segundo não passam de *requerimentos* e, portanto, no texto legislativo, são de cumprimento facultativo, *a juízo da autoridade policial*.

E isso cria diversos problemas, desde o mais gritante, que a própria disparidade de tratamento entre sujeitos processuais que em uma estrutura processual democrática devem ser colocados procedimentalmente em pé de igualdade¹⁵, passando pela do investigado na posição de objeto ou, quando muito, semi sujeito ou quase sujeito da investigação e desaguando em sua quase incapacidade de influência na construção da hipótese acusatória ou mesmo na antecipação de sua desconstrução.

Problema esse que, no campo legislativo nos parece, inclusive, de difícil solução já que as propostas apresentadas no Projeto de Código de Novo Processo Penal, o PL n. 8.045/2010 (PLS n. 156/2009) não se mostram suficientes para tal fim, podendo, no máximo atenuá-lo um pouco.

O que não quer dizer – e essa é a conclusão final por nós apresentada nesse breve ensaio, que a solução do problema, isto é, a garantia da garantia da ampla defesa – perceba o leitor que o pleonasma aqui cometido é proposital – seja algo de difícil alcance ou construção

¹⁵ Compreendida como igualdade material.

no campo legislativo. Aliás, dentro dos marcos teóricos sobre os quais se desenvolveu a pesquisa ela chega a ser óbvia e de simples estabelecimento no campo legislativo.

Isso porque ela passa simplesmente por uma melhor procedimentalização da intervenção do investigado, exigindo do agente policial responsável pela avaliação dos requerimentos apresentados um tratamento mais técnico na construção da decisão que os acolhe ou rejeita. Sempre fundamentando-a adequadamente, isto é, demonstrando no texto decisório – em especial quando for o caso de rejeição do requerimento – e dentro de um critério de persuasão racional o porquê do acolhimento ou não do pedido de diligências apresentado.

De tal modo que, apresentados pelo investigado os fundamentos pelos quais as diligências requeridas aparentemente se mostram necessárias, sua denegação somente pode se dar por meio de decisão fundamentada que evidencie a ausência de nexos entre a diligência e a investigação ou entre a diligência e os fundamentos apresentados. Nada, enfim, diferente do que o modelo constitucional de processo exige de todo e qualquer ato decisório estatal

O que não quer dizer que o salto do campo legislativo para o campo da prática processual cotidiana seja tão simples. Afinal, ele exige maiores – muito maiores, diga-se de passagem – esforço e compromisso dos sujeitos processuais envolvidos com a investigação policial em desenvolvê-la dentro dos limites impostos pela Constituição Federal, pelo Estado Democrático de Direito, pelas garantias constitucionais do investigado, enfim, pelo devido processo legal. Esforço e compromisso esses somente passíveis de serem alcançados com o efetivo abandono da tercia do processo como relação jurídica e da mentalidade neoinquisitorial e com o consequente preenchimento do vazio epistemológico por elas deixado com teoria do processo constitucional e com uma visão acusatória de processo penal.

5. Referências bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. Tradução de Orestes Nestor de Souza Laspro. **Revista do Processo**, São Paulo, ano 22, v. 87, p. 63-69, jul-set.1997.

ANDOLINA, Ítalo Augusto; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**: corso di lezioni. Torino: Giappichelli, 1990.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **O novo processo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte: PUCMINAS, v. 2, n. 3 e 4, p. 89-154, 1º e 2º sem. 1999.

BARRERA, Maria Teresa Hoyos de la. Principios fundamentales del nuevo proceso penal. **Revista de Derecho Procesal**, Santiago, n. 20, p. 39-59, 2005.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo. **Virtuajus: Revista Eletrônica Virtuajus**, Belo Horizonte, v. 1, n. 3, p. 01-34, 2004. Disponível em <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2004/O%20PARADIGMA%20DO%20ESTADO%20DEMOCRATICO%20DE%20DIREITO.pdf>. Acesso em 20.dez.2016.

BARROS, Flaviane de Magalhães. Ensaio de uma teoria geral do processo de bases principiológica: sua aplicação no processo legislativo administrativo e jurisdicional. In:

GALUPPO, Marcelo Campos (org.). **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado democrático de direito. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006, p. 227-238.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal**: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11690/08 e n. 11719/08. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BINDER, Alberto. Introdução ao direito processual penal. Tradução de Fernando Zani, com revisão de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 3. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Valencia: El Foro, 2008.

CAROCCA, Alex P. Las garantías constitucionales en el nuevo proceso penal. In:

CAROCCA, Alex P. et al (org). **Nuevo proceso penal**: incluye texto completo del Nuevo Código Procesal Penal. Santiago: Conosur, 2000, p. 31-98.

CHILE. Constitución Política de la República de Chile, Constitución 1980. Disponível em <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>. Acesso em 04.mai.2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CORDEIRO LEAL, André. **Contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. v.1. Tradução de Jorge Gerrero. Bogotá: Temis, 2000.

DIETER, Maurício Stegemann. O sistema de investigação criminal brasileiro o novo código de processo penal que se anuncia. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda;

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho (org.). **O novo processo penal à luz da Constituição (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do código de 1973 ao novo código civil. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 5 e 6, p. 93-123, 2001/2002.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, v. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

ILLUMINATI, Giulio. The frustrated turn to adversarial procedure in Italy (Italian Criminal Procedure Code of 1988). *Washington University Global Studies Law Review*, Washington, v. 4, n. 3, p. 567-581, 2005. Disponível em <<http://digitalcommons.law.wustl.edu/globalstudies/vol4/iss3/5>>. Acesso em 20.ago.2015.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LOPES JR, Aury Celso Lima. **Fundamentos do processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Sistemas processuais, a produção da prova e os sujeitos do processo penal. **Boletim Informativo IBRASPP**, Porto Alegre, n. 06, p. 25-28, jan-jun.2014.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v.2, n. 1, p. 43-55, 2016.

MONTEIRO DE BARROS, Vinícius Diniz. Assistência jurídica integral e gratuita e direito de defesa: a experiência da defensoria pública da União no Brasil. In: POSTIGO, Leonel Gonzalés (org). **Desafiando a inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual no Brasil. Santiago: CEJA-JSCA, 2017, p. 147-163.

NEGRI, André Luis del. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NORONHA, Edgard de Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

PRADO, Geraldo Luiz Marcarenhas. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no processo penal como bricolagem de significantes**. 2004, 430 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito.

SILVA, Fernando Laércio Alves da. Processo constitucional: o processo como locus devido para o exercício da democracia. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Lisboa, ano 1, n. 6, p. 365-404, nov-dez, 2015.

SILVA, Fernando Laércio Alves da. **Da neoinquisitorialidade à democracia: bases para o estabelecimento de um novo *standard* comportamental para os sujeitos no processo penal brasileiro**. 2017, 390 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 1. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VÉLIZ, Claudio Pavlic; VEGA, Luis Cordero. La defensa em el nuevo proceso penal chileno. **Revista de Derecho Procesal**, Santiago, n. 5, p. 181-203, 2005.

TEORIA GERAL DA PENA: EXECUÇÃO DA PENA NO REGIME SEMIABERTO NO COMPLEXO PENITENCIÁRIO ANÍSIO JOBIM EM MANAUS

Rubens Beçak

Universidade de São Paulo- USP

Leonardo Figliuolo

Universidade de São Paulo- USP / Ciesa

Resumo

A pesquisa tem como objetivo geral verificar e analisar se o estabelecimento penal está cumprindo os dispositivos da Lei de Execuções Penais em relação aos direitos ao trabalho e as saídas temporárias dos apenados. A Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/80) é a lei a que regulamenta a execução das penas no Brasil, comparando as suas diretrizes ao estabelecimento prisional, percebe-se que este não está cumprindo com o seu papel ressocializador, pois a precariedade da estrutura física do estabelecimento aliados a outros fatores como falta oportunidades de trabalho, localidade e transporte são imperiosos em dificultar o cumprimento da legislação.

Palavras-chave: Penas, Sistema Penitenciário, Estabelecimento Prisional, Execução Penal e Ressocialização.

Abstract/Resumen/Résumé

The general objective of the research is to verify and analyze whether the criminal establishment is complying the provisions of the Criminal Execution Law in relation to the rights to work and temporary departures of the convicts. The Law on Criminal Executions (Law No. 7,210) is a law that regulates the execution of sentences in Brazil, comparing its guidelines to the prison establishment, it is perceived that it is not fulfilling its resocializing role, since precariousness of the physical structure together with other factors such as lack of job opportunities, locality and transportation are imperative to hinder compliance with legislation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Penalties, Penitentiary System, Prison Establishment, Penal Execution and Resocialization.

1. Introdução

O objeto de estudo dessa pesquisa se constitui na execução da pena no regime semiaberto no Complexo Penitenciário Anísio Jobim na Cidade de Manaus.

O regime semiaberto é uma regra intermediária entre o regime fechado e o regime fechado. Mas também pode ser o regime inicial de cumprimento de pena.

A Lei de Execuções Penais e o Código Penal Brasileiro estabelece uma série de normas para a execução da pena no regime semiaberto, sendo que, na maioria das vezes, em todos os Estados Federativos, elas não estão sendo respeitadas.

Diante dos fundamentos articulados, faz-se a seguinte indagação: *a Colônia Agrícola do COMPAJ está cumprindo as normas da Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal?*

A criação deste tema partiu em razão de o autor ser Defensor Público do Estado do Amazonas desde 2004 e atuante na área penal e execução penal e verificar que muitas normas de execução da pena no regime semiaberto não estarem sendo aplicadas como determina a lei. Acredita-se que esta temática seja pertinente devido a alguns descumprimentos das normas penais citadas.

A forma de abordagem é qualitativa diante do interesse em buscar percepções e entendimento sobre as experiências, ideias, coisas ou pessoas que permite que sejam diferenciadas entre si de acordo com suas naturezas.

Os objetivos metodológicos são de ordem exploratória e descritiva, onde se permitirão ser explorados e descritos os procedimentos de cumprimento de penas possibilitando evidenciar a aplicabilidade e dimensão do estudo.

Amostra do estudo é não probabilística intencional sendo que a coleta de dados foi realizada por meio de entrevistas estruturadas e não estruturadas com detentos e com a direção do presídio Anísio Jobim.

Os procedimentos técnicos são de ordem bibliográfica e de campo, fundados nas ideias e estudos realizados por grandes pesquisadores sobre o tema. Logo, os materiais bibliográficos utilizados foram livros de Direito Penal e Processo Penal, legislações, artigos e outros.

O estudo de caso ocorreu na Colônia Agrícola do Complexo Penitenciário Anísio Jobim - COMPAJ - localizado na zona rural de Manaus, no Km 8 da Rodovia Federal BR 174, estrada que liga o Estado do Amazonas ao Estado de Roraima.

O referido artigo encontra-se dividido em: Introdução (abordagem do estudo); Desenvolvimento (base teórica); Resultados (onde transforma-se cada objetivo específico em tópico e se responde com base na coleta de dados) e Conclusão.

2. Objetivos

O presente trabalho tem como objetivo geral examinar se a Colônia Agrícola do COMPAJ está cumprindo as normas da Lei nº 7.210/84.

Os objetivos específicos são: Analisar a Colônia Agrícola do Complexo Penitenciário Anísio Jobim; Verificar o funcionamento das saídas Temporárias; Pesquisar como é executado o trabalho interno e externo.

3. Fundamentação Teórica

Fundamentação teórica é o momento que da apresentação do trabalho em que se realiza a citação e das sínteses de estudo feitas, o momento onde se revisa, lê e estuda os textos, artigos e todo material pertinente à literatura que será utilizada no trabalho (RAMPAZZO, 2008).

Logo, entende-se que é o estudo e análise do material que será utilizado pelo o pesquisador para embasar por meio das ideias de outros autores aspectos teóricos de sua pesquisa.

3.1 A sanção penal no Brasil

A sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade (CAPEZ, 2001, p. 336).

A pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi* (GRECO, 2011, p. 469).

A pena é um mal que se impõe por causa da prática de um crime: conceitualmente a pena é um castigo, embora seu *fim essencial* não seja, necessariamente, retributivo. Bitencourt (2010, pág. 199).

Pena: é a sanção (castigo) imposta pelo Estado (autoridade judicial competente), quando necessária (para fins de repressão e prevenção), de acordo com o processo legal, ao agente culpável de fato punível (GOMES e MOLINA 2009, p. 456).

O que se percebe é que os autores afirmam que a pena é uma consequência para o indivíduo que culpado infringiu uma infração penal, tendo caráter retributivo e preventivo.

De acordo com o art. 32 do Código Penal, as penas podem ser: privativas de liberdade, restritivas de direitos, e multa. A reforma eliminou a classificação que existia no Código Penal de 1940 entre penas principais e penas acessórias. O elenco de penas atualmente se limita em privativas de liberdade, restritiva de direitos como prestação de serviço à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana e multa.

De acordo com o Código Penal brasileiro, as penas classificam-se em: (a) privativas de liberdade, (b) restritivas de direitos e (c) multa. Todas essas penas são principais. Ao lado delas cabe mencionar os efeitos específicos previsto no artigo 92 do Código Penal que são, na verdade, verdadeiras, penas específicas (perda do cargo público, destituição do poder familiar, inabilitação para dirigir veículo). Podemos então concluir que nosso Código Penal prevê penas genéricas (prisão, restritivas e multa) e específicas (perda do cargo público etc.) (GOMES e MOLINA. 2009, p. 512).

A legislação e a doutrina afirmam que são três espécies de penas principais: penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa.

De acordo com o Greco o Código Penal prevê duas penas privativas de liberdade a de reclusão e a da detenção sobre as quais incidem uma série de implicações de Direito Penal e de Processo Penal, tais como o regime de cumprimento a ser fixado na sentença condenatória e a possibilidade de concessão de fiança pela autoridade policial.

A reforma penal de 1984 adotou penas privativas de liberdade, como gênero, e manteve a reclusão e a detenção como espécies, sucumbindo à divisão histórica do direito pátrio. A reclusão destina-se aos crimes graves, e somente esta pode iniciar em regime fechado. A detenção está reservada para os crimes de menor gravidade e jamais poderá iniciar seu cumprimento em regime fechado (artigo 33, *caput*, do Código Penal). (BITENCOURT. 2011, p. 201).

São penas privativas de liberdade: (a) a reclusão, (b) a detenção e (c) prisão simples. As duas primeiras são cominadas para os delitos, enquanto a última o é para as contravenções penais. (GOMES e MOLINA 2009, p. 512).

A doutrina majoritária afirma que são três espécies de pena privativa de liberdade: reclusão e detenção para os fatos definidos como crime e para pena de prisão de simples para as contravenções.

Os regimes de penas privativas de liberdade foram de definidos pela Lei nº 7.209/84 e manteve a classificação dos regimes de cumprimento de pena instituída pela Lei nº 6.416/77. Agora, os regimes são determinados fundamentalmente pela espécie e quantidade da pena e pela reincidência, aliadas ao mérito do condenado, num autêntico sistema progressivo.

De acordo com a lei penal (art. 33, § 1º, do CP), considera-se regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento

similar; aberto, a execução da pena em casa do albergue ou estabelecimento adequado (GRECO, 2011, p. 482).

De acordo com Gomes e Molina (2009), muitas são as diferenças entre as penas de reclusão e de detenção. As principais são as seguintes; a reclusão admite interceptação telefônica; a detenção não a admite; a reclusão pode ser iniciada em qualquer regime (fechado, semiaberto e aberto); a detenção só pode ter início no regime semiaberto ou aberto (jamais no fechado, ainda que se trate de reincidente).

Os autores afirmam que há três tipos de regime de cumprimento de pena de privativa de liberdade: regime fechado, regime semiaberto e regime aberto.

3.2 Uma análise do Princípio Ressocializador no Brasil

O princípio que se passa analisar, assim como o princípio da humanização da pena, encontra-se assento no art. 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal de 1988, bem como no art. 5º, itens 2 e 6, da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

A definição literal da palavra ressocializar segundo Ferreira (1999, p.1465): “Tornar a socializar (-se)”. Segundo Clovis Alberto Volpe Filho “O termo ressocializar traz em seu bojo a ideia de fazer com que o ser humano se torne novamente social (ou sócio). Isto porque, deve-se ressocializar aquele que foi dessocializado”.

Na concepção de Bitencourt (2001, p. 139) “[...] o objetivo da ressocialização é esperar do delinquente o respeito e a aceitação de tais normas com a finalidade de evitar a prática de novos delitos”.

A Execução da Pena tem objetivo duplo ou dual, essa é a definição de Silva e Corrêa Neto (2012, p. 37).

“Verifica-se serem os objetivos da Execução Penal, tal como o da pena, dual ou dúplice, pois, a par do seu caráter punitivo, busca-se também a prevenção à prática delituosa pela ressocialização do infrator da norma penal e pela intimidação geral da sociedade (...)”.

A pena será aplicada pelo juiz visando duas funções, quais sejam: reprovar o mal injusto praticado pela agente infrator, e a prevenção cujo intuito é ressocializar o delinquente para que este não volte a delinquir, bem como inibir que novos delitos sejam praticados por potenciais delinquentes.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (BRASIL, 1940, grifo nosso).

Desse modo, a pena tem também a função de ressocializar o preso, visando reintegrá-lo na sociedade. Assim, a finalidade da pena privativa da liberdade é ressocializar o preso retirando-o provisoriamente do convívio da sociedade, tal como ensinam José Adaumir Arruda da Silva e Artur Correa da Silva Neto: o art. 1º, da Lei de Execução Penal, enfatiza o princípio em análise como sendo um dos objetivos da execução Penal quando menciona que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Destarte, o princípio ressocializador se volta ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo obstando a criação de normas que se contraponham ao referido princípio no âmbito do seu conteúdo acima exposto. O princípio se direciona ainda ao magistrado para que o aplique, afastando normas em contradição com o seu conteúdo ou mesmo interpretando a aplicação das normas de forma a lhe favorecer (SILVA e SILVA NETO, pp. 132 e 133).

A ressocialização ou socialização é finalidade da pena e da sua execução, sendo um ideal a ser perseguido pelos órgãos da Execução Penal. No entanto, o que atualmente tem-se observado é um objetivo distante na visão de um preso.

César Roberto Bitencourt explica que: quando a prisão se converteu na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinquente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina certa atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possam conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exageros, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que faz a prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado (BITENCOURT, 2010, p. 154).

Percebe-se que durante alguns anos acreditou-se que a pena privativa de liberdade poderia recuperar o delinquente, ou seja, a ressocialização como finalidade da execução da pena privativa de liberdade. Todavia, atualmente verifica-se que é impossível ressocializar (reeducar) o delinquente através da pena privativa de liberdade. Nesse sentido, Bitencourt (2010) indica duas premissas que explicam a ineficácia da pena privativa de liberdade no processo de ressocialização do preso, sendo elas:

a) Considera-se que o ambiente carcerário, em razão de sua antítese com a comunidade livre, converte-se em meio artificial, antinatural, que não permite realizar nenhum trabalho reabilitador sobre o recluso.

b) Sob outro ponto de vista, menos radical, porém igualmente importante, insiste-se que na maior parte das prisões do mundo as condições materiais e humanas tornam inalcançável o objetivo reabilitador.

O sistema carcerário não reabilita o preso, sendo assim a pena privativa de liberdade perde o seu caráter ressocializador. Isto porque, nas prisões os presos são humilhados e violentados, sua dignidade e os seus direitos não são preservados, e, conseqüentemente aquele preso que deveria ser reeducado acaba voltando para a delinquência.

Bitencourt (2010, pp. 154-155) assim finaliza: “Não se trata de uma objeção que se origina na natureza ou na essência da prisão, mas que se fundamenta no exame das condições reais em que se desenvolve a execução da pena privativa de liberdade.”

Sobre o tema, Foucault (2007, p. 221) comenta que a pena privativa de liberdade não ressocializa o preso, pelo contrário é visível o aumento da taxa de reincidência (“criminosos permanece estável”), eis que “[...] depois de sair da prisão, se têm mais chance que antes de voltar para ela, os condenados são, em proporção considerável, antigos detentos [...]”.

Vai além Franco (2013, p. 154) ao afirmar que: “[...] parte da doutrina não acredita na recuperação do agente, apontando que o cárcere é um fator criminógeno, bastando verificar as elevadas taxas de reincidência, que no Brasil variam entre 70 e 80%”.

Observa-se que, a taxa de reincidência no Brasil é alta, o que só vem confirmar que a finalidade da pena privativa de liberdade de ressocialização do preso é falha. Constata-se que esta falha traz graves conseqüências ao preso e principalmente à sociedade.

4. Resultados

O presente estudo relata como a pena privativa de liberdade em regime semiaberto é executada na Colônia Agrícola do Complexo Penitenciária no Complexo Penitenciário Anísio Jobim - COMPAJ na Cidade de Manaus.

4.1 Descrição da Colônia Agrícola no Complexo Penitenciário Anísio Jobim.

O Complexo Penitenciário Anísio Jobim - COMPAJ está localizado na Zonal Rural do Município de Manaus, no Ramal da BR 174, KM 08. É composto por duas unidades, o fechado e semiaberto. A Colônia Agrícola do Complexo Penitenciária é destinado somente para apenados do sexo masculino que cumprem pena em regime semiaberto. A outra unidade do complexo é a unidade que abriga o regime fechado. Ambas as unidades ficam ao lado da outra.

De acordo com site do Secretaria de Estado de Administração Penitenciária do Governo do Estado do Amazonas, o COMPAJ foi inaugurado em 1982 no governo de Gilberto Mestrinho e preencheu uma necessidade de falta de vagas que há muito necessitava no Estado do Amazonas.

As legislações penais à época não previam o sistema atualmente em vigor. Como estabelecimento prisional surgiu sob a égide da original parte geral do Código Penal de 1940, servia como terceira fase do cumprimento da pena de reclusão, pois a primeira fase era de isolamento total; a segunda, de trabalho durante o dia, e a terceira de cumprimento da pena em colônia penal, na forma do art. 30 daquela legislação.

A Lei nº 7.209/84 modificou substancialmente a Parte Geral do Código Penal de 1940. Em relação às penas, esta lei estabeleceu claramente a distinção dos três regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade. Sendo, portanto, a Colônia Agrícola reservada somente ao cumprimento da pena em regime semiaberto.

Segundo o Código Penal Brasileiro e a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), os regimes de cumprimento de pena devem ser executados em diferentes estabelecimentos prisionais. Os autores pesquisados repetem o que está escrito na legislação citada.

O regime fechado será executado em estabelecimento de segurança máxima ou média; o semiaberto será executado em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e, finalmente, o regime semiaberto será cumprido em casa de albergado ou em estabelecimento adequado, conforme Bitencourt (2010, p. 201).

De acordo com a lei penal (art. 33, § 1º, do CP), considera-se regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; regime semiaberto a

execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; aberto, a execução da pena em casa do albergue ou estabelecimento adequado (GRECO, 2011, p. 482).

O regime semiaberto deve ser executado em estabelecimento prisional distinto do regime fechado. A execução daquele se dá em colônia agrícola, industrial o estabelecimento similar. Determina-se o cumprimento da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, podendo o condenado ser submetido a prévio exame criminológico de classificação para individualização da execução.

A Colônia Agrícola de Manaus foi o estabelecimento projetado e construído para abrigar os apenados dos regime semiaberto. Os internos devem trabalhar no período diurno, podendo ser internamente ou externamente. Durante o período noturno, devem retornar ao estabelecimento.

É um estabelecimento penal que praticamente não existe segurança, pois não há muros altos e nem torres de observação, sendo o cumprimento da pena muito baseado na autodisciplina do apenado. No local, há alojamentos coletivos para que os detentos para repouso noturno. Não existem celas como no regime fechado.

4.2 Pesquisa sobre como é executado o trabalho externo e interno dos apenados no Regime Semiaberto da Colônia Agrícola do Complexo Penitenciário Anísio Jobim.

O trabalho é um direito e dever do apenado, devendo exercê-lo na medida de suas aptidões e capacidade. O trabalho do condenado é um dever social e condição de dignidade humana, tendo finalidade educativa e produtiva.

Estefam (2005) diz que o trabalho caracteriza-se como direito e dever do preso. Direito, porque enseja remuneração (que não pode ser inferior a 3/4 do salário mínimo – art. 29 do LEP) e remição (desconto de 1 dia de pena para 3 dias trabalhados – arts.126 a 130 da LEP). Dever, porquanto podendo o preso trabalhar e recusando-se a fazê-lo, comete falta grave (arts. 39, V, e 50 VI, da LEP).

É importante dizer que, por expressa disposição legal (Parágrafo único do art. 31 da LEP), o preso provisório não é obrigado a trabalhar e, quando o fizer, somente poderá ser exercido no interior do estabelecimento.

Não menos importante salientar que existe dois tipos de trabalho para o apenado: o trabalho interno e o trabalho externo.

O trabalho interno, realizado no interior do estabelecimento penal, e de acordo com a legislação, será levado em conta a habilitação, a condição, pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado.

O trabalho externo é o realizado fora do estabelecimento prisional. Apenado do regime fechado, só pode trabalhar externamente em obras ou serviços públicos e desde que sejam tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina. Já os apenados do regime semiaberto é admissível o trabalho externo sem vigilância alguma e tanto pode ser na iniciativa privada ou pública.

Sobre o tema Bitencourt (2010, p. 209) comenta que: no regime semiaberto não há previsão para isolamento durante o repouso noturno. Neste regime, o condenado terá direito a frequentar cursos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. Também ficará sujeito ao trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou em estabelecimento similar. Aqui, no regime semiaberto, trabalho externo é admissível, inclusive na iniciativa privada, ao contrário do que no regime fechado.

Ainda sobre o tema, Costa (2012, p.84) diz que o apenado fica sujeito a trabalho interno durante o dia, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, sendo admissível trabalho externo bem como sua frequência em cursos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

Na Colônia Agrícola Penal na cidade de Manaus, é realizado tanto o trabalho interno quanto o externo. Internamente, o apenado pode trabalhar em cultivos de hortaliças em uma horta que existe dentro do estabelecimento, capinagem e serviços de limpeza. É atribuição do diretor do estabelecimento a fiscalização dos serviços internos.

No que concerne ao trabalho externo, o Juízo da Vara de Execuções Penais é a autoridade competente para conceder desse direito do apenado. Foi verificado que todos os pedidos de trabalho externo protocolados em juízo foram integralmente deferidos pela autoridade judiciária. Tais pedidos são instruídos minimamente com uma simples prova documental atestando que o apenado conseguiu um trabalho externo. Não foi identificado nenhum indeferimento de tal pedido.

Finalmente, sobre o trabalho externo, é importante dizer que os apenados saem de manhã cedo e retornam à noite para o repouso noturno.

4.3 Uma averiguação do funcionamento das saídas temporárias

A saída temporária é um benefício concedido ao apenado do regime semiaberto. O apenado será autorizado a saída temporária do estabelecimento sem a vigilância direta. Está previsto nos arts. 122-125 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84).

A Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal (Exposição de Motivos nº 213, de 9 de Maio de 1983) define a saída temporárias como: são restritas aos condenados que cumprem pena em regime semiaberto (colônias). Consistem na autorização para sair do estabelecimento para, sem vigilância direta, visitar a família, frequentar cursos na Comarca da execução e participar de atividades que concorram para o retorno ao convívio social (art. 121 e incisos). A Relação é exaustiva.

Sobre o tema, Estefam (2005, p. 187) diz que “a saída temporária tem natureza de prêmio, permitindo visita à família, frequência a cursos ou participação em atividades que promovam o retorno ao convívio social”. A saída temporária exige cumprimento de um sexto da pena, se primário, e um quarto, se reincidente o condenado, além de comportamento adequado, a serem avaliados e concedidos pelo Juiz das Execuções Penais.

As saídas temporárias representam um grande passo no processo de ressocialização do preso e os seus resultados são sempre proveitosos ao apenado que a cumpre de acordo com a determinação legal.

A autorização é concedida pela autoridade judiciária, ou seja, na Comarca de Manaus é o Juiz Titular da Vara de Execuções Penais. Devendo ser ouvido o representante do Ministério Público e a Administração Penitenciária. Podendo ser propostos pela Defensoria Pública Estadual, por Advogado particular e pela Administração Penitenciária.

Este benefício tem os seguintes requisitos, sendo eles:

- a) Objetivos são: estar cumprindo pena no regime semiaberto, cumprimento de no mínimo 1/6 (um sexto) da pena, se for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente; compatibilidade do benefício com os objetivos da pena; utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução.
- b) Subjetivo: bom comportamento carcerário.

José Adaumir Arruda da Silva e Artur Corrêa Neto (2012, p. 327) fazem os seguintes comentários sobre os requisitos para a obtenção do benefício da Saída Temporária: “A lei traz, como requisito subjetivo para a aferição do direito, o comportamento adequado, assim manifestado pela autoridade penitenciária, a qual mantém contato com o preso diariamente e é quem pode opinar quanto à conduta carcerária dos reclusos sob sua responsabilidade (...). Como se verifica, o preso que cumpre pena no regime semiaberto e preenche os demais requisitos previstos em lei possui o direito subjetivo á saída temporária, já o mesmo não ocorrendo com

aquele preso que está no regime fechado (...). Em igual situação se observam os presos provisórios (...).

O Juiz da Vara de Execuções Penais analisa os pedidos para a concessão dos benefícios. Verifica se estão presentes os requisitos objetivos e subjetivos e, quando presentes, autoriza a Saída Temporária. Sendo importante dizer que o Diretor da Colônia Agrícola é quem afere o comportamento adequado do apenado, elaborando uma Certidão Disciplinar com os conceitos: excelente, bom, regular e insatisfatório. O apenado que apresenta os três primeiros conceitos satisfaz o requisito subjetivo.

Verifica-se que a grande maioria dos apenados são beneficiados pela Saída Temporária. No entanto, uma boa parte deles não retornam para cumprir a pena no estabelecimento penal.

4.4 Discussão

A educação, a qualificação e o trabalho são meios muito importantes para a ressocialização do apenado. Verifica-se que grande maioria dos apenados são pessoas com baixos níveis de educação, muitos analfabetos, com quase nenhuma qualificação e alguns sem nenhuma qualificação.

Freire (2010) declara que os presídios devem visar o sistema de integração dos presos por meio de qualificação.

É necessária uma política governamental no intuito de investir em educação e qualificação dos apenados, para que durante o cumprimento de suas penas os mesmos se eduquem e se qualifiquem para que quando voltem ao convívio da sociedade, sejam aptos a se inserir no mercado de trabalho e consigam trabalhar e exercer uma profissão.

5. Conclusão

Aspectos positivos: A Colônia Agrícola cumpre a regra que diz que os apenados não ficam presos em celas, pois os mesmos dormem em alojamentos coletivos durante a noite. No período diurno, muitos fazem trabalhos externos e uma parte se dedica aos cultivos na horta e a trabalhos internos tais como limpeza.

Os períodos de saída temporária são julgados e deferidos pela Vara de Execuções Penais e, na grande maioria, as decisões judiciais deste Juízo é cumprida pelo Diretor do

estabelecimento. Os apenados que tem trabalho externo saem de manhã cedo e voltam à noite para repouso noturno.

Aspectos negativos:

- 1) Não há dentro do complexo prisional trabalho como determina a legislação para todos os apenados.
- 2) A distância do meio urbano acaba criando dificuldades de ida e retorno aos apenados que tem autorização para trabalho externo. Todos alegam a dificuldade em relação à distância do meio urbano e aos meios de transporte.
- 3) A unidade está localizada ao lado da unidade que abriga o regime fechado. Fato este que serviu de base e apoio para a deflagração da rebelião ocorrida no dia 1º de janeiro de 2018.

A Colônia Agrícola do COMPAJ, de forma geral, está cumprindo parcialmente as normas da Lei nº 7.210/84. A situação em que se encontra o Estabelecimento Penal é precária. Onde não há trabalho agrícola para todos os apenados que cumprem pena no regime semiaberto. Foi identificado que de a grande maioria dos apenados são autorizados a trabalhar externamente, por isso não trabalham no estabelecimento prisional.

No que tange a obrigatoriedade de oferecer trabalho a que se propõe o regime semiaberto, ou seja, oferecimento de trabalho de agricultura, a Colônia Agrícola cumpre a sua função precariamente. Pois, somente uma pequena minoria de apenados realizam o cultivo em uma horta que fica dentro do estabelecimento, sendo que alguns realizam trabalhos de capinagem e limpeza do local.

Em a relação distância do meio urbano, os apenados alegam que a distância dificulta muito, pois relataram que não há um meio de transporte eficiente para ida e retorno. Existe uma linha de ônibus coletivo que tem dois horários da noite que sai do Terminal do Centro da cidade. Os apenados que executam trabalho externo saem pela manhã, por volta da 5h e retornam somente à noite após as 18h. Alegam a distância e ineficiência dos meios de transporte para não retornarem para o estabelecimento no recolhimento noturno e acabam por cometer falta grave.

A construção de estabelecimentos penais longe do centro urbano é consequência de que maioria da sociedade não deseja estar perto de um estabelecimento penal.

Proposta: a colônia agrícola não é um estabelecimento adequado tendo em vista a que a grande maioria dos apenados advém do meio urbano, não sendo vocacionados a trabalho na agricultura. Sendo assim, o estabelecimento industrial, dentro da zona urbana, com trabalhos voltados a marcenaria, metalurgia, construção civil e montagem seria mais adequado a ressocialização dos apenados.

Importante dizer que em 1º de janeiro de 2017 o Complexo Penal Anísio Jobim foi palco da maior rebelião da história do sistema prisional no Estado do Amazonas e a 2ª maior da Brasil, resultando em 56 mortes de apenados do regime fechado. Alguns apenados do regime semiaberto foram corresponsáveis pela deflagração da rebelião ocorrida na unidade prisional ao lado (regime fechado).

Recentemente, o Governo do Estado do Amazonas decidiu desativar a Colônia Agrícola (regime semiaberto) do Complexo Penitenciário Anísio Jobim e através da Secretaria de Administração Penitenciária requereu ao Juízo da Vara de Execuções Penais da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça a transferência de 585 apenados do regime semiaberto para o regime de prisão domiciliar com monitoração eletrônica ou para outras unidades prisionais.

A justiça deferiu o pedido de desativação da unidade prisional e os pedidos de prisão domiciliar estão sendo feitos individualmente para serem analisados caso a caso.

A intenção do Governo Estadual com a desativação da Colônia Agrícola é demolir toda a estrutura para futuramente construir uma unidade para abrigar os apenados do regime fechado.

6. Referências Bibliográficas

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Vicente Sabino Jr. São Paulo: CID, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas Penas Alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol.1.

_____. **Código Penal Comentado**. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Direito Penal 1: parte geral**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol.1.

COSTA, Fernando José. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas. 2012.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**: parte geral, volume 1. Saraiva. 2005. 2ª edição.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis;Vozes. 2009.

FRANCO, José Henrique Kaster. **Funções da pena e Individualização**. Editora: Lumen Juris. 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão**. São Paulo: revista dos Tribunais,1999.

_____. **Direito Penal**: Parte Geral. Teoria Constitucionalista do Delito. Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Vol.1. 13ª. ed. Rio de Janeiro. Impetus.

MIRABETE, Julio fabbrini. **Execução penal**. 9. ed. São Paulo: atlas, 2010

VOLPE FILHO, Clovis Alberto. **Ressocializar ou não ressocializar, eis a questão**. V.542. Brasília: Revista Bonijuris, 2009.

Legislação

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em mai/2016.

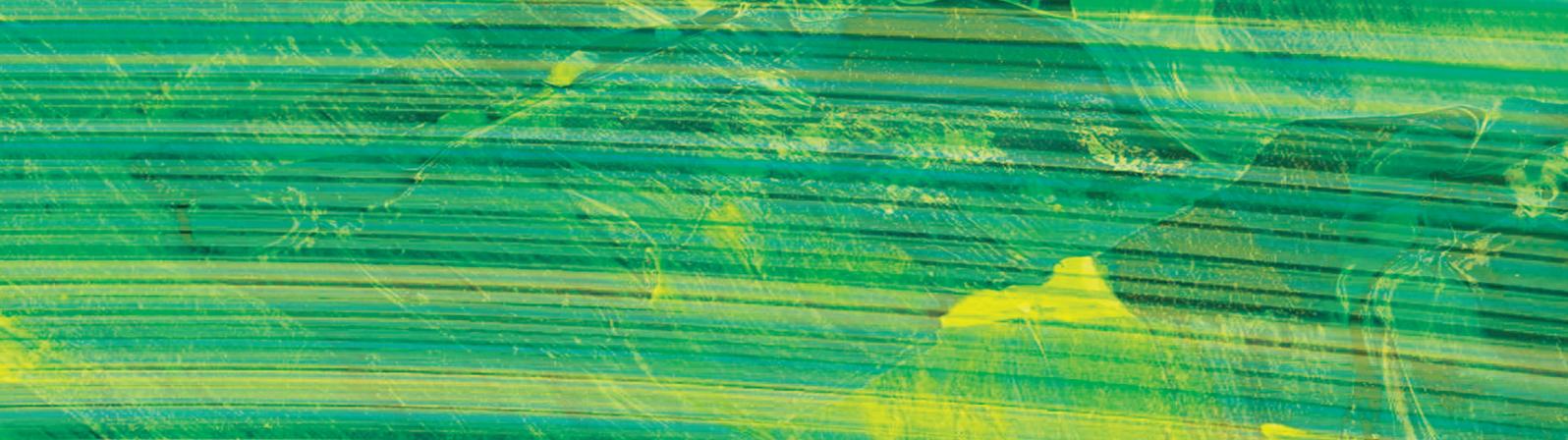
_____. **Lei n. 7210/84**. Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210compilado.htm>. Acesso em mai/2016.

_____. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em mai/2018.

_____. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em mai/2018.

_____. **Secretaria de Estado de Administração Penitenciária – SEAP**. Disponível em: <http://www.seap.am.gov.br/unidades-prisionais-2>>. Acesso em mai/2018.

_____. **Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal** (Exposição de Motivos nº 213, de 9 de Maio de 1983). Publicada no Diário do Congresso (Seção II), de 29 de maio de 1984.



Este livro reúne artigos científicos apresentados e debatidos no Grupo de Trabalho: “DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CRIMINOLOGIA” no decorrer do VIII Encontro Internacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - Brasil), realizado entre os dias 06 e 08 de setembro de 2018 na cidade de Zaragoza – Espanha.



Prensas de la Universidad
Universidad Zaragoza

