

**SISTEMA
DE JUSTIÇA
CRIMINAL**



República Federativa do Brasil
Ministério Público da União

Raquel Elias Ferreira Dodge
Procuradora-Geral da República

João Akira Omoto
Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União

Alberto Bastos Balazeiro
Diretor-Geral Adjunto da Escola Superior do Ministério Público da União

Câmara Editorial – CED

Antonio do Passo Cabral
Procurador da República – Coordenador da CED

Antonio Henrique Graciano Suxberger
Promotor de Justiça

Elaine Noronha Nassif
Procuradora do Trabalho

Geisa de Assis Rodrigues
Procuradora Regional da República

Maria Rosynete de Oliveira Lima
Procuradora de Justiça

Nelson Lacava Filho
Promotor de Justiça Militar

Selma Pereira de Santana
Promotora de Justiça Militar

Virgínia Leite Henrique
Procuradora do Trabalho

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

Brasília-DF
2018



série pós-graduação
volume 6

Série Pós-Graduação

SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

Uma publicação da ESMPU
sgas Av. L2 Sul Quadra 604 Lote 23, 2o andar
70200-640 — Brasília-DF
Tel.: (61) 3313-5107 — Fax: (61) 3313-5185
Home page: <www.escola.mpu.mp.br>
E-mail: <asseduc@escola.mpu.mp.br>

© *Copyright* 2018. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Infraestrutura e Logística Educacional

Nelson de Sousa Lima

Assessoria Técnica - Chefia

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Assessoria Técnica - Revisão

Carolina Soares dos Santos

Assessoria Técnica - Programação Visual

Rossele Silveira Curado

Preparação de originais e revisão de provas

Carolina Soares dos Santos, Davi Silva do Carmo, Sandra Maria Telles,
Amanda Priscila de Sousa Farias, Bárbara Seixas Arreguy Pimentel,
João Gustavo Borges Marques, Lia Samantha Rolán Barbosa

Projeto gráfico

Rossele Silveira Curado

Capa e diagramação

Sheylise Rhoden

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Biblioteca da Escola Superior do Ministério Público da União)

S623 Sistema de justiça criminal / organizador: Daniel de Resende Salgado;
Bruno Barros de Assunção e Natália Angélica Chaves Cardoso --
Brasília : ESMPU, 2018.
424 p. -- (Série Pós-graduação; v. 6) --.

ISBN 978-85-9527-027-5
ISBN (eletrônico) 978-85-9527-028-2

1. Processo penal. 2. Delação premiada. 3. Investigação criminal. 4. Crime do colarinho branco. 5. Garantismo penal. 6. Habeas corpus (processo penal). 7. Cartel – controle judicial. 8. Crime econômico. 9. Brasil. Ministério Público. 10. Política criminal. I. Salgado, Daniel de Resende (org.). II. Assunção, Bruno Barros de. III. Cardoso, Natália Angélica Chaves. III. Título. IV. Série.

CDD 341.43

Colaboradores

Bruno Barros de Assunção

Procurador da República em Campina Grande-PB. Especialista em Sistema de Justiça Criminal pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Pós-graduado em Direito Público pela ESMPU. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Carlos Eduardo Alves da Silva

Analista do Ministério Público da União. Especialista em Sistema de Justiça Criminal pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Bacharel em Direito.

Daniel Ricken

Procurador da República. Especialista em Sistema de Justiça Criminal pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Especialista em Direito Público pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Flávio Pereira da Costa Matias

Procurador da República. Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Especialista em Sistema de Justiça Criminal pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Pós-graduado em Direito do Estado pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), com período sanduíche na Université Lyon 3 – Jean Moulin.

João Paulo Machado Piratelli

Assessor Jurídico do Ministério Público Federal na Procuradoria da República no Estado do Paraná. Especialista em Sistema de Justiça Criminal pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba).

Juliano Stella Karam

Procurador da República. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Sevilha. Especialista em Sistema de Justiça Criminal pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Júlio Carlos Schwonke de Castro Júnior

Procurador da República. Especialista em Sistema de Justiça Criminal pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Graduado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Leandro Bertolucci Desbrouses Monteiro

Assessor Jurídico no Ministério Público Federal. Especialista em Sistema de Justiça Criminal pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Bacharel em Direito.

Mário Roberto dos Santos

Procurador da República. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Sistema de Justiça Criminal pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Pós-graduado em Direito Aplicado ao Ministério Público Federal pela ESMPU.

Natália Angélica Chaves Cardoso

Especialista em Sistema de Justiça Criminal pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Shaiane Tassi Mousquer

Assessora Jurídica na Procuradoria Regional da República da 4ª Região. Especialista em Direitos Humanos. Especialista em Sistema de Justiça Criminal pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Thayná Freire de Oliveira

Procuradora da República no Estado do Maranhão. Membro do Conselho Penitenciário do Estado do Maranhão. Especialista em Sistema de Justiça Criminal pela Escola Superior do Ministério

Público da União (ESMPU). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA).

Thiago Tavares de Oliveira Dantas

Servidor do Ministério Público Militar, lotado na Procuradoria de Justiça Militar em Manaus-AM. Especialista em Sistema de Justiça Criminal pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM).

Sumário

| | |
|--|-----|
| Apresentação Daniel de Resende Salgado | 11 |
| Análise econômica da colaboração premiada: instrumento de investigação e estratégia de defesa Bruno Barros de Assunção | 15 |
| A crise na valoração dos bens jurídicos supraindividuais nos crimes do colarinho branco Carlos Eduardo Alves da Silva | 41 |
| A compatibilidade da <i>good faith exception</i> com o Sistema de Justiça Criminal brasileiro baseada no garantismo penal integral e no princípio acusatório Daniel Ricken | 73 |
| Renúncia a recursos e a <i>habeas corpus</i> nos acordos de colaboração premiada Flávio Pereira da Costa Matias | 105 |
| A inferência para a melhor explicação e o crime de cartel no contexto da operação Lava Jato João Paulo Machado Piratelli | 141 |
| A <i>exclusionary rule</i> do direito norte-americano e a sua aplicação no processo penal brasileiro Juliano Stella Karam | 163 |
| Crimes do colarinho branco e delinquência econômica: punição perante a Constituição e impunidade Júlio Carlos Schwonke de Castro Júnior | 197 |

| | |
|--|------------|
| O capitalismo de laços no Brasil: a expansão do modelo institucional de fato sob a ótica da teoria criminológica genética de Edwin Sutherland | 225 |
| Leandro Bertolucci Desbrousses Monteiro | |
| Legitimidade exclusiva do Ministério Público para requerer medidas cautelares durante a investigação criminal em crimes de ação penal pública | 255 |
| Mário Roberto dos Santos | |
| Ministério Público: crise de racionalidade e cultura de inteligência | 287 |
| Natália Angélica Chaves Cardoso | |
| Breves considerações sobre a conformação ética e jurídica da colaboração premiada | 307 |
| Shiane Tassi Mousquer | |
| A política criminal, sistema prisional e segurança pública: a necessária relação entre os componentes preventivos e repressivos do sistema penal – Uma análise crítica sobre os fundamentos da pena e um estudo de caso sobre os movimentos ocorridos no Complexo de Pedrinhas de 2013 a 2017 | 339 |
| Thayná Freire de Oliveira | |
| Desenvolvimento de uma cartilha de normas sobre estabelecimentos prisionais militares | 399 |
| Thiago Tavares de Oliveira Dantas | |

Apresentação

A presente coletânea é composta por algumas reflexões e debates realizados durante o curso “Sistema de Justiça Criminal”, especialização organizada pela Escola Superior do Ministério Público da União entre 9 de novembro de 2015 e 24 de maio de 2017.

A atividade acadêmica foi motivada pelo especial escopo de levantar discussões, não só dogmáticas mas também práticas, sobre determinados aspectos do trabalho do Ministério Público na seara criminal. Em algum sentido, o curso sugeriu redefinições metodológicas de atuação do órgão para neutralização de práticas espúrias cometidas pela criminalidade graduada. Assim o foi, para ficar em alguns exemplos, nos módulos relacionados às técnicas especiais de investigação, ao processo penal negocial, às técnicas de elaboração de denúncias complexas, à persecução patrimonial, à produção e valorização de provas. Na parte derradeira da atividade, apresentaram-se referências sobre a criminalidade das elites e o laxismo penal, dentro de uma análise econômica do crime, bem como discutiram-se elementos relativos à (in)eficiência de nosso sistema prisional. A pós-graduação, em resumo, sistematizou, em pouco mais de um ano, diversos cursos de aperfeiçoamento organizados pela Escola Superior do Ministério Público da União.

Os textos apresentados como conclusão do curso, devidamente aprovados por bancas examinadoras compostas por mestres e doutores, e ora selecionados para integrarem a presente obra, cumprem, justamente, ao aprofundarem a análise de aspectos relevantes da atuação ministerial voltada ao enfrentamento de crimes de alta complexidade, a função de subsidiar os diálogos que vêm sendo travados nos diversos treinamentos metodizados pela Escola Superior do Ministério Público da União, dirigidos a uma atuação mais eficiente e eficaz dos membros da instituição.

Nesse sentido, a partir da análise econômica do direito, Bruno Assunção de Barros apresenta uma reflexão da colaboração premiada não só como técnica de investigação mas também como valiosa estratégia de defesa. Dentro do mesmo tema, Shaiane Tassi Mousquer

desenvolve relevantes considerações sobre a conformação ética e jurídica da colaboração premiada, apresentando-a como instrumento hábil e eficaz ao enfrentamento da macrocriminalidade. Flávio Pereira da Costa Matias, por seu turno, nos brinda com um texto relevantíssimo, em que discute, alicerçado na jurisprudência americana, a renúncia a recursos e ao *habeas corpus* em acordo de colaboração premiada, medida, a seu entender, lógica, decorrente da autonomia do indivíduo e da própria vedação a comportamentos contraditórios. Especificamente quanto ao crime de cartel, João Paulo Machado Piratelli assevera que, em razão de sua natureza praticamente invisível, são os próprios criminosos que, por meio dos acordos de leniência, ao apresentarem melhor versão dos fatos (inferência para melhor explicação), potencializam investigações conduzidas pelos órgãos de persecução, viabilizando o desvelamento completo de práticas espúrias.

Aspectos criminológicos sobre o colarinho branco foi outro tema enfrentado com maestria por alguns articulistas do presente livro. Com efeito, Carlos Eduardo Alves da Silva defende que a efetiva punição dos crimes de colarinho branco é tão necessária quanto a dos crimes praticados contra bens jurídicos de cunho individual e, assim, sustenta a necessidade de se quebrar o paradigma tradicional que “mede a gravidade do crime à proporção da violência individual cometida”. Na mesma linha, Júlio Carlos Schwonke de Castro Júnior, de forma percuciente, desenvolve em seu texto que, apesar de necessário o enfrentamento aos crimes cometidos pelos poderosos, há diversos obstáculos e dificuldades do sistema em reagir a tais delitos. Leandro Bertolucci Desbrousses Monteiro denuncia o desenvolvimento de condutas que levam à perpetuação, no Brasil, do chamado capitalismo de laços e aduz, a partir dos ensinamentos de Sutherland, que a diminuição da criminalidade é obtida a partir da implementação de princípios de reorganização social, capazes de “reorientar os padrões de conduta no sentido do bem comum”, acreditando que o único meio viável ao enfrentamento do capitalismo de laços é o sistema criminal, por meio da incorporação de ganhos obtidos com a experiência das grandes operações.

O espinhoso tópico das provas ilícitas e ilegítimas também foi trazido pelos articulistas. Assim, com insuplantável competência, Daniel

Ricken, alicerçado na experiência da Suprema Corte Americana, sugere que, no Brasil, a doutrina de exclusão das evidências se debruce sobre a completude das premissas que envolvem a *exclusionary rule*, entendendo compatível com a estrutura constitucional do processo penal brasileiro a aplicação da *good faith exception*. Juliano Stella Karam ressalta que nossa Suprema Corte adota somente em parte a doutrina de *exclusionary rule* sem atentar para o seu fundamento, âmbito de aplicação e limites.

O sistema prisional, outrossim, foi objeto de abordagem. Destarte, Thayná Freire de Oliveira sustenta que os motivos da crise do sistema carcerário encontram-se na superlotação e na omissão assistencial do Estado, bem como em causas estruturais derivadas da seletividade subjetiva, observando-se uma tendência de criminalização não propriamente do agente infrator, mas da própria pobreza. Para solução do problema, sugere uma aplicação isonômica do direito penal e, como complemento, uma redução de seu âmbito de aplicação, direcionando-o ao enfrentamento de condutas que impedem a realização dos objetivos insculpidos em nossa Carta Política. Thiago Tavares de Oliveira Dantas, por sua vez, trata da necessária fiscalização dos estabelecimentos penais militares pelo Ministério Público, órgão apto a zelar pelos direitos da pessoa privada de sua liberdade.

Outros temas de relevo foram aprofundados nos textos que compõem a presente coletânea. Assim, a candente questão da produção de inteligência é abordada por Natália Angélica Chaves Cardoso ao defender a necessidade de uma cultura institucional especializada no âmbito do Ministério Público, com o objetivo de se fazer uso de informações de forma otimizada e estratégica. Por fim, Mário Roberto dos Santos trata, a partir da titularidade privativa do Ministério Público para promoção da ação penal, da questão da legitimidade exclusiva do *Parquet* para promoção de medidas cautelares, sustentando ser incompatível com o princípio acusatório a obtenção e produção de elementos de prova de ofício pelo juiz ou por meio de representação policial.

Em suma, de todo modo, os articulistas, sob as mais diversas perspectivas, debruçam-se sobre temas caros e estratégicos ao Ministério Público no âmbito criminal. A abrangência e a profundidade do tratamento conferido aos estudos apresentados pelos autores desta obra

farão deste lançamento da Escola Superior do Ministério Público da União mais uma referência obrigatória àqueles que pretendem refletir sobre os assuntos aqui desenvolvidos, a partir de um cariz mais consentâneo com o equilíbrio que sempre deveria existir entre o princípio da proibição do excesso e o da proibição da proteção deficiente.

Daniel de Resende Salgado

Procurador da República

Orientador Pedagógico do curso “Sistema de Justiça Criminal”

Análise econômica da colaboração premiada: instrumento de investigação e estratégia de defesa

Bruno Barros de Assunção

Sumário: 1 Introdução. 2 A análise econômica do Direito e a premissa de que somos agentes racionais. 3 O Direito brasileiro e as sanções positivas ou premiaias. A colaboração como sanção premial. 3.1 O Direito como sistema de (des)incentivos e as sanções premiaias. 3.2 Exemplos de sanções premiaias nos ramos do Direito brasileiro. 3.3 Exemplos de sanções premiaias no âmbito do sistema de justiça criminal brasileiro. 3.4 Da colaboração premiada como modalidade de sanção premial. 4 Análise econômica da colaboração premiada sob o viés do Estado investigador. 5 Análise econômica da colaboração premiada sob o viés defensivo: uma estratégia. 6 Conclusão.

1 Introdução

A colaboração premiada¹ não é figura nova em nosso ordenamento jurídico. Com efeito, o instituto já se encontrava previsto em diversas legislações, tais como no art. 8º, parágrafo único, da Lei n. 8.072/1990, no art. 6º da Lei n. 9.034/1995 (antiga Lei do Crime Organizado), no art. 5º, § 1º, da Lei n. 9.613/1998 e no art. 13 da Lei n. 9.807/1999.

Igualmente, a colaboração premiada não é uma “jabuticaba” jurídica, ou seja, não é algo criado e utilizado apenas pelo Brasil. Pelo

1 Faça-se, de logo, a ressalva de que comungamos do entendimento de que a delação premiada é uma espécie de colaboração, na qual o delator atribui a prática criminosa também a terceiros pessoas. Entretanto, é possível haver a colaboração sem que o delator atribua a prática criminosa a terceiros pessoas, podendo-se citar, p. ex., quando confessa o crime, narra a estrutura criminosa e indica elementos que permitam recuperar os bens ou valores desviados. Por todos, citamos Aras (2015a): “Por rigor técnico, indicamos a correção da denominação ‘colaboração processual premiada’. Não é adequada a utilização do termo ‘arrependido’, porque nem sempre o colaborador arrependeu-se. Por outro lado, repudiamos o *nomen iuris* ‘réu colaborador’ porque nem sempre o agente colaborador é réu. Também deve ser evitado o uso da expressão ‘delação premiada’, pela sua carga simbólica carregada de preconceitos, e por sua incapacidade de descrever toda a extensão do instituto, que não se limita à mera *delatio*”.

contrário, trata-se de instrumento investigatório adotado pelos países mais avançados do mundo, assim como previsto nos mais importantes textos normativos internacionais, a exemplo da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, ou apenas Convenção de Palermo (art. 26), internalizada pelo Decreto n. 5.015/2004, e pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, ou apenas Convenção de Mérida (art. 37), internalizada pelo Decreto n. 5.687/2006.

Todavia, sem dúvidas, a Lei n. 12.850/2013, ao traçar uma regulamentação mais pormenorizada e detalhada desse instituto, tanto no aspecto substancial (benefícios) como também nos seus aspectos procedimentais, abriu espaço para um avanço na celebração dos acordos de colaboração.

Oportunamente, o maior trabalho investigativo já realizado no País, a denominada Operação Lava Jato, valeu-se desses acordos de colaboração para, em conjunto com elementos de informação obtidos por outras vias legais, ampliar sobremaneira o âmbito e o objeto da investigação, o que trouxe o tema para a ordem do dia dos debates e das discussões jurídicas.

Como não poderia ser diferente, sendo uma técnica especial adotada principalmente no combate ao denominado crime do colarinho branco e àqueles praticados por organizações criminosas, muitas vezes com vasta influência política e/ou econômica, o instituto é alvo diuturnamente de críticas incessantes, advindas, sobretudo, de advogados criminalistas e dos próprios delatados.

Com efeito, agita-se, entre outras críticas, que: (a) a colaboração premiada é medida antiética, por estimular o criminoso a trair os seus comparsas; (b) que o Estado não pode negociar e conceder vantagens a criminosos; (c) que o Estado se sentiria estimulado a celebrar colaborações premiadas, ao invés de adotar uma investigação séria e minuciosa, poupando-lhe trabalho; e (d) que investigados ou réus estão sendo presos como forma de pressão ou coação para que delatem os seus companheiros, em troca da liberdade².

2 Nesse sentido, há Projeto de Lei tramitando no Congresso Nacional (PL 4.372/2016), de autoria do deputado federal Wadiah Damous (PT/RJ), que proíbe a homologação do acordo de colaboração.

Foge aos propósitos deste breve estudo analisar – e rebater – as críticas direcionadas ao instituto em questão³. Pretende-se, na realidade, apresentar alguns pontos para fomentar a reflexão a respeito da sua existência e de sua relevância para a investigação dos crimes de colarinho branco, à luz da análise econômica do Direito, visando a responder, em síntese: (I) quando e de que maneira a colaboração pode ser um instrumento útil sob a perspectiva do interesse investigatório do Estado; e (II) quando e de que maneira a colaboração também pode ser um instrumento útil para satisfazer os interesses da própria defesa.

2 A análise econômica do Direito e a premissa de que somos agentes racionais

Imagine-se a seguinte situação: um cliente, desejando tomar um *milk shake* de uma famosa rede *fast food*, comparece ao balcão de atendimento para informar-se sobre os preços do produto, deparando com a seguinte realidade: um copo de 300 ml custa R\$ 9,00; um copo de 500 ml custa R\$ 10,00; e um copo de 700 ml custa R\$ 15,00.

Partindo-se da premissa de que o seu desejo era apenas “matar a sua vontade”, de modo que estaria satisfeito com a aquisição do menor tamanho, indaga-se se, diante das informações obtidas, o sujeito irá efetivamente comprar o copo de 300 ml, ou, caso contrário, sentir-se-á atraído a adquirir o copo médio, tendo em vista a diferença de apenas R\$ 1,00.

Certamente, uma boa parcela – senão todos – daqueles que pretendiam comprar o copo menor comprará o copo médio, por considerá-lo mais vantajoso. Aliás, nem é preciso pontuar que a definição dos preços semelhantes não foi algo por acaso, sendo, na verdade, uma estratégia de venda, que pode render milhares ou

ção premiada firmado por quem esteja preso. Mais adiante, será feita a devida crítica ao referido Projeto de Lei, por ofender a ampla defesa daquele preso que pretenda adotar a colaboração premiada como estratégia de defesa.

3 As críticas apontadas contra a colaboração premiada são devidamente rechaçadas em um conjunto de postagens feitas por Vladimir Aras em sua página (cf. <<https://vladimiraras.blog/tag/delacao-premiada>>).

milhões de reais apenas com a instigação da compra do copo médio, em vez do copo de menor tamanho.

Por que e como seria possível antever o comportamento dessas pessoas, de modo a concluir que iriam mudar de opinião ao depararem com os preços dos produtos? A partir de uma premissa comportamental firmada pelo pensamento econômico: a de que nós somos seres racionais que agimos de forma a alcançar, do modo mais fácil e menos custoso possível, os nossos interesses e objetivos.

O empresário, por exemplo, sempre buscará adotar medidas que visem a maximizar as suas receitas e minimizar os seus custos, elevando o seu lucro. Para tanto, poderá investir no aumento da qualidade do produto, na redução de seu preço, na automação do meio de produção, na utilização de insumos mais baratos, no rígido combate ao desperdício de matéria-prima, em um planejamento tributário eficiente, a fim de reduzir o valor dos tributos devidos etc.

Por outro lado, o empregado, se desejar progredir dentro da empresa, comportar-se-á de modo a demonstrar a sua qualidade e o seu comprometimento com o trabalho, sendo pontual, seguindo as regras da empresa, agindo de forma pró-ativa, mantendo-se sempre atualizado, buscando melhorar a sua qualificação, evitando conversas durante o horário de expediente ou outra prática que possa comprometer a sua produtividade etc.

Nessa linha de raciocínio, se o nosso comportamento é racional, ele também é previsível.

A análise econômica do Direito, portanto, como corrente do pensamento jurídico, tem como foco analisar e refletir sobre questões jurídicas a partir de ferramentas e instrumentais teóricos adotados na ciência econômica, preocupando-se e questionando a respeito dos efeitos, das consequências e dos possíveis resultados advindos, por exemplo, da edição de uma norma ou de uma determinada interpretação dada à norma por uma decisão judicial.

Uma breve definição de análise econômica do Direito pode ser encontrada em material produzido pela Fundação Getúlio Vargas (PORTO, 2013):

A AED é uma disciplina que estuda o Direito e suas instituições, tendo como base a racionalidade individual. A AED pode ser definida como a aplicação da teoria econômica e dos métodos econométricos no exame da formação, da estrutura, dos processos e dos impactos do direito e das instituições legais.

[...]

A AED explicitamente considera as instituições legais não como exógenas ao sistema econômico, mas como variáveis pertencentes a ele e analisa os efeitos de mudanças em uma ou mais destas variáveis sobre elementos do sistema. Essa aproximação é pleiteada não apenas para regras legais com óbvias conexões com a realidade econômica, como Direito da Concorrência, Regulação Industrial, Direito do Trabalho e Direito Tributário, mas também para todas as áreas do Direito, em particular o Direito de Propriedade, Contratos, Responsabilidade Civil e Penal.

[...]

A Análise Econômica do Direito tem por base os métodos da teoria microeconômica. Os agentes econômicos comparam os benefícios e os custos das diferentes alternativas antes de tomar uma decisão, seja ela de natureza estritamente econômica, seja ela de natureza social ou cultural. Estes custos e benefícios são avaliados segundo as preferências dos agentes e o conjunto de informação disponível no momento da avaliação. Esta análise de custo-benefício é consequencialista porque leva em conta o que vai acontecer (em termos probabilísticos) depois de tomada a decisão, e não as causas que levaram à necessidade de tomar uma decisão. Os agentes econômicos preocupam-se com o futuro e não com o passado (uma vez que este não pode ser modificado).

Em sentido semelhante:

Trata-se, em verdade, da análise do comportamento humano, objeto da ciência econômica, frente às normas jurídicas que regulamentam suas condutas.

Com efeito, na esteira do que leciona o autor, o direito, como instrumento de regulação das condutas intersubjetivas no contexto social, busca impor aos indivíduos um modelo de comportamento que entenda ideal e, como instrumento para essa imposição, no ponto de vista da análise econômica, se utiliza dos enunciados normativos como incentivos de comportamentos, e das sanções como “preços” para a prática de determinadas condutas.

[...]

De fato, como seres racionais que são, os indivíduos tendem a tomar quaisquer tipos de decisões sempre adotando como finalidade a realização de seus próprios interesses, e como critério de escolha os incentivos fornecidos pelo ordenamento, traduzidos em normas jurídicas.

Parte, portanto, a análise econômica do fenômeno jurídico, da premissa de que, quando depreenda com mais de uma opção de atuação, ou mais de uma conduta possível, o homem, como ser economicamente racional, inevitavelmente analisará a relação custo-benefício entre as opções possíveis, para optar pelo que melhor atende seus interesses. (BARBOSA, 2010).

Cibele Benevides Guedes Fonseca (2017, p. 204) sintetiza, com precisão, que, a partir da análise econômica do Direito, “normas jurídicas passam a ser estudadas sob a ótica da eficiência, a partir de uma análise de custo-benefício, e são consideradas incentivos para alterar condutas (como se fossem preços implícitos)”.

Alguns exemplos facilitarão a compreensão da importância prática da análise econômica do Direito.

Uma norma que previsse a meia-entrada em shows e eventos aos cidadãos que doassem sangue periodicamente, sem dúvidas, teria uma nobre finalidade (aumentar a quantidade de doações), assim como provavelmente alcançaria um bom resultado quanto a esse objetivo. Contudo, seria de se imaginar que o empresário, racionalmente, aceitaria a nova regra e simplesmente internalizaria os custos do aumento de consumidores com direito à meia-entrada? Ou será que os custos desse novo direito seriam repassados para os demais consumidores, mediante o aumento dos preços dos bilhetes?

Igualmente, uma decisão judicial que determinasse que o proprietário do veículo roubado não teria mais a obrigação de pagar as prestações vincendas do contrato de financiamento bancário para a aquisição do veículo poderia ser vista, no caso concreto, como favorável ao consumidor. Entretanto, seria de se acreditar que a instituição financeira assumiria, sem qualquer reação, o risco do inadimplemento do financiamento? Ou será que tal decisão provavelmente acarretaria o aumento da taxa de juros aplicada ao contrato, ou, ainda, a redução do prazo de financiamento, a fim de reduzir o risco da subtração do veículo?

Em arremate, é de ser ressaltado que a análise econômica não tem o condão de substituir os métodos tradicionais da hermenêutica, tampouco a pretensão de apresentar as respostas corretas a todos os problemas jurídicos, mas apenas o propósito de disponibilizar ao intérprete e aplicador do Direito uma nova perspectiva de enxergar e enfrentar questões jurídicas, pautada primordialmente na preocupação com as consequências, sejam principais, secundárias ou adversas, decorrentes de um determinado posicionamento, assegurando-se, assim, melhores condições para decidir qual posicionamento deva ser adotado.

3 0 Direito brasileiro e as sanções positivas ou premiaias. A colaboração premiada como sanção premial

3.1 O Direito como sistema de (des)incentivos e as sanções premiaias

De tudo quanto até aqui exposto, é válido concluir que, como agentes racionais que agem da melhor forma possível para alcançar seus objetivos, nós reagimos a incentivos.

Afinal, o que é o Direito, senão um sistema de incentivos e desincentivos?

Quando se pretende coibir ou proibir uma determinada conduta, edita-se uma norma jurídica proibindo este comportamento, sob pena de aplicação de uma sanção corporal, pecuniária ou de outra natureza qualquer.

Trata-se do modelo clássico de norma jurídica, contendo, em seu preceito primário, uma regra de conduta (determinação ou imposição), e, em seu preceito secundário, uma punição, denominada sanção negativa.

Exemplificando, se a sociedade não admite que uma pessoa mate a outra, cria-se o crime de homicídio, submetendo aquele que venha a matar outrem a uma pena privativa de liberdade. Ou, ainda, pretendendo-se diminuir o número de acidentes de trânsito, são

estabelecidas regras de conduta, tais como obedecer à sinalização e não utilizar aparelhos celulares, sujeitando aquele que as descumprir ao pagamento de multa e à pontuação de sua carteira de motorista, que poderá resultar em suspensão de sua habilitação.

Todavia, para além desse modelo clássico, pautado no binômio “regra de conduta – punição”, a ordem jurídica também contempla hipóteses de condutas ou comportamentos que, sem serem taxativamente exigidos ou proibidos, são fomentados ou estimulados, por intermédio da concessão de benefícios àqueles que assim se comportarem.

Em tais situações, o preceito secundário da norma jurídica não comportará uma sanção negativa (punição), mas sim uma sanção positiva – ou premial –, expressão cunhada justamente em razão de se conceder um “prêmio”.

3.2 Exemplos de sanções premiaiais nos ramos do Direito brasileiro

Há, nos mais variados ramos do Direito, diversas hipóteses legais que corporificam exemplos de direito premial. Sem pretensão de realizar uma análise exaustiva, citaremos a seguir algumas dessas situações.

Na seara tributária, é lugar-comum a previsão de descontos nos pagamentos efetuados em “cota única”, tal como ocorre em relação ao IPVA e ao IPTU, cujo fundamento teórico é extraído do art. 160, parágrafo único, do Código Tributário Nacional (CTN).

O processo civil também não é indiferente à aplicação de sanções premiaiais, merecendo destaque a regra que, em caso de cumprimento voluntário da sentença no prazo de 15 dias, o réu não sofrerá a multa de 10%, tampouco pagará honorários advocatícios (art. 523, § 1º, CPC). Um outro exemplo interessante é a moratória na execução, consistente na possibilidade de depósito de 30% do valor da execução e de parcelamento do restante no prazo de até seis meses (art. 960, CPC).

No campo trabalhista, é digno de nota o art. 194 da CLT, corroborado pelo enunciado da Súmula n. 289 do TST, que versa sobre o não pagamento de adicional de insalubridade em caso de fornecimento dos equipamentos individuais de proteção.

No Direito Econômico, temos a figura do acordo de leniência (art. 86 da Lei n. 12.529/2011).

No âmbito do Direito Administrativo, poderíamos citar, como exemplo, a possibilidade de o servidor realizar, dentro do prazo legal, a opção por um dos cargos públicos acumulados, caracterizando sua boa-fé e impedindo uma demissão (art. 133 da Lei n. 8.112/1990), ou, ainda, o desconto de 20% no caso do pagamento da multa de trânsito dentro do prazo da notificação (art. 284 da Lei n. 9.503/1997).

Prosseguindo, também há sanções premiais previstas na recente Lei Anticorrupção, tal como o estímulo à adoção, pelas empresas, de “mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;” (art. 7º, VIII, da Lei n. 12.846/2013), já que, de acordo com o *caput* do artigo, a existência desses mecanismos e procedimentos internos será considerada, em benefício da pessoa jurídica, no momento da fixação da sanção administrativa. Igualmente, o fomento à prática do acordo de leniência (art. 16 da Lei n. 12.846/2013), com exclusão de sanções e redução dos valores da multa.

3.3 Exemplos de sanções premiais no âmbito do sistema de justiça criminal brasileiro

Na temática penal, muitas são as hipóteses de sanções premiais, merecendo destaque as seguintes:

- a) arrependimento posterior e desistência voluntária como hipóteses de atipicidade (art. 15, CP);
- b) retratação do autor no crime de falso testemunho como hipótese de extinção da punibilidade (art. 342, § 2º, c/c art. 107, VI, CP);
- c) arrependimento posterior como causa de diminuição da pena (art. 16, CP);
- d) extinção da punibilidade em caso de quitação integral do débito tributário (art. 9º da Lei n. 10.684/2003);
- e) confissão como atenuante genérica (art. 65, II, *d*, CP);

- f) reparação do dano no peculato culposo como causa de extinção da punibilidade ou diminuição da pena (art. 312, § 3º, CP).

O direito premial também não é desconhecido pela Lei de Execução Penal (LEP), podendo ser lembradas as situações arroladas abaixo:

- a) remição da pena pelo trabalho e/ou estudo (art. 126, LEP);
- b) previsão, como requisito subjetivo para a progressão do regime, do bom comportamento carcerário (art. 112, LEP);
- c) previsão, como requisito subjetivo para a saída temporária, do comportamento adequado (art. 123, I, LEP).

No tocante ao processo penal, podemos enumerar como sanções premiais:

- a) transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/1995);
- b) suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/1995);
- c) conciliação como hipótese de extinção da punibilidade (art. 74, parágrafo único, da Lei n. 9.099/1995);
- d) compromisso de comparecimento do autor do fato em Juízo como hipótese de proibição da decretação de sua prisão em flagrante ou arbitramento de fiança (art. 69, parágrafo único, da Lei n. 9.099/1995);
- e) prestação de socorro à vítima de acidente de trânsito como hipótese de proibição da prisão em flagrante do condutor ou do arbitramento de fiança (art. 301 do Código de Trânsito Brasileiro).

3.4 Da colaboração premiada como modalidade de sanção premial

O acordo de colaboração premiada vem disposto no art. 4º da Lei n. 12.850/2013, *in verbis*:

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.

Cuida-se, por conseguinte, de acordo por meio do qual o investigado ou réu poderá, em troca de benefícios que vão desde a redução da pena até o perdão judicial, confessar o crime e colaborar com a investigação ou com o processo penal, fornecendo informações a respeito do funcionamento da organização criminosa e/ou dos seus componentes, bem como prevenindo a prática de novos crimes, ou, ainda, permitindo a localização e recuperação de valores ou bens subtraídos ou a localização da vítima.

Trata-se de negócio jurídico, de caráter personalíssimo, conforme enfatizado pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus n. 127483, relatado pelo ministro Dias Toffoli. Naquela oportunidade, reconhecendo-se a natureza personalíssima do acordo, rejeitou-se a possibilidade jurídica de os seus termos serem impugnados por terceiras pessoas; senão vejamos:

Habeas corpus. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Empate na votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente (art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Inteligência do art. 102, I, i, da Constituição Federal. Mérito. Acordo de colaboração premiada. Homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). Competência do relator (art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Decisão que, no exercício de atividade de deliberação, se limita a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo. Ausência de emissão de qualquer juízo de valor sobre as declarações do colaborador. *Negócio jurídico processual personalíssimo. Impugnação por coautores ou partícipes do colaborador. Inadmissibilidade.* Possibilidade de, em juízo, os partícipes ou os coautores confrontarem as declarações do colaborador e de impugnarem, a qualquer tempo, medidas restritivas de

direitos fundamentais adotadas em seu desfavor. [...] *Habeas corpus* do qual se conhece. Ordem denegada. [Grifo do autor].

Corroborando o entendimento de que a colaboração premiada possui natureza negocial, Didier Junior (2015, p. 194-195) registra que:

Em síntese, a colaboração premiada prevista na Lei n. 12.850/2013 é (I) ato jurídico em sentido lato, já que a exteriorização de vontade das partes é elemento cerne nuclear do seu suporte fático; (II) é negócio jurídico, pois a vontade atua também no âmbito da eficácia do ato, mediante a escolha, dentro dos limites do sistema, das categorias eficaciais e seu conteúdo; (III) é negócio jurídico bilateral, pois formado pela exteriorização de vontade de duas partes, e de natureza mista (material e processual), haja vista que as consequências jurídicas irradiadas são de natureza processual e penal material; (IV) é contrato, considerando a contraposição dos interesses envolvidos.

Avançando, salta aos olhos a natureza premial desse instituto consubstanciando verdadeiro fomento estatal ao comportamento defensivo dirigido à cooperação com a investigação na busca da verdade processualmente possível.

Trilhando este caminho, Aras (2015b) registra um aspecto de extrema importância, a conferir ainda mais legitimidade a esta técnica especial de investigação:

A colaboração premiada é só mais uma espécie de direito premial. Há vários exemplos no ordenamento jurídico, inclusive no direito penal e fora dele, todos baseando-se numa conduta ativa (socialmente positiva) do destinatário da norma. Relembremos alguns: a redução da pena pela confissão; o arrependimento posterior; a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo; a remição de pena pelo trabalho ou estudo; a progressão de regime de execução penal por bom comportamento, a redução de tributos por antecipação de pagamento; ou o crédito de valores ao contribuinte em função da exigência de nota fiscal de compra de produtos ou serviços.

Porém, na colaboração premiada há uma significativa nota diferencial. Em regra, os prêmios penais revertem em proveito individual. Vejamos o que se passa na remição de pena pelo trabalho. O único beneficiado é o interno, que descontará parte da sanção a que foi condenado. Já na “co-laboração” premiada, há benefícios bilaterais, para o réu colaborador e para a sociedade. O interesse público e o princípio da proporcionalidade da colaboração devem ser observados, devendo o acordo ser vantajoso para ambas as partes, isto é, para o acusado e o Estado, e também para a sociedade.

4 Análise econômica da colaboração premiada sob o viés do Estado investigador

Uma das críticas corriqueiramente apontadas à colaboração premiada é a respeito da suposta injustiça de o colaborador receber pena inferior à pena a que está sujeito o delatado. Indaga-se, nesse sentido, se seria justo punir, de forma mais branda, o colaborador que concorreu para os mesmos crimes praticados pela pessoa que ele delatou⁴.

Como resposta, poderíamos rebater: é justo punir apenas um dos criminosos, mesmo sabendo que há outras pessoas envolvidas, comumente mais importantes dentro da estrutura criminosa, que permanecerão inatacadas? Deve-se fazer vista grossa e contentar-se com apenas uma parcela do esquema criminoso? Resignar-se com membros intermediários e não ir em busca dos líderes da organização?

Evidentemente, em um cenário ideal, todos os criminosos seriam punidos com o mesmo rigor, isto é, na medida de sua culpabilidade. Entretanto, não vivemos nesse cenário ideal, de modo que, sobretudo no contexto da macrocriminalidade, é pouco provável, ou mesmo impossível, estender a investigação a fim de alcançar a totalidade dos participantes e a máxima extensão de seu alcance, sem que haja a cooperação de alguém que pertence à organização e, portanto, por vivenciá-la, possa trazer informações de outra forma inalcançáveis.

A respeito da extrema dificuldade de investigar a criminalidade organizada, vale trazer à tona o registro feito por Dallagnol (2015):

De início, deixemos claro que, num mundo ideal, todos deveriam ser responsabilizados, integralmente, por todos os crimes cometidos... ou mesmo, no mundo ideal, não responsabilizaríamos ninguém, porque sequer crimes existiriam. O fato é que lidamos com o mundo real. Neste mundo, a corrupção é sussurrada entre quatro paredes. Corruptor e corrompido fazem um pacto de silêncio. Não há testemunhas. O ato corrupto

4 A despeito de não serem objeto deste estudo as críticas tecidas ao instituto da colaboração premiada, parece-nos que o tratamento diferenciado entre o réu colaborador e o réu tradicional, longe de caracterizar-se como injusto ou atentatório ao princípio da isonomia, reflete, no caso concreto, a garantia da individualização da pena, na medida da culpabilidade de cada réu, pois não é possível tratar, como idênticas, a situação do réu que confessa o crime e se dispõe a colaborar com a investigação e a situação do réu tradicional que confronta os fatos e busca, muitas das vezes, procrastinar o término do processo penal. Nesse sentido, ver Fonseca (2017, p. 103-104).

é disfarçado de ato legítimo, que pode ser defendido com argumentos técnicos, ou, por vezes, é um ato discricionário que seria perfeitamente legal se seu motivo não fosse o pagamento da propina. A própria propina é paga de modo disfarçado, por meio de sofisticados métodos de lavagem de dinheiro que dão aparência lícita aos pagamentos e dificultam ou impedem o rastreamento do dinheiro.

Lúcida é a constatação de Dino (2015, p. 444-445):

Não se deve sucumbir à ilusão de que Estado e criminalidade se confrontam sempre em condições de igualdade no que toca à perseguição de seus objetivos. Claro, é próprio do Estado de direito que este detenha o monopólio da força, cujo exercício, no entanto, acha-se pautado pela observância de direitos e garantias fundamentais. Já a criminalidade organizada possui estatutos próprios e um código ético peculiar, nos quais bens e valores como vida, dignidade, moral, respeito a direitos individuais possuem significado diverso daquele que vigora nas sociedades em geral. No seio de uma organização criminosa, o compromisso é com a realização de seus próprios objetivos, pouco ou nada valendo as “regras do jogo” do Estado. No universo do crime, a lógica do jogo é diferenciada, e o silêncio é um importante escudo de proteção.

Além disso, a criminalidade organizada tem acompanhado de perto o desenvolvimento tecnológico-científico. Cada vez mais, sofisticam-se as práticas de corrupção e os mecanismos de ocultação da sonegação, da lavagem de dinheiro, de evasão de divisas, de fraudes em mercados de capitais, dentre outras práticas ilícitas. E quanto mais complexa for a empreitada criminosa, mais difícil será a obtenção da prova. Por tudo isso, é necessário incentivar o criminoso a contribuir com o Estado, ainda que em troca de um benefício proporcional à colaboração levada a cabo. Não há nisso qualquer violação a direitos ou garantias do investigado/acusado, tampouco coação.

Trata-se do fenômeno denominado por Pereira (2016, p. 79-80) de “emergência investigativa”, caracterizado pela incapacidade de as técnicas comuns de investigação serem eficientes na investigação, de forma mais ampla e aprofundada possível, do crime organizado; senão vejamos:

A situação da emergência investigativa manifesta-se atualmente de forma mais provável na criminalidade organizada ou difusa, tendo em vista as reconhecidas dificuldades probatórias dos tradicionais meios de investigação em alcançar alguma eficiência diante do fenômeno criminal organizado, principalmente por terem sido instrumentos apuratórios moldados sob a perspectiva do ilícito penal clássico, caracterizado pela

estrutura individual da lesão cometida por sujeito ativo individual a sujeito passivo também individualizado, levando autoridades responsáveis pela investigação e repressão a condicionar a obtenção de resultados positivos no enfrentamento do crime organizado à adoção de métodos especiais de investigação e inteligência.

Por tais razões, sendo certo que não se combate o crime organizado de modo desorganizado, torna-se imperiosa a adoção de técnicas investigativas mais avançadas, aptas a enfrentarem e superarem as novas adversidades advindas do aperfeiçoamento da criminalidade de colarinho branco, como bem adverte Barra Lima (2013, p. 288):

Nesse cenário, observa-se uma constante busca de novos meios incrementadores da eficiência do processo penal, sobretudo no campo probatório, tais como: infiltração de agentes públicos nas organizações, ação controlada das atividades das associações delitivas investigadas, métodos eletrônicos de vigilância, interceptação das comunicações ambientais e telefônicas e possibilidade de revelação dos sigilos bancários e fiscais dos investigados/processados, tudo com o objetivo de possibilitar a existência de robusta prova em juízo sobre os fatos criminosos imputados.

Nessa linha de raciocínio, é óbvio que a colaboração premiada envolverá necessariamente concessões mútuas entre o Estado investigador e o investigado/réu, cada qual suportando uma parcela do ônus em prol do alcance de um objetivo considerado, de seu ponto de vista, mais vantajoso. De nada mais se trata do que a simples aplicação do raciocínio utilitarista do “custo-benefício”.

Desse modo, a análise econômica da colaboração premiada, sob a perspectiva da investigação, tem como pedra de toque a análise da justa proporção entre, de um lado, os benefícios que serão concedidos pelo Estado e, de outro lado, a relevância das informações que serão fornecidas pelo colaborador, no que tange à possibilidade de ampliação e aprofundamento da investigação, assim como no que diz respeito à reparação do prejuízo causado ao erário.

Nesse sentido, o registro feito por Dallagnol (2015):

Dentro desse contexto, a colaboração de um investigado funciona como um guia, um catalisador, que otimiza o emprego de recursos públicos, direcionando-os para diligências investigatórias com maior perspectiva de sucesso. É como se o investigador caminhasse dentro de um labirinto

e a cada passo deparasse com muitos caminhos possíveis. A colaboração é uma oportunidade para que o investigador espie por cima do labirinto e descubra quais são os melhores caminhos, isto é, aqueles com maior probabilidade de sucesso na angariação de provas.

Exemplificativamente, calha trazer à tona os primeiros passos da Operação Lava Jato. Como é sabido, inicialmente, a investigação estava centrada em alguns doleiros, sem qualquer relação com a Petrobras. Em um determinado momento, porém, a partir da investigação de um desses doleiros, Alberto Youssef, descobriu-se que ele comprara um veículo importado, no valor de R\$ 250.000,00 como presente a um ex-diretor da Área de Abastecimento da Petrobras, Paulo Roberto Costa, o que despertou a suspeita e a curiosidade por parte dos investigadores: qual a relação entre um doleiro e um ex-funcionário da Petrobras?

Reajustado o curso investigativo, as diligências levaram à prisão de Paulo Roberto Costa, que, posteriormente, firmou o primeiro acordo de colaboração premiada no âmbito da Operação Lava Jato, narrando aos investigadores a existência de um grande esquema envolvendo agentes públicos, agentes políticos e empresários, com o propósito de favorecer empresas em licitações realizadas pela Petrobras, as quais, por sua vez, pagavam propina a partidos políticos e a agentes políticos, valores estes que eram geridos e lavados por operadores financeiros.

É possível afirmar que, sem as relevantes informações prestadas por Paulo Roberto Costa, dificilmente o Ministério Público Federal e os demais órgãos de investigação teriam centrado as suas atenções na complexa e vasta rede de corrupção construída no interior de diversos órgãos e empresas estatais, de onde se depreende que, fatalmente, a Operação Lava Jato, tal como ela é hoje, sequer teria sido iniciada.

Há algum risco, portanto, de o resultado da colaboração premiada não ter sido extremamente vantajoso do ponto de vista da investigação estatal? Ou teria sido melhor a punição mais rigorosa de Paulo Roberto Costa e o encerramento das investigações?

Uma ressalva, por oportuno: nada obstante se tratar de técnica especial de investigação, extremamente útil para uma eficaz investigação da criminalidade de colarinho branco, nem sempre haverá, no caso concreto, interesse estatal em celebrar acordo com o réu/investigador.

Com efeito, isso ocorrerá justamente quando a análise do custo-benefício não for considerada atrativa, como, por exemplo, quando as informações não sejam novas, ou se refiram a fatos antigos, ou não possibilitem a maximização das investigações, ou, ainda, quando o pretense colaborador não trouxer elementos de corroboração ou, ao menos, indicar onde e de que forma tais elementos possam ser obtidos.

A esse respeito, mister transcrever trecho publicado na página oficial da Operação Lava Jato⁵:

Em cada acordo, muitas variáveis são consideradas, tais como informações novas sobre crimes e quem são os seus autores, provas que serão disponibilizadas, importância dos fatos e das provas prometidas no contexto da investigação, recuperação do proveito econômico auferido com os crimes, perspectiva de resultado positivo dos processos e das punições sem a colaboração, entre outras. Há uma criteriosa análise de custos e benefícios sociais que decorrerão do acordo de colaboração sempre por um conjunto de procuradores da República, ponderando-se diferentes pontos de vista. O acordo é feito apenas quando há concordância de que os benefícios superarão significativamente os custos para a sociedade.

5 Análise econômica da colaboração premiada sob o viés defensivo: uma estratégia

O nosso sistema de justiça criminal está longe de poder ser considerado um sistema minimamente eficiente, aqui compreendido como um sistema que assegura a efetiva e célere aplicação da lei penal àqueles que cometam crimes, sem se descuidar, logicamente, das garantias e dos direitos fundamentais assegurados aos investigados e aos réus.

É relevante frisar que o Código de Processo Penal vigente é de 1940. De lá para cá, houve, como não poderia ser diferente, diversas modificações visando a modernizá-lo e, sobretudo, compatibilizá-lo com a Constituição Federal de 1988; porém, ainda há incongruências, falhas e brechas que conferem uma larga margem de possibilidade de procrastinação do processo penal.

5 Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/perguntas-e-respostas>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

Ilustrativamente, há alguma lógica em se dissociar o ato de interposição do ato de fundamentação (razões) do recurso, tal como preveem os arts. 588 e 600 do CPP? Ora, quem interpõe o recurso já sabe (pelo menos, em tese, já deveria saber) as razões pelas quais está impugnando a decisão judicial, motivo pelo qual é natural que essas razões sejam apresentadas na mesma oportunidade. Essa simples bipartição acarreta, desnecessariamente, muitas vezes, meses de atraso na tramitação do recurso – e, por conseguinte, do processo penal.

Igualmente, qual o sentido de se admitir, como o faz o art. 600, § 4º, do CPP, que seja possível, também, a separação geográfica, permitindo que, para um recurso interposto perante o Juízo de 1ª instância, as razões possam ser apresentadas apenas quando os autos aportarem no Tribunal?

De outra banda, como justificar a existência do esdrúxulo instituto da prescrição retroativa (art. 110, § 1º, CP), que não encontra similitude em nenhum outro ordenamento jurídico?

Além das brechas normativas, há também a formação e consolidação de entendimentos jurisprudenciais equivocados, com a devida vênia, os quais concorrem para o cenário de procrastinação e impunidade.

Nesse sentido, como explicar o posicionamento⁶ no sentido de que a prescrição executória se inicia com o trânsito em julgado para o MP (art. 112, I, CP), ainda que, em razão de recurso da defesa, ele ainda não possa executar a sentença?

Da mesma forma, merece severas críticas o entendimento⁷ de que o acórdão confirmatório da sentença condenatória não é condenatório e, portanto, não interrompe a prescrição, na forma do art. 117, IV, do CP. Se um dos efeitos recursais é o efeito substitutivo, a condenação em primeira instância não foi substituída pela condenação em segunda instância, subsistindo, ao fim e ao cabo, apenas esta última?

Noutro passo, não nos parecem acertadas as orientações de que denúncias anônimas não são idôneas, por si só, à instauração de

6 Por todos, STJ, AgRg no REsp 1533647, rel. min. Nefi Cordeiro, publicado em 20 set. 2016.

7 Por todos, STJ, HC 365859, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, publicado em 1º dez. 2016.

investigação criminal⁸ e à adoção de medidas cautelares⁹, e de que relatórios do COAF não possam, por si sós, subsidiar a decretação de medidas cautelares probatórias¹⁰. Tais teses condicionam o deferimento de medidas invasivas à realização de diligências investigativas preliminares, ainda que inúteis e desnecessárias.

No tocante às interceptações telefônicas, merecem registro as tentativas constantes de limitá-las ao prazo de 30 dias (15 dias prorrogáveis por mais 15 dias) e de exigir a transcrição literal dos áudios, teses que, felizmente, ainda não foram acolhidas pelos Tribunais Superiores¹¹.

Por fim, o exemplo mais categórico: até a decisão proferida no HC 126292, em fevereiro de 2016, e, posteriormente, reafirmada no julgamento dos pedidos liminares formulados nas ADCs 43 e 44, em outubro de 2016, o Supremo Tribunal Federal não autorizava a execução da pena, exigindo-se, para tanto, o trânsito em julgado.

Em outras palavras, seria como avisar ao réu que, de um lado, a legislação previa uma combinação infundável de recursos possíveis de serem manejados, e, de outro, enquanto ele interpusesse recursos, não seria preso. O resultado dessa combinação não poderia ser diferente: interposições sucessivas e reiteradas de recursos manifestamente protelatórios com o único desiderato de evitar a conclusão do processo¹².

8 Com efeito, a jurisprudência atual firmou-se no sentido de que, antes da instauração da investigação formal, impõe-se a adoção de verificações preliminares, com o objetivo de constatar a verossimilhança do fato representado. Por todos, cite-se: STF, RHC 117988, rel. min. Celso de Mello, publicado em 26 fev. 2015.

9 Por todos, STJ, RHC 49496, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, publicado em 23 set. 2016.

10 Este foi o fundamento para a anulação das provas produzidas no curso da denominada “Operação Boi Barrica” (STJ, HC HC 191378, rel. min. Sebastião Reis Junior, publicado em 5 dez. 2011). Em boa hora, em recente decisão, o STJ parece trilhar caminho diferente (HC 349945, rel. p/ acórdão min. Rogério Schietti Cruz, publicado em 6 dez. 2016).

11 STJ, REsp 1539634, rel. min. Felix Fischer, publicado em 30 nov. 2016; STJ, RHC 47954, rel. min. Ribeiro Dantas, publicado em 7 dez. 2016.

12 Exemplo clássico do abuso do direito de recorrer verifica-se no processo penal envolvendo o ex-senador Luiz Estevão relacionado à construção do prédio do Fórum Trabalhista, em São Paulo. Os fatos ocorreram entre 1992 e 1998. A sentença condenatória foi exarada em 2000. Em 2006, a condenação foi mantida pelo TRF-3ª Região. No entanto, apenas em 2016 foi autorizada a execução provisória da pena, senão os réus ainda estariam respondendo ao processo em liberdade. Durante o processo, o réu Luiz Estevão interpôs nada mais nada menos do que 36 recursos, conforme informações oficiais do MPF disponíveis em <<http://www.mpf.mp.br/regiao3/sala-de-imprensa/noticias-r3/stf-nega-350-recurso-de-luiz-estevao-em-processo-criminal-por-desvio-de-verbos-do-trt-sp>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

Assim sendo, conclui-se que o nosso sistema, sobretudo se considerarmos as interpretações isoladas que constantemente são feitas, é um campo fértil à procrastinação e à morosidade. Como afirmou o ministro Roberto Barroso, recentemente, nós não temos a cultura de que o processo precisa terminar¹³. Tudo isso, por sua vez, é sinônimo de impunidade. Nosso sistema é, ou ainda é, um sistema que proporciona a impunidade e esse sentimento corrói as relações sociais e nos transforma no país do “isso não vai dar em nada”.

Nessa linha de raciocínio, é mais do que normal que a primeira reação do sujeito, quando descoberto em sua prática criminosa, seja a de buscar isentar-se, a todo custo, de sua responsabilidade, negando o fato, questionando a validade e relevância da prova e, costumeiramente, desqualificando os investigadores, acusadores e/ou julgadores.

Afinal, se há possibilidade de a acusação sequer ser julgada, por ter sido o processo “trancado” em sede de *habeas corpus*, sob o argumento de que a denúncia não individualizou a sua conduta, ou que a prova que embasa a denúncia é ilícita, ou, ainda, que houve alguma nulidade no curso do processo; se também é alta a expectativa de se adiar a conclusão do processo, ampliando a chance da ocorrência da prescrição; e, mesmo que tudo isso não ocorra e o sujeito venha a ser condenado, sendo antevista a substituição da prisão por penas restritivas de direito ou, ao menos, a fixação do regime aberto do cumprimento da pena, é de se reconhecer inexistir qualquer estímulo à colaboração da defesa à investigação.

Nesse sentido, adverte Moro (2004 apud FONSECA; TABAK; AGUIAR, 2015, p. 29-30):

Por certo, a confissão ou delação premiada torna-se uma boa alternativa para o investigado apenas quando este se encontrar em uma situação difícil. De nada adianta esperar ato da espécie se não existem boas provas contra o acusado ou se este não tem motivos para acreditar na eficácia da persecução penal. A prisão pré-julgamento é uma forma de se destacar a seriedade do crime e evidenciar a eficácia da ação judicial, especialmente em sistemas judiciais morosos.

13 O comentário, feito durante um julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, foi divulgado pelo *Jornal do Brasil* e encontra-se disponível em <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2016/10/06/para-barroso-decisao-do-stf-deve-ser-seguida-por-juizes/>>.

[...]

[...] a reduzida incidência de delações premiadas na prática judicial brasileira talvez tenha como uma de suas causas a relativa ineficiência da Justiça criminal. Não há motivo para o investigado confessar e tentar obter algum prêmio em decorrência disso se há poucas perspectivas de que será submetido no presente ou no futuro próximo, caso não confesse, a uma ação judicial eficaz.

Todavia, há situações em que o cenário descrito no parágrafo anterior seja menos provável de ocorrer.

Com efeito, não mais se torna possível “confiar” na procrastinação e na impunidade, em um contexto de aperfeiçoamento das investigações, com a qualificação dos órgãos e agentes públicos envolvidos, a interação entre estes órgãos e, algumas vezes, entre estes e órgãos estrangeiros; de investigação de fatos recentes e sujeitos a penas rigorosas; do fracasso de medidas dirigidas a interromper a investigação ou o processo (recursos, *habeas corpus*, reclamações etc.), sob o argumento de ilicitudes ou nulidades; e da superveniência das primeiras condenações e das respectivas sanções arbitradas etc.

Em tais hipóteses, as estratégias defensivas acima referidas, comumente adotadas com boa parcela de êxito, já não se mostram tão interessantes ou adequadas, visto que a probabilidade de uma condenação é significativa.

Neste quadro, compete ao investigado/réu, com a assistência de seu defensor, decidir se mantém a tese da simples negativa dos fatos, insistindo no confronto, e assumindo o risco de uma condenação à pena sobre a qual ele não terá nenhum poder de gestão, ou, noutro sentido, decidir colaborar com a Justiça, prestando informações relevantes para a investigação dos crimes, de seus autores e recuperação dos ilícitos, cenário no qual ele terá poder de gestão de discutir e negociar as sanções às quais será submetido, sendo certo, ainda, que, quanto mais informações ele tiver e mais relevantes elas forem, maior o seu poder de barganha e mais brandas serão as penalidades.

Quanto a este ponto, precisa a observação formulada por Fonseca, Tabak e Aguiar (2015):

E para o acusado? Colaborar compensa? Bem, em seu raciocínio maximizador, ele ponderará que tem um benefício (não ser ou não permanecer preso, não ser processado ou receber uma pena baixa) e um custo (confessar e perder os bens adquiridos ilícitamente). Ele vai colaborar desde que isso valha a pena.

[...]

De acordo com a análise econômica do direito, o réu vai sopesar os custos e benefícios de fazê-lo: o benefício de dismantelar a organização criminosa e recuperar o produto do delito recai sobre toda a sociedade, visto que – conforme pontuado acima – a corrupção gera custos sociais altíssimos; já os custos privados de não colaborar são altos para o réu se este se encontrar preso preventivamente e forem robustas as provas contra si apresentadas. Assim, o réu deverá analisar se o benefício de ser solto, colocado em prisão domiciliar, ou ter a pena reduzida, supera os custos privados de delatar um esquema do qual participou, reconhecendo sua culpa, indicando seus bens ilícitos e apontando os comparsas.

[...]

De fato, de acordo com a Teoria Econômica do Crime, o criminoso, por ser considerado um agente racional maximizador de seus interesses privados, analisa as variáveis de riscos decorrentes do crime (probabilidade de sua condenação e efeito dissuasivo da pena) em função dos benefícios que a prática do crime lhe trazem. Assim, a probabilidade de condenação – mais que a quantidade de pena a ser aplicada – constitui um custo a ser considerado pelo agente, e esse fator é imanente à ideia de um Sistema Judiciário célere e eficiente.

Por tudo quanto exposto, não se pretende afirmar que o investigado/réu deva sempre colaborar. Absolutamente não. O intuito é apenas evitar a demonização do instituto, seja por questões ideológicas, seja por vaidade profissional (no sentido de que advogado bom é advogado que absolve o cliente, e que a condenação, ainda que menos severa, significaria uma derrota profissional), impedindo que seja utilizado em situações nas quais possa significar o melhor resultado prático ao investigado/réu. O papel do advogado é certificar o seu cliente a respeito de sua situação, das perspectivas do julgamento (absolvição ou condenação e, neste último caso, a estimativa da pena a ser fixada) e dos meios e instrumentos que possam ser adotados em sua defesa, entre eles, a colaboração premiada.

Tomando a operação Lava Jato como parâmetro mais uma vez, questiona-se: afinal, a estratégia de colaborar adotada por Paulo Roberto Costa, Alberto Youssef e outros não foi melhor do que a mera negativa dos fatos? Há quantos anos esses réus já foram condenados em primeira instância e quantos anos eles “pegaram” com o acordo¹⁴?

Por derradeiro, como já advertido no início deste texto, há, em tramitação no Congresso Nacional, o Projeto de Lei n. 3.792/2016, cujo propósito é impedir a celebração de acordo de colaboração premiada envolvendo investigado/réu que esteja preso. O fundamento é o de que pessoas estão sendo presas como forma de serem pressionadas a colaborar¹⁵, e que a prisão afastaria a voluntariedade exigida na conduta do colaborador.

Evidentemente, o mencionado projeto não merece prosperar e, se vier a ser sancionado, tornando-se lei, há de ser reconhecida a sua inconstitucionalidade, visto que a restrição de o preso se valer da colaboração premiada ofende a garantia constitucional da ampla defesa¹⁶, haja vista que priva o investigado/réu, devidamente assistido por seu defensor, de escolher e estabelecer a estratégia defensiva que pareça mais benéfica para os seus interesses.

14 É evidente que, para tais réus, a colaboração premiada foi a melhor estratégia de defesa. Exemplificativamente, Paulo Roberto Costa, pelo acordo, submeteu-se à prisão domiciliar e ao cumprimento da pena em regime semiaberto e aberto. O acordo encontra-se disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2017. Por sua vez, conforme matéria divulgada no sítio eletrônico *Consultor Jurídico*, até 9 de março de 2016, ele já havia sido condenado a mais de 56 anos de prisão, em regime fechado. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-09/veja-moro-condenou-67-reus-17-sentencas-lava-jato>>. Acesso em: 23 maio 2017.

15 Dito argumento é frequentemente citado em relação às colaborações premiadas firmadas na Operação Lava Jato. Contudo, é preciso consignar que, de acordo com as estatísticas divulgadas pelo procurador regional da República e ex-coordenador da Força-Tarefa Lava Jato no âmbito da Procuradoria Geral da República, Douglas Fischer, no XX Simpósio de Estudos Jurídicos, ocorrido em Santo Ângelo-RS, em 22 de maio de 2017, dos 155 acordos celebrados, 85,16% foram firmados com pessoas que estavam em liberdade e, portanto, apenas 14,84% dos acordos foram efetuados com pessoas presas. Outrossim, desse pequeno quantitativo, apenas sete pessoas foram postas em liberdade após o acordo (4,51%), sendo todas elas pessoas de menor grau de importância dentro da organização criminosa.

16 Nesse sentido, vaticina Guimarães (2016): “Portanto, o PL 4372/2016 deve ser rejeitado. Do contrário criará duas categorias de réus: o solto, com a possibilidade de fazer acordo redutor de pena, e o preso, para quem ela será negada. E que ninguém se engane: o preso preventivamente seguirá preso. Quem perderá será a ampla defesa”.

6 Conclusão

Em arremate, podemos fincar as seguintes conclusões:

(a) a Lei n. 12.850/2013 contribuiu para a intensificação do uso da colaboração premiada, ao regulamentar os seus benefícios materiais e, sobretudo, os aspectos procedimentais da celebração do acordo;

(b) a análise econômica do Direito almeja refletir, analisar e solucionar questões jurídicas a partir da utilização de instrumentais teóricos da ciência econômica, os quais adotam a premissa de que somos agentes racionais e, portanto, nossos comportamentos são previsíveis, pois estão sempre pautados na busca pela eficiência, isto é, na obtenção dos resultados desejados com o menor dispêndio possível;

(c) a colaboração premiada, à luz da Teoria Geral do Direito, nada mais é do que mais uma espécie de sanção positiva, ou premial, técnica já amplamente adotada em vários ramos do Direito, inclusive no âmbito do Direito Penal e Processual Penal;

(d) do ponto de vista estatal, a colaboração premiada mostra-se medida altamente relevante, visto possibilitar a obtenção de informações que permitam a intensificação e o aprofundamento das investigações a patamares que dificilmente seriam alcançados a partir dos métodos tradicionais de investigação, acarretando concentração de esforços e melhor alocação dos recursos humanos e financeiros dos órgãos investigativos. Como se não bastasse, permite a imediata localização e devolução dos valores, produtos ou proveitos dos crimes ao erário;

(e) já sob o viés do réu/investigado, a colaboração premiada também poderá apresentar-se como valiosa estratégia defensiva, quando se percebe que o material probatório produzido durante a investigação, associado à tramitação célere e hígida do processo penal, principalmente se já houver condenações recorríveis, revela a probabilidade da condenação definitiva e sujeição à pena de prisão. Em tais hipóteses, mais eficiente do que buscar a mera procrastinação do processo, ou, ainda, a mera negativa dos fatos, a partir da adoção de teses defensivas pouco verossímeis, mostra-se a colaboração com a investigação, haja vista possibilitar ao réu a obtenção da posição mais favorável ao seu interesse, no caso, a submissão a uma pena na menor quantidade possível.

Referências

ARAS, Vladimir. A técnica de colaboração premiada. *Blog do Vlad*, 2015a. Disponível em: <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2015/01/07/a-tecnica-de-colaboracao-premiada/>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. Segunda crítica: não se pode premiar alguém que cometeu um crime. *Blog do Vlad*, 2015b. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2015/05/12/segunda-critica-nao-se-pode-premiar-alguem-que-cometeu-um-crime/>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BARBOSA, Louise Maria Barros. Análise econômica soluciona conflito entre princípios. *Consultor Jurídico*, 24 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-abr-24/analise-economica-direito-solucoes-conflitos-principios>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BARRA LIMA, Márcio. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). *Garantismo penal integral*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

DALLAGNOL, Deltan. As luzes da delação premiada. *Época*, 4 jul. 2015. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/07/luzes-da-delacao-premiada.html>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil. In: CABRAL, A. P. et al. (Coords.). *Coleção Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*. v. 13. Salvador: JusPodivm, 2015.

DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Orgs.). *A prova no enfrentamento à criminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2015.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes; TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Júlio Cesar. *A colaboração premiada compensa?* Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, ago. 2015 (Texto para Discussão n. 181). Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td181>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. Proibir a colaboração premiada para presos é desconsiderar sua dupla funcionalidade. *Gazeta do Povo*, 30 maio 2016. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniaio/artigos/proibir-a-colaboracao-premiada-para-presos-e-desconsiderar-sua-dupla-funcionalidade-azc4q5u6x3llx8gw15ameu1r0>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada – legitimidade e procedimento*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

PORTO, Antônio José Maristrello. *Análise Econômica do Direito (AED)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. Disponível em: <http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2017.

A crise na valoração dos bens jurídicos supraindividuais nos crimes do colarinho branco

Carlos Eduardo Alves da Silva

Sumário: 1 Introdução. 2 A tutela penal e os interesses difusos. 2.1 Os interesses difusos como produto histórico das necessidades humanas. 2.2 Os interesses difusos como expressão de bens jurídico-penais. 3 A macrocriminalidade econômica perpetrada pelo colarinho branco. 3.1 A origem e definição do termo *colarinho branco*. 3.2 A extensão do dano produzido pelo crime de colarinho branco. 3.3 Os limites à criminalização dos delitos de colarinho branco – breve análise dos crimes de perigo abstrato. 3.4 O papel da teoria da associação diferencial e a propagação (banalização) do delito de colarinho branco. 4 A crise na valoração dos bens jurídicos supraindividuais. 4.1 Exemplos da crise na valoração dos bens jurídicos vitimados pelo colarinho branco – violações ao princípio da proporcionalidade. 5 Conclusão.

1 Introdução

O direito penal, como instrumento estatal de punição das condutas mais graves tipificadas no ordenamento jurídico, é mais um mecanismo que o Estado possui para exercer o controle social dos chamados comportamentos desviados, visando assegurar a necessária disciplina social. Por ser o meio mais drástico de controle, o Estado deve utilizá-lo como a *ultima ratio*, atuando de forma subsidiária aos demais ramos do direito.

Percebe-se que o Estado, na esfera penal, há muito concentra o seu poder punitivo nos crimes que ofendem a vítima singular, ou seja, a pessoa, o patrimônio, a honra, os costumes etc., traduzindo-se em um direito penal de cunho liberal – individualista.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), ao lado dos bens jurídicos ligados à esfera individual da pessoa humana, figuram os bens jurídicos difusos e coletivos, como expressão dos direitos sociais. Esses bens jurídicos,

tão importantes quanto aqueles, merecem uma efetiva tutela penal, sobretudo quando determinadas condutas ilícitas lesam ou colocam em grave risco os bens fundamentais à vida em sociedade, garantidores de um efetivo Estado Democrático de Direito.

Paralelamente à defesa dos direitos e garantias fundamentais individuais (vida, liberdade, propriedade), caminha a defesa da ordem econômica e social, hoje tão vitimada pelos chamados delitos de colarinho branco.

É por esse caminho que trilha o presente estudo.

Inicialmente, analisa-se a importância da defesa dos bens e interesses difusos e a sua relação com o direito penal no Estado Democrático de Direito.

Em seguida, faz-se uma abordagem em torno das características dos delitos de colarinho branco, expressas na macrocriminalidade, e do alto grau de nocividade de sua prática, uma vez que agride frontalmente os bens jurídicos difusos expressos na CRFB/1988, tendo a ordem econômica como o maior exemplo.

Por fim, apresenta-se o ponto de tensão, que se evidencia no direito penal brasileiro, entre a tutela penal dos bens individuais e a dos supraindividuais e coletivos, objeto dos delitos de colarinho branco, que se mostra, por vezes, insuficiente, não raro mesclada por sanções de natureza cível.

A par disso, verifica-se que a crise na tutela penal dos bens objeto dessa categoria de delitos revela a face mais perigosa da insuficiência punitiva.

2 A tutela penal e os interesses difusos

2.1 Os interesses difusos¹ como produto histórico das necessidades humanas

Com as manifestações liberais, cujo auge ocorreu no constitucionalismo liberal, fixou-se um amplo rol de direitos ligados à liberdade do indivíduo, a fim de limitar o poder do Estado.

¹ Expressão cunhada pioneiramente na seara penal por Filippo Sgubbi, em 1975, em sua obra *Tutela penale di interessi diffusi*. Cf. FERNANDES, 2001, p. 87.

Ressalte-se que os direitos não foram presenteados aos indivíduos pelo Estado, mas conquistados pela sociedade por meio de lutas históricas. Assim, os chamados direitos de primeira geração² foram objeto das Revoluções Inglesa (*Petition of Right* de 1628, *Bill of Rights* de 1689), Norte-Americana (com a criação da primeira constituição escrita em 1787) e Francesa (conforme Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789).

Historicamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão consagrou a liberdade de cunho universalista, assentando-se na premissa de que “todos os homens nascem livres e com direitos iguais”, dispondo, ainda, em seu artigo 16, que “toda sociedade onde a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”³.

A implementação dos direitos sociais pelo Estado teve como pano de fundo as revoluções socialistas, focadas no combate ao liberalismo econômico. Cite-se, como exemplo, a Revolução Russa de 1917, pela grande influência política exercida no cenário mundial. No plano constitucional, por sua vez, os direitos sociais passam a ser consagrados, de forma sistemática, na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição Alemã, de Weimer, de 1919.

Diante disso, parece inequívoco que o rol de direitos defendidos pelas constituições liberais foi constitucionalmente ampliado pelos direitos fundamentais de 2ª geração – direitos sociais, econômicos e culturais.

Com origem nos movimentos que sucederam às revoluções liberais e de caráter basicamente coletivo, os direitos sociais, agora positivados nas constituições (*v.g.*, Constituição de 1934 e a atual CRFB/1988), foram o ponto de partida para que o Estado desenvolvesse políticas públicas com o intuito de efetivá-los, não os limitando tão somente à esfera individual.

2 A expressão “geração de direitos”, ou teoria geracional de direitos, foi cunhada pelo jurista francês Karel Vasak, na conferência proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo (França), em 1979, cuja primeira geração engloba os direitos de liberdade, a segunda geração engloba os direitos sociais, e por fim, a terceira geração é composta pelos direitos de solidariedade. Cf. RAMOS, 2015, p. 55-56.

3 RAMOS, 2015, p. 43-44.

Souza Neto e Sarmiento sintetizam com muita propriedade a ideia de “constitucionalização do Direito” e, sobre o assunto, traçam as seguintes explanações:

O fenômeno de constitucionalização do Direito teve causas diversas. Uma delas foi a ampliação das tarefas das constituições, que, a partir do advento do Estado Social, deixaram de tratar apenas da organização do Estado e da garantia de direitos individuais, passando a disciplinar muitos outros temas, como a economia, a família, o meio ambiente, etc.⁴

Após a 2ª Guerra Mundial, tem-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que, como uma autêntica carta de direitos contra a barbárie perpetrada no período, revelou sua natureza universal.

A esse propósito, Bobbio enfatiza que:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca de sua validade⁵.

Ressalta o autor, ainda, que, na história da humanidade, não há um direito absoluto, imutável e intransponível a ponto de não sofrer modificações no tratamento jurídico, como defendiam os jusnaturalistas.

Nesse aspecto, aduz que “[...] não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos”⁶, asseverando, por fim, que:

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. [...] O que parece fundamental numa época e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas⁷.

4 SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 44.

5 BOBBIO, 1992, p. 26.

6 Ibidem, p. 19.

7 Ibidem, p. 18-19.

Dessa forma, a ampliação das perspectivas de reconhecimento dos direitos sociais compõe o resultado de um processo de evolução histórica, “[...] produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação”⁸.

Com o crescimento e a complexidade das relações humanas, especialmente no campo econômico, novos direitos emergiram, merecendo a efetiva tutela do Estado. A legislação fundada unicamente na proteção individual torna-se inadequada, sobretudo quando determinadas condutas possuem a força de lesar, indistintamente, um universo de jurisdicionados.

Nesse passo, o artigo XXII da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 consagra os “direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade”. Além disso, no artigo XXV, há a previsão do direito ao “mínimo existencial”⁹, sendo a tutela dos direitos difusos a maior expressão desse fenômeno, pois preserva o mínimo da dignidade, permitindo a coexistência humana em um Estado Democrático de Direito.

2.2 Os interesses difusos como expressão de bens jurídico-penais

Os direitos sociais, assim como os direitos individuais, passaram a ser objeto de tutela pelo direito penal, dada sua natureza essencial à vida em sociedade. São considerados, por isso, bens jurídico-penais, justificando a incidência da norma penal.

O conceito de bem jurídico penal evoluiu, ao longo do tempo, acompanhando diferentes correntes ideológicas.

A preocupação em estabelecer-se um conceito de bem jurídico penal adveio, em sua maior expressão, no iluminismo, fixando-se como um bem natural definido pela lei e protegido pelo Estado.

⁸ BOBBIO, 1992, p. 32.

⁹ “Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.”

Birnbaum, em 1834, conceituou o bem jurídico como um bem natural definido pela lei e garantido pelo Estado, de ordem individual ou social¹⁰.

Na segunda metade do século XIX, tomou vigor a orientação anti-iluminista na conceituação de bem jurídico, alterando-se o seu “[...] referente empírico, que se desloca dos interesses individuais afetados para o interesse do Estado”¹¹. Desaparece, com Hegel, o bem jurídico com referências à tutela de interesses materiais dos indivíduos, passando-se a tutelar a vontade do Estado¹². Com o positivismo jurídico, Binding reconhece o bem jurídico como a própria norma jurídica, que em si encerrava o conteúdo valorativo do bem, sendo impossível dissociar norma e bem jurídico¹³.

Ferrajoli encerra sua crítica constatando que, neste período, o conceito de bem jurídico assume caráter formalista-tecnicista¹⁴, em que o bem jurídico passa a designar “[...] ‘o fim’ ou a *ratio* da lei penal, ou, inclusive, ‘o direito do Estado às ações ou omissões impostas sob ameaça de pena’, dilatando-se, indefinidamente, até compreender as situações mais vagas de ‘perigo abstrato’ ou ‘presumido’”¹⁵.

Em que pese às críticas de Ferrajoli, Ferri, distinguindo o objeto jurídico genérico do específico, trouxe, além da já existente conotação individualista, a conotação social de bem jurídico:

O genérico é a norma penal, imposta pelo Estado e violada pelo delinqüente. O específico é o direito subjetivo (que, na maior parte dos casos, existe e é regulado e protegido também por outras normas de direito civil, público, etc.) ou realmente ofendido ou posto em perigo – e, na sua falta, o bem ou *bem-interesse* juridicamente protegido pela norma penal e respeitante ou a um indivíduo, ou a uma coletividade, ou à sociedade inteira, juridicamente organizada no Estado ou ainda à sociedade dos Estados¹⁶. [Grifo no original].

10 SMANIO, 2000, p. 69-70.

11 FERRAJOLI, 2002, p. 375.

12 Ibidem.

13 SMANIO, 2000, p. 69-70.

14 Ferrajoli já denunciava o embate acerca dos limites do legislador acerca da criminalização de condutas, tecendo sua preocupação ao que se reconhece como crimes de perigo abstrato, tópico que será abordado mais adiante.

15 FERRAJOLI, 2002, p. 375.

16 FERRI, 1999, p. 382.

Segundo Ferrajoli, após a Segunda Guerra Mundial houve o renascimento de uma cultura do direito penal mais democrática, retomando-se a referência a interesses previamente existentes em relação às normas jurídicas¹⁷. Com Welsel, reestrutura-se o conceito de bem jurídico como um valor ético-social, como “[...] bem vital da comunidade ou do indivíduo protegido penalmente”¹⁸.

No Brasil, temos expoentes da visão positivista-legalista do conceito de bem jurídico penal, como Mirabete, conceituando-o singelamente como “[...] bem-interesse protegido pela lei penal [...]”¹⁹.

Numa outra perspectiva, destacamos a posição de Toledo, que, nitidamente influenciado por Welsel, conceituou bem jurídico como “[...] valores ético-sociais, que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”²⁰.

Os interesses difusos, portanto, traduzem uma categoria jurídica de bens, tutelados pelo Estado, cuja titularidade não se determina pela singularidade do indivíduo, então sujeito de direitos, mas pertencente a uma ordem indeterminável de pessoas que deles se utilizam ou necessitam para sua vida.

No Brasil, pródigo na definição conceitual de “direitos difusos” expressa no art. 81, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor²¹, a Constituição Federal expressa um conjunto de valores fundamentais à vida em sociedade, compondo o patrimônio da sociedade na realização da dignidade da pessoa humana, fundamento da República.

Como bens juridicamente tutelados, os interesses difusos com- põem também uma categoria de direitos, pois segundo Smanio, “[...] quando estes estão protegidos pelas normas jurídicas, também falamos

17 FERRAJOLI, 2002, p. 376.

18 SMANIO, 2000, p. 73.

19 MIRABETE, 2000, p. 126.

20 TOLEDO, 1994, p. 16.

21 “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato [...].”

de direitos, mas relativos às massas, à sociedade e não aos indivíduos particularmente”²². Segundo o autor,

Podemos, assim, conceituar os interesses difusos como aqueles interesses metaindividuais, essencialmente indivisíveis, em que há uma comunhão de que participam todos os interessados, que se prendem a dados de fato, mutáveis, acidentais, de forma que a satisfação de um deles importa na satisfação de todos e a lesão do interesse importa na lesão a todos os interessados, indistintamente.

A proteção dos interesses difusos não ocorre em função de vínculos jurídicos, a indivisibilidade não decorre de relações jurídicas, mas da própria natureza dos interesses, de forma que não é possível que exista satisfação de apenas alguns dos interessados, mas de sua totalidade²³.

Sendo assim, é imprescindível à sociedade a efetiva defesa da ordem econômica, com o objetivo de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, *caput*, da Constituição), do sistema financeiro nacional, visando “promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade” (art. 192 da Constituição), da saúde, “direito de todos e dever do Estado”, visando “à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196 da Constituição), do meio ambiente, “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” (art. 225, *caput*, da Constituição), do patrimônio público (art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição).

Este deve ser o escopo perseguido pela lei penal, conforme o ensinamento de Raposo:

Consequentemente, a definição dos fins do direito penal com pretensões crítica e legitimadora não deve ser realizada a partir da análise das leis penais ordinárias em vigor em uma ordem jurídica determinada, mas deve levar em consideração apenas as opções fundamentais feitas na Constituição, em especial aquelas relacionadas com o modelo de Estado adotado, uma vez que o direito penal, como meio estatal de controle social que é, não pode possuir finalidades que se choquem com os objetivos fixados pelo constituinte ao próprio Estado²⁴.

22 SMANIO, 2000, p. 15.

23 Ibidem, p. 25.

24 RAPOSO, 2011, p. 145.

3 A macrocriminalidade econômica perpetrada pelo colarinho branco

3.1 A origem e definição do termo *colarinho branco*

Sutherland, em 27 de dezembro de 1939, ao expor sua tese na *American Sociological Society*, cunhou a expressão *white collar crime*, conhecida como crime do colarinho branco²⁵, afirmando existir uma delinquência econômica que reúne duas características: o *status* socioeconômico do autor e a conexão do crime com sua atividade profissional²⁶.

Em sua célebre obra *White Collar Crime*, o autor salienta que o crime de colarinho branco “pode ser definido aproximadamente como um crime cometido por uma pessoa de respeitabilidade e alto *status* social no curso de sua atividade”²⁷.

É necessário não perder de vista o posicionamento de Carvalho ao defender a aproximação do crime de colarinho branco com a chamada *delinquência econômica*. A esse propósito, a autora obtempera:

Não usaremos, aqui, a expressão “crime de colarinho branco”, por preferirmos identificar a criminalidade econômica em função do seu bem jurídico, e não em função do tipo do agente, embora não se possa deixar de lado o fato de que a criminalidade econômica tem como agente, via de regra, pessoas de considerável posição social e econômico-financeira, donde a expressão, atribuída a Sutherland, “white collar criminality”. O ser tais crimes próprios de indivíduos de elevada posição social, mostra a faceta mais perigosa deste tipo de criminalidade, em face da tendência reveladora de uma sub-cultura de elite, consistente na aprovação dos infratores bem sucedidos, pelos demais integrantes daquele grupo social elitizado, em uma verdadeira degeneração ética²⁸.

Não obstante a associação terminológica entre os termos *delinquência econômica* e *macrocriminalidade econômica* e os denominados *crimes do colarinho branco*, aqueles acabaram por diluir “o originário

25 Segundo Thompson, a expressão *white collar crimes*, traduzida ao pé da letra, seria “crimes de paletó e gravata”. Preferimos, no entanto, a expressão “crimes do colarinho branco” por ser a adotada pela doutrina nacional. Cf. THOMPSON, 1998, p. 55.

26 SUTHERLAND apud FELDENS, 2002, p. 115-116.

27 SUTHERLAND, 2016, p. 85.

28 CARVALHO, 1992, p. 109.

componente classista contido na expressão *white collar crime*²⁹, originariamente designado para demonstrar os criminosos de mão rica, que lesam valores e bens de ordem difusa.

Todavia, como salienta Feldens, “[...] a discussão terminológica sobre o tema em absoluto retira a lucidez da designação, a qual permite uma fácil e imediata associação entre o delinquente e a espécie de delinquência por ele patrocinada”³⁰.

Dessa forma, os crimes de colarinho branco estão umbilicalmente ligados aos delitos econômicos, sendo estes a expressão de uma criminalidade que lesa a ordem econômica do Estado, dado o caráter transindividual do bem jurídico lesado.

É nesse contexto que o termo colarinho branco é alvo de análise, considerando-se, para isso, o seu *status* socioeconômico e a atividade empresarial como *modus operandi* para a prática dos crimes.

3.2 A extensão do dano produzido pelo crime de colarinho branco

A macrocriminalidade econômica é o que mais exemplifica o dano produzido pelos delitos de colarinho branco.

É mister ressaltar que a ordem econômica, bem jurídico tutelado pelo direito penal, abrange toda a estrutura estatal, objetivando “[...] assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”, princípio assumido pela CRFB/1988, expressamente disposto no art. 170, no capítulo “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica”.

Reconhecendo-se a imperatividade da ordem econômica na CRFB/1988, briosos é a missão do direito penal em face da nova ordem constitucional, qual seja: combater a macrocriminalidade econômica.

A definição de Pinto, categoricamente, reúne as características da macrocriminalidade econômica:

Percebe-se que a *macrocriminalidade econômica* – ou criminalidade econômica empresarial – possui como atributos o cunho patrimonial, o abuso

29 FELDENS, 2002, p. 117.

30 Ibidem.

no exercício de atividades empresariais, o conteúdo variado, a multiplicidade e a dispersão dos lesados e a escassa repulsa social. A criminalidade merece um processo de reflexão especial e apartado, uma vez que a sociedade, de forma global, não vislumbra que sobre ela recai o ônus dessa criminalidade a partir da omissão do Estado na realização ou efetivação de diversos direitos que devem ser assegurados pelo *Welfare State*. A repulsa social em relação aos “desviantes” é insignificante frente ao dano causado à população vitimada por genocídios econômicos causados de modo transindividual, coletivo ou difuso³¹. [Grifo no original].

Nesse diapasão, o crime, assumindo uma nova estrutura, tem o condão de comprometer o próprio Estado Democrático de Direito. Todo delito contra a ordem econômica, somado à escassa (ineficiente/ineficaz) fiscalização estatal e ao “repúdio cultural à penalização”³², tende a se propagar na vida social como uma prática aceitável, visto que o patrimônio particular, ainda considerado o centro gravitacional do nosso sistema penal, é violado de forma indireta.

Sutherland, após analisar as condutas de setenta grandes empresas industriais e mercantis, condenadas por diversos atos ilícitos nos Estados Unidos, constatou a extensão do dano produzido, muito embora apenas 16% das condutas tenham sido objeto de condenação criminal, o que demonstra quão danosa é a criminalidade econômica em contraposição à criminalidade tradicional. Para o autor:

As pessoas afetadas podem ser divididas em dois grupos: primeiro, um número relativamente pequeno engajado na mesma ocupação do ofensor ou em ocupações com esta relacionadas; e segundo, o público em geral, tal como consumidores ou participantes de instituições sociais que foram afetadas pelas violações da norma³³.

Pozzobon, Noronha e Dallagnol, com muita propriedade, exemplificam as consequências da criminalidade econômica:

Como no caso dos traficantes contumazes, o risco à sociedade causado pela liberdade dos corruptos e corruptores habituais exige que eles se-

31 PINTO, 2001, p. 29.

32 Três (2006) foca sua análise crítica na sociedade capitalista que “[...] Desqualifica o ‘status’ criminal da delinquência econômica, relegando-a, no máximo, à punibilidade apenas administrativa e/ou cível, sustentando que a dita criminalidade contra a ordem tributária, sistema financeiro, consumidor, enfim, empresarial, reflete ‘streptus’, risco, próprio, indissociável do sistema econômico-político imperante, o capitalismo”.

33 SUTHERLAND, 2016, p. 85.

jam afastados dos meios que permitem a continuidade do crime. Com efeito, se mantidos soltos, continuarão a ter acesso e influência sobre as decisões, as pessoas e os recursos que perpetuarão crimes, dentro de um contexto da prática de corrupção como modelo de negócio e de gestão da coisa pública que se estendeu por mais de uma década.

Além disso, a gravidade do tráfico não supera a da corrupção. Os desvios bilionários da corrupção corroem a saúde pela ausência de saneamento básico. Matam pela ausência de hospitais, aparelhos e medicamentos para atendimento. Fortalecem organizações criminosas pela educação e segurança deficientes, propiciando o aumento da violência e da marginalização. Geram um Estado paralelo, que governa para interesses privados. Para além do tráfico, a corrupção mina perigosamente a confiança da população nas instituições e no regime democrático³⁴.

Carvalho, por sua vez, trata das consequências do fenômeno macrocriminal, definindo qual o caminho a ser percorrido pelo direito penal:

Destarte, protegendo o Direito Penal a integridade da ordem necessária para que o fenômeno econômico possa cumprir os fins propostos constitucionalmente, o delito contra a ordem econômica tem de ser tipificado, dentro dos fatos perturbadores dessa ordem. No âmbito dessa elasticidade, podem ser enquadrados todos os grandes crimes empresariais que, visando ao lucro ilícito e desmensurado, se ponham em oposição aos objetivos constitucionais, pertinentes ao desenvolvimento e à justiça sociais. Cuida-se, aqui, de um verdadeiro crime constitucional, que não se encontra na micro, mas na macrocriminalidade. Os bens jurídicos, protegidos com o reconhecimento desses delitos, são relevantes na hierarquia dos bens jurídicos constitucionais. Encontram-se ínsitos na idéia de justiça, perseguida pela Constituição, justiça valorada pelo social, pela exaltação do trabalho fundamentado na dignidade da pessoa humana, no desenvolvimento nacional com a redução das desigualdades sociais, na promoção do bem de todos, na prevalência dos direitos humanos, no reconhecimento e proteção dos direitos sociais, na defesa de uma ordem financeira capaz de assegurar, a todos, uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (cf., entre outros, os artigos 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 170 e 192 da Constituição Federal)³⁵.

Com essas premissas, verifica-se a dificuldade de aferição do resultado danoso oriundo dos crimes econômicos e, por consequência, de sua reprovabilidade social, mormente no seio acadêmico e perante a opinião pública.

34 POZZOBON; NORONHA; DALLAGNOL, 2015.

35 CARVALHO, 1992, p. 107.

3.3 Os limites à criminalização dos delitos de colarinho branco – breve análise dos crimes de perigo abstrato

Em que pese o reconhecimento da magnitude do dano econômico produzido pelos crimes de colarinho branco, constata-se certa dificuldade em mensurar sua extensão (e daí, por consequência, sua reprovabilidade social), seja no seio acadêmico, seja perante a opinião pública.

Isto porque o dano é, *prima facie*, indetectável, imensurável, não obstante visto no mundo empresarial com a pecha de *risco abstrato*, tendo apenas o Estado como vítima.

Assim, é característica natural dos delitos de colarinho branco a aparente licitude das condutas, gerando um falso distanciamento entre a conduta e o resultado.

Não obstante, ainda que haja a natural dificuldade em medir-se o resultado lesivo direto aos bens jurídicos transindividuais, porque desvinculados da esfera do direito individual, não se pode negar a legitimidade em criminalizarem-se condutas de perigo concreto ou mesmo de perigo abstrato, este objeto de maiores polêmicas.

Nesse ponto, é interessante esclarecermos a diferença entre crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato. Segundo Toledo:

Nos de perigo concreto, a realização do tipo exige constatação, caso a caso, de perigo real, palpável, mensurável. Nos de perigo abstrato, ao contrário, dispensa-se essa constatação, por se tratar de perigo presumido de lesão, como ocorre na formação de quadrilha ou bando (art. 288), punível ainda quando a associação de malfeitores não chega a cometer os crimes a que se propunha³⁶.

Ainda que a lesão efetiva, ou mesmo o perigo concreto de lesão, sejam dispensados nos delitos de perigo abstrato, a liberdade de conformação do legislador ordinário não é irrestrita, pois, como já salientado, a Constituição representa o limite ao exercício dos mandados de criminalização (expressos no texto constitucional ou implícitos, estes extraídos dos princípios constitucionais)³⁷.

³⁶ TOLEDO, 1994, p. 143.

³⁷ Nesse sentido, Raposo (2011, p. 117): “Assim, não se pode negar a importância das opções gerais fundamentais e do modelo de Estado adotados pelo constituinte para fins de legitimação e limitação material do *ius puniendi*”.

Além disso, os bens transindividuais previstos, expressa ou implicitamente, na Constituição Federal, merecem, na sociedade atual, uma efetiva tutela pelo ordenamento jurídico, sendo o direito penal um instrumento a ser utilizado para a proteção de bens jurídicos essenciais à vida, à liberdade, à ordem social, à ordem econômica, ao meio ambiente.

Acerca da legitimidade da criminalização dos delitos de perigo abstrato, Raposo conclui:

Na realidade, o fato de se tratar de um comportamento prévio a uma situação de lesão ou de perigo concreto não torna ilegítima essa opção legislativa, pois a real probabilidade – baseada em dados fáticos ou em conhecimentos científicos já consagrados – de afetação grave do patrimônio de milhares (ou mesmo de milhões) de pessoas, justifica plenamente a imposição de uma sanção tão ou mais grave do que aquela aplicável a alguns atos de lesão³⁸.

No entanto, sabe-se que a tutela dos delitos de perigo abstrato encontra forte resistência de uma parcela da doutrina, em especial dos adeptos da Escola de Frankfurt, por meio das concepções de Winfried Hassemer, seu maior defensor³⁹.

Em contrapartida, a legitimidade da criminalização dos crimes de perigo abstrato, se mantido o parâmetro de referibilidade aos valores constitucional, essenciais à vida em sociedade, é bem defendida por Raposo:

[...] não se pode descartar genericamente, como fazem os adeptos da Escola de Frankfurt, a possibilidade de criminalização de condutas que atentem contra certos bens coletivos e abstratos que não guardam referibilidade a um indivíduo concreto, pois o que é fundamental para a legitimidade destes bens não é a sua ligação com um interesse individual determinado, mas sim sua essencialidade para a manutenção de uma vida livre e pacífica em sociedade e sua vinculação ao texto constitucional⁴⁰.

38 RAPOSO, 2011, p. 171.

39 A doutrina partilhada pela Escola de Frankfurt defende que o direito penal tem como limite a tutela dos bens jurídicos clássicos (*v.g.*, vida, patrimônio individual, liberdade etc.), sob pena de abrir-se o campo do arbítrio estatal na criminalização de condutas vagas sem o necessário pressuposto da lesão ou perigo de lesão a um bem ligado a um indivíduo concretamente considerado, o que resulta em perigosa flexibilização das garantias fundamentais previstas nas constituições.

40 RAPOSO, 2011, p. 145.

Nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

[...] 2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A Lei 10.826/2003

(Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional⁴¹.

Portanto, o discurso minimalista da desnecessidade de criminalização dos delitos de colarinho branco perde força quando constatamos que esta modalidade criminosa afeta não só o Estado, mas a economia, espalhando-se, por consequência, pela sociedade como um todo.

Em suma, não há dúvida de que a prática da criminalidade econômica, cujos efeitos são sentidos diretamente pelos cidadãos, usuários dos diversos serviços públicos nas áreas da saúde, educação, segurança pública, meio ambiente etc., corrói o Estado, rebaixando o nível de vida e promovendo um retrocesso social.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus n. 102087* – Minas Gerais. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Mello. Relator p/ acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28102087%2E%2E%2E+OU+102087%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hc8by7j>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

3.4 O papel da teoria da associação diferencial e a propagação (banalização) do delito de colarinho branco

As práticas danosas dos delitos de colarinho branco, muito embora configurem crimes e produzam resultados destrutivos aos bens jurídicos difusos, constitucionalmente tutelados, encontram, no ambiente empresarial, o instrumento perfeito para sua gênese e difusão na sociedade.

Essa modalidade de crime representa verdadeira “economia à parte”⁴², traduzindo-se em um autêntico “*modus vivendi* entre a legalidade e a ilegalidade, entre a economia legal e a irregular, vale dizer, uma relação simbólica entre ambas”⁴³.

Fernández ratifica essa constatação ao explicar o motor psicológico que move a delinquência econômica. Para o autor,

[...] num mercado de forte concorrência, a deslealdade se produz quando se esgotam as possibilidades legais de luta. Nesta situação, quem primeiro delinque acaba pressionando o resto à comissão de novos fatos delitivos (efeito de ressaca), e cada participante se converte assim no centro de uma nova ressaca (efeito de espiral). Este efeito de especial contágio se encontra facilitado porque o autor potencial é consciente do número enorme de delitos econômicos, da importância da cifra negra e da benignidade das penas previstas nas leis, suscitando uma imagem amável e positiva do criminoso⁴⁴.

As características envoltas do crime de colarinho branco servem como escudo para salvaguardá-lo das estatísticas criminosas, garantindo a cifra negra da criminalidade das classes privilegiadas.

Sutherland, aprofundando sua análise sobre a criminalidade econômica, desenvolveu estudos acerca da teoria da associação diferencial. Para ele, o centro gravitacional da teoria não é a personalidade como fator de produção do crime, mas sim o fato de que “[...] um indivíduo se converte em criminoso quando as interpretações desfavoráveis da lei preponderam sobre as favoráveis, residindo, neste particular, o princípio da associação diferencial”⁴⁵.

42 SILVA, 1980, p. 45.

43 Ibidem, p. 46.

44 FERNÁNDEZ apud CALLEGARI, 2003, p. 25.

45 SUTHERLAND apud FELDENS, 2002, p. 128.

E prossegue o autor:

A hipótese da associação diferencial indica que o comportamento criminoso é aprendido em associação com aqueles que definem de forma favorável tal comportamento criminoso e em isolamento daqueles que o definem de forma desfavorável. A pessoa em uma situação apropriada se engaja em tal comportamento criminoso se, e somente se, o peso das definições favoráveis excede o peso das definições desfavoráveis⁴⁶.

Assim, compreende-se a tendência de os delitos do mundo político e empresarial, cometidos pelos setores mais poderosos economicamente da sociedade, difundirem-se como práticas normais, revestidas de aparente licitude. A *erva daninha* desses delitos, absorvida pela prática desses setores da sociedade, é impulsionada pela interpretação favorável das vantagens que tais condutas podem proporcionar, aliada à distância entre o dano e a vítima direta.

Diante disso, a sonegação fiscal passa a ser um ato de rebeldia contra a *voracidade fiscal* do Estado; a compra de votos nas eleições, uma prática *aceita e necessária*, principalmente em municípios pequenos, onde o contato do alcaide com o eleitorado é feito corpo a corpo; o *propinoduto*, uma prática empresarial no *mercado* dos contratos públicos etc.

O caso Lava Jato, considerado o maior escândalo de corrupção no Brasil, evidencia um exemplo claro de como a associação diferencial atua na propagação da atividade criminosa, em especial nos delitos de colarinho branco, conforme fundamento do Juízo na sentença exarada na Ação Penal n. 5083258-29.2014.4.04.7000/PR:

[...] 376. Como, porém, há notícias de que as propinas eram pagas até por empresas não cartelizadas, de se concluir, na esteira das declarações de alguns dos acusados, que as propinas haviam se tornado “rotina” ou a “regra do jogo”, sequer tendo os envolvidos exata compreensão do porquê se pagava ou do porquê se recebia.

377. Quando a corrupção é sistêmica, as propinas passam a ser pagas como rotina e encaradas pelos participantes como a regra do jogo, algo natural e não anormal, o que reduz igualmente os custos morais do crime. [...]⁴⁷.

46 SUTHERLAND, 2016, p. 351.

47 BRASIL. Justiça Federal – Seção Judiciária do Paraná. *Ação Penal n. 5083258-29.2014.4.04.7000/PR*. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Waldomiro de Oliveira e outros. 13ª VARA FEDERAL CRIMINAL DE CURITIBA. Curitiba, 20 jul. 2015. Disponível em: <http://www.prpr.mpf.mp.br/pdfs/2015-1/lava-jato-1/sentenca_camargo%20e%20correa%20e%20ut.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2017.

A tese defendida por Sutherland contribui para a análise dessa modalidade criminosa, constatando-se a construção seletiva em que são erguidas as bases do direito penal. O fenômeno associativo termina por gerar uma expansão da criminalidade, pois o lucro e a impunidade induzem à prática do crime econômico, numa verdadeira progressão geométrica⁴⁸.

4 A crise na valoração dos bens jurídicos supraindividuais

Ao dissertar sobre a problemática da escolha dos bens que merecem a tutela do direito penal, Ferrajoli reconhece, de um lado, os extremados axiomas éticos, nos quais os bens jurídicos são a expressão da vontade do legislador, e, de outro, os estreitos conceitos iluministas que

[...] identificam os bens jurídicos como 'direitos' ou 'interesses individuais', tornando tais escolhas inidôneas para justificar a proibição de condutas como a corrupção, a malversação ou a fraude fiscal, lesivas de bens públicos ou coletivos⁴⁹.

Categoricamente, Feldens, influenciado pelas ideias de Streck, denuncia a problemática:

A crise entremostra-se, assim, institucionalizada. No âmbito do Direito, o que nos autoriza a dizê-la ocorrente são tanto essas esparsas e cotidianas manifestações exteriores fruto de sua disfuncionalidade frente às transformações das estruturas sociais quanto os arcaicos paradigmas teóricos em que estão assentados os operadores jurídicos, arraigados a um modelo normativista de cunho liberal-individualista de produção do Direito (Streck) que há muito se revelou altamente dissociado da realidade fática cambiante que se apresenta diante de nossos olhos.

[...] É incontroverso que dispomos de uma obsoleta e analógica dogmática jurídica, a qual, porque constituída ao atendimento da criminalidade clássica, tem-se revelado incapaz de acompanhar a crescente criminalidade digitalizada⁵⁰.

48 SILVA, 1980, p. 71.

49 FERRAJOLI, 2002, p. 377.

50 FELDENS, 2002, p. 21-22.

Nessa esteira, é de todo oportuno gizar a máxima de Beccaria de que “[...] todo ser sensível apenas se interessa pelos males que conhece”⁵¹. O respeitável autor, ainda no século XVIII, tecendo sua análise acerca dos delitos de contrabando, identificou que a opinião pública não empresta nenhuma infâmia sobre aquele que os comete, se comparados a outros delitos, podendo ser incluídos, aqui, os delitos de colarinho branco:

Por que, pois, o contrabando, que é um roubo feito ao príncipe, e por conseguinte à nação, não acarreta a infâmia sobre aquele que o exerce? É que os delitos que os homens não consideram diretamente nocivos aos seus interesses não afetam bastante para excitar a indignação pública. Assim é o contrabando. Os homens, sobre os quais as consequências remotas de um ato só produzem impressões fracas, não vêem o dano que o contrabando pode causar-lhes. Chegam mesmo, às vezes, a retirar dele vantagens momentâneas. Não vêem senão o mal causado ao príncipe, e, para recusarem estima ao culpado, só têm uma razão premente contra o ladrão, o falsário e alguns outros criminosos que podem prejudicá-los pessoalmente⁵².

A opinião pública também trata dessa forma os delitos de colarinho branco, nos quais, segundo Três, “[i]nexiste ‘*locus delicti*’. É onipresente, difuso. É perpetrado, simultânea ou sucessivamente, em várias localidades do território [...]”⁵³. Não obstante, “[t]ambém não há ‘*tempus delicti*’. O tempo que medeia execução e consumação não é sequer quantificável”⁵⁴.

Nesse passo, necessário se faz mencionar o entendimento de Sutherland, ao defender a ausência de comoção pública como fator de “atuação diferenciada da lei na área do crime de colarinho branco”, que preconiza:

As violações da lei praticadas pelos homens de negócio são complexas e seus efeitos são difusos. Elas não são simples e não decorrem de um ataque direto de uma pessoa contra a outra, como ocorre num assalto ou numa lesão corporal. Muitos dos crimes de colarinho branco só podem

51 BECCARIA, 1999, p. 78.

52 Ibidem.

53 TRÊS, 2006.

54 Ibidem.

ser visualizados por pessoas que são especialistas na atividade onde ocorreu o delito. É comum uma empresa violar uma lei por uma década ou mais antes que as agências estatais ou o público venha a descobrir a violação. Os efeitos desses crimes podem ser difundidos por um longo período de tempo e talvez recaiam sobre milhões de pessoas, mas não geram muito sofrimento para uma pessoa específica num momento específico⁵⁵.

Logicamente, somado ao *status* social do empreendedor, o colarinho branco encontra um ambiente perfeito para a prática da criminalidade, pois a sociedade não percebe o ônus (dano ou perigo de dano) que lhe recai.

A quase impossibilidade da prisão em flagrante do autor desses crimes distancia o clamor público pela punição, tendo em vista que a execução é, na maioria das vezes, escamoteada pela aparência de legalidade, revestida de operações empresárias ou bancárias. Não raro, se faz necessário corpo técnico especializado para identificar a materialidade do delito (*v.g.*, auditorias etc.).

Essa característica dos crimes de colarinho branco também é defendida por Três, ao asseverar que:

“A fortiori”, dada a abstração das vítimas, vez que difusas, alheias à epidérmica sensibilização do *“locus delicti”*. Sabido que a imediatidade entre agressor e ofendido, acalorada pela flagrância da delinquência (concretização), incrementa o clamor da Sociedade e a diligência das autoridades pela Justiça, *“a contrario sensu”*, o distanciamento (abstração) distensionam a pressão pela Justiça. *Ipsa facto*, no *colarinho branco*, fala-se em vítimas abstractas ou distantes [...]”⁵⁶.

A associação de condutas delituosas, inserida no seio das atividades profissionais, aliada à “[...] aparência de licitude dos fatos cometidos no campo empresarial, o deliberado anonimato e o distanciamento entre autor e vítima, aquele detrás sempre de uma pessoa jurídica [...]”⁵⁷, bem como o poder do colarinho branco na manipulação da opinião pública, desviando a sua atenção para a “[...] delinquência convencional, sobretudo a violenta, que é a única, dizem, perigosa para a paz, segurança e prosperidade da nação”⁵⁸, fomentam a crise

55 SUTHERLAND, 2016, p. 103.

56 TRÊS, 2006.

57 GOMES, 1996, p. 77-78.

58 Ibidem, p. 79.

de valores jurídico-penais, dificultando o redimensionamento da importância dos bens jurídicos atingidos por tais delitos, o que gera, por consequência, a impunidade em diversas situações.

Dessarte, observa-se uma barreira a ser transposta, a fim de que se supere a crise de “[...] identificação (reconhecimento) social dos bens (valores) a serem juridicamente protegidos [...]”⁵⁹, para, depois, trazê-los efetivamente à tutela do direito penal.

O caráter subsidiário do direito penal, contudo, não invalida a necessidade da intervenção eficaz desse ramo do direito no combate aos crimes de colarinho branco.

Isso porque os bens jurídicos de natureza difusa, especialmente a ordem econômica, construídos “[...] pelo devir histórico-social, nomeadamente movido pelo intervencionismo do Estado moderno no desenrolar da economia”⁶⁰, são bens fundamentais para a vida em sociedade.

Sendo assim, a proteção dos bens jurídicos supraindividuais ganha um novo paradigma analítico voltado para o homem, na sua condição de ser relacionado numa comunidade juridicamente organizada, titular de direitos individuais e de deveres perante a sociedade.

Nesse contexto, Feldens enfatiza o grau de antissociabilidade da conduta presente nos crimes do colarinho branco:

Talvez tão complexa quanto essa tarefa de reconhecimento e caracterização das objetividades jurídicas junto ao meio social seja aquela respeitante à definição em torno de qual perspectiva – ou seja, a partir de que (ou qual) *locus* – é que realizaremos, de forma prioritária, sobredita análise, notadamente se a partir de uma inspiração individualista do ser (ser enquanto ser), ou se, para além disso, desde uma concepção deste ser como ente de relação social, então detentor não apenas de direitos, mas, por igual, de obrigações (deveres) em face de seus pares. Essa definição nos será especialmente importante no intuito de aquilatarmos, dentro de uma escala de valores, quais aqueles que se postam, em face de outros, numa situação de preponderância, a exigirem, por conseguinte, uma mais efetiva proteção penal⁶¹.

59 FELDENS, 2002, p. 52.

60 FERNANDES, 2001, p. 84.

61 FELDENS, 2002, p. 53.

É nesse ambiente ideológico que se chegará a uma reflexão para valoração dos bens, em que o raio de ação dos Poderes Legislativo e Judiciário deve, também, concentrar-se.

4.1 Exemplos da crise na valoração dos bens jurídicos vitimados pelo colarinho branco – violações ao princípio da proporcionalidade

A partir da análise de alguns institutos que compõem a legislação penal brasileira, constata-se que a crise de valores tutelados pelo direito penal é, de fato, institucionalizada. Exemplos não faltam dessa discrepância.

No plano dogmático, tem-se, como exemplo categórico da tutela exacerbada do patrimônio particular em detrimento do patrimônio coletivo, o preceito secundário do crime de furto qualificado, que comina uma pena de dois a oito anos de reclusão, quando comparado à pena cominada ao crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, que é de dois a cinco anos de reclusão.

Nesse aspecto, percebe-se que a pena do crime material contra a ordem tributária é ineficaz, insuficiente e em despropósito à defesa do bem difuso juridicamente tutelado.

Assim, a título de exemplo, se um indivíduo resolve pular o muro de uma residência, demonstrando certa destreza, e ali furta um bem, sua conduta é, no plano normativo, mais grave que a conduta daquele que sonega desde valores irrisórios até vultosas quantias. E, o que é ainda mais perturbador, se ausentes eventuais circunstâncias judiciais negativas, circunstâncias agravantes e causas de aumento de pena, ambos receberão a pena mínima de dois anos de reclusão, por ser idêntica nos delitos em análise. Além dessa, outras situações fazem a discrepância saltar aos olhos.

Feldens, ao tratar da questão, nos conduz à conclusão de que os conflitos protagonizados por *Tício versus Mévio*, que ilustram os delitos patrimoniais aos borbotões, revelam o gritante desequilíbrio na tutela do patrimônio individual em relação ao patrimônio público:

Na hierarquia estrutural do sistema de tipos e sanções penais que corporifica nosso Código Penal, se “a” e “b” (ou Caio e Tício, para empres-

tar vassalagem aos manuais), trombarem contra a vítima “c” (Mévio, certamente), tomando-lhe alguns trocados (art. 157, § 2º, II, do CP), receberão uma pena mínima (5 anos e 4 meses de reclusão) equivalente ao dobro daquela que seria cabível para a mais estrondosa das sonegações fiscais (2 anos e 8 meses de reclusão, a teor do art. 1º da Lei n. 8.137/90, com a majorante do art. 12, I, da mesma lei)⁶².

Em diversos crimes previstos no Código Penal, observa-se que, na prática, a pena cominada ao delito é ínfima e ineficaz à efetiva punição.

À guisa de corroboração, merece ser citada a pena cominada aos delitos de peculato, concussão, corrupção passiva e corrupção ativa, previstos nos arts. 312, 316, 317 e 333 do Código Penal, respectivamente. É consabido que se trata de crimes que atingem diretamente o patrimônio da Administração Pública, bem como os serviços públicos atribuídos a ela. Tais crimes, comumente praticados por intermédio de pessoas jurídicas, o que denota o *modus operandi* dos crimes de colarinho branco, possuem a pena mínima de dois anos de reclusão.

Não há dúvida nenhuma de que, indiferentemente do *quantum* do prejuízo material causado, a pena de prisão dificilmente alcançará o infrator, em virtude do instituto da substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, aplicável nas condenações cuja pena não supere quatro (anos), e o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça, consoante se extrai do art. 44, inciso I, do Código Penal.

Nesse raciocínio, Dallagnol, de modo esclarecedor, expõe as consequências das penas irrisórias aos delinquentes do colarinho branco:

Vivemos no paraíso da impunidade dos colarinhos brancos. A pena da corrupção, no Brasil, é uma piada de mau gosto. Embora a pena máxima, de 12 anos, impressione, a tradição nacional orienta que a punição fique próxima à mínima, que é de 2 anos. Uma pena inferior a 4 anos, quando não é cumprida em regime aberto, em casa e sem fiscalização (na falta de casa de albergado), é substituída por penas restritivas de direitos – ou seja, prestação de serviços à comunidade e doação de cestas básicas. Para piorar o cenário, decretos de indulto natalino determinam a extinção dessas penas após apenas um quarto delas terem sido cumpridas, ainda que penas alternativas não gerem superlotação carcerária, a qual o indulto, em tese, buscaria remediar. Além de ser baixa, a pena

62 FELDENS, 2002, p. 58.

raramente é aplicada contra colarinhos brancos. Ela prescreve. Advogados habilidosos, contratados a peso de ouro – do nosso ouro, desviado dos cofres públicos – manejam petições e recursos protelatórios sucessivos até alcançarem a prescrição e, conseqüentemente, a completa impunidade dos réus. O sistema estimula a barrigada⁶³.

O direito penal enraizado na cultura da tutela do patrimônio individual produz, nos dizeres de Salgado, um discurso de resistência favorável ao colarinho branco, utilizando-se de mecanismos que minimizam os danos perpetrados pelos delitos econômicos e de técnicas neutralizadoras das estruturas punitivas estatais, entre elas o direito penal. Como exemplo, o autor constata “uma política reducionista, de clara aproximação das sanções penais às sanções cíveis”⁶⁴.

A necessidade de readequação das penas desses crimes é tão premente que o Projeto de Lei n. 4.850/2016 (As Dez Medidas contra a Corrupção) tem como uma das propostas o aumento da pena mínima cominada aos delitos de peculato, concussão, corrupção passiva e corrupção ativa para quatro anos de reclusão, diferentemente dos dois anos atualmente previstos, numa clara tentativa de dar um mínimo de efetividade à tutela penal nos delitos de corrupção em geral.

Na seara da sonegação fiscal, a legislação há muito prevê a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo.

Grande aplicação pelo Poder Judiciário obteve o art. 34 da Lei n. 9.249/1995, que ripristinou o art. 14 da Lei n. 8.137/1990, antes revogado e que previa o instituto⁶⁵.

O benefício legal, estendido aos agentes que sonegaram contribuições previdenciárias, foi objeto, inclusive, de interpretações, incluindo o mero parcelamento do débito tributário como causa de extinção da punibilidade, consoante este julgado do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NÃO-RECOLHIMENTO. PARCELAMENTO DO DÉBITO. DESCUMPRIMEN-

63 DALLAGNOL, 2015.

64 SALGADO, 2010, p. 60.

65 “Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.”

TO. OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE OPERADA COM O ACORDO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

O parcelamento do débito fiscal ocorrido antes do recebimento da denúncia, na esteira do que preceitua o art. 34 da Lei n.º 9.249/95, causa a extinção da punibilidade pelo pagamento, não cabendo, a partir daí, qualquer possibilidade de abertura da ação penal, mesmo que inadimplidas algumas parcelas do acordo⁶⁶.

O instituto foi reproduzido em legislações posteriores, como a Lei n. 9.964/2000, instituindo o programa de recuperação fiscal – REFIS, que, no seu art. 15, *caput* e § 3º, ampliou as hipóteses de extinção da punibilidade para os crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990 e no então art. 95 da Lei n. 8.212/1991, determinando a extinção da punibilidade desde que o agente relacionado com a pessoa jurídica devedora promovesse o pagamento do tributo e acessórios antes do recebimento da denúncia.

Com o advento da Lei n. 9.983/2000, incluindo no Código Penal os crimes de apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária, criaram-se duas hipóteses de extinção da punibilidade nesses crimes: a do art. 168-A, § 2º, e a do art. 337-A, § 1º, respectivamente, *in verbis*:

Art. 168-A. [...] § 2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal. [...]

Art. 337-A. § 1º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

A Lei n. 9.249/1995, por ser mais benéfica, continuou tendo aplicação nos tribunais, não se fazendo distinção entre a espécie de tributo e não havendo justificativa para instituir tratamento diferenciado; permaneceu, para qualquer caso, a extinção da punibilidade pelo pagamento antes do recebimento da denúncia.

66 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n. 29.082-SP*. Impetrante: José Roberto Ozeliero Spoldari. Impetrado: Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Paciente: Pedro Luiz Poli. Relator: Min. José Arnaldo. Brasília, DF, 16 mar. 2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/stjimagem/frame.asp?browser=true Hp.29082>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

No ano de 2003, o tratamento privilegiado ampliou sua aplicabilidade com a edição da Lei n. 10.684/2003, denominada PAES – Parcelamento Especial –, que retirou o marco temporal previsto na lei anterior, permitindo a suspensão da pretensão punitiva

referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver no regime de parcelamento.

No entanto, efetuado o pagamento dos débitos a qualquer tempo, mesmo após o recebimento da denúncia, é aplicável a extinção da punibilidade, conforme redação do art. 9º, § 2º, da referida lei.

Por fim, o art. 83, § 4º, da Lei n. 9.430/1996, com a redação dada pela Lei n. 12.382/2011, manteve o instituto da extinção da punibilidade pelo pagamento dos tributos, desde que estes tenham sido objeto de parcelamento feito antes do recebimento da denúncia, conforme tem firmado a jurisprudência⁶⁷.

Em que pese a nova lei manter a vinculação do pagamento e, por consequência, a extinção da punibilidade condicionada à realização do parcelamento tributário antes do recebimento da denúncia, estamos diante de *abolitio criminis*⁶⁸ disfarçada de causa extintiva de punibilidade, ocultando a real intenção do legislador em criar dispositivo dessa natureza, qual seja: a de forçar o pagamento do

67 *EMENTA: PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ART. 83, § 2º, DA LEI Nº 9.430/96. SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA E DO CURSO PRESCRICIONAL. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. LEI Nº 12.382/11. PARCELAMENTO FORMALIZADO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. 1. O parcelamento realizado através da Lei 10.522/02, chamado ordinário, o qual está sempre à disposição do contribuinte, tem caráter geral, atraindo a incidência da Lei nº 12.382/11. 2. Assim, apesar de o recorrente encontrar-se com os débitos parcelados, adimplindo corretamente as prestações e estar com a exigibilidade suspensa, na esfera fiscal, certo é que a alteração trazida pela Lei nº 12.381/11 ao art. 83, § 2º, da Lei nº 9.430/96 impede a suspensão da pretensão punitiva se o parcelamento não foi realizado antes do recebimento da denúncia. Cf BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Recurso Criminal em Sentido Estrito n. 5003678-43.2016.404.7205/SC*. Recorrente: Paulo César Busarello. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Juiz Federal Guilherme Beltrami. Porto Alegre, RS, 13 de setembro de 2016. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8297840>. Acesso em: 3 jan. 2017.*

68 Ocorre a chamada *abolitio criminis* quando a lei nova já não incrimina fato que anteriormente era considerado ilícito penal. Dispõe o art. 2º, *caput*, do Código Penal: “Ninguém pode ser punido por fato que a lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”.

tributo com a ameaça de pena, caso não seja pago. Se o erário é a única razão de ser da criminalização da sonegação fiscal, estamos diante de um direito penal que ameaça e não pune, sendo apenas instrumento coator de arrecadação fiscal.

Parafraseando Feldens: “não seria exagero caricaturar o magistrado como um cobrador de tributos; e a denúncia, um carnê de cobrança”⁶⁹.

Os exemplos nos autorizam a concluir que a defesa de valores fundamentais da sociedade, constitucionalmente tutelados, merece uma nova roupagem do direito penal, elevando-os à categoria de bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade.

Essa crise de valores, dantes denunciada, reflete ataque direto ao princípio da proporcionalidade, na sua vertente da vedação à proteção deficiente.

A vedação à proteção deficiente, no campo criminal, foi bem delineada pelo ministro Gilmar Mendes no HC n. 104.410, de sua relatoria, Segunda Turma, julgado em 6.3.2012:

[...] A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente [...].⁷⁰

69 FELDENS, 2002, p. 199.

70 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus n. 104410* – Rio Grande do Sul. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Relator do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 984616 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 6 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28104410%2E%2E+OU+104410%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=ht tp://tinyurl.com/nopt7dh>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

Segundo André de Carvalho Ramos:

No Estado Democrático de Direito, no qual o Estado deve intervir na vida social para assegurar uma sociedade justa e solidária (art. 3º da CF/88), a proibição de insuficiência fixa um mínimo de proteção adequada, necessária e proporcional em sentido estrito a um direito, que sofre a omissão do Estado ou mesmo colisão com outros direitos⁷¹.

Pelo exposto, sabido que três elementos integram o conceito de proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), a defesa dos bens jurídicos de natureza difusa deve ser efetiva, evitando-se a cominação e/ou aplicação de penas irrisórias, em franca mitigação aos deveres constitucionais que obrigam todos a zelar pela ordem econômico-financeira do Estado.

Sendo assim, a criminalização de condutas que agridem bens jurídicos de ordem difusa, fundamentais para a vida em sociedade, deve ser efetiva, com penas cominadas adequadas e proporcionais à punição do criminoso.

5 Conclusão

Considerando os argumentos apresentados no decorrer deste estudo, verifica-se que, em uma sociedade alicerçada no Estado Democrático de Direito, na qual direitos individuais e sociais caminham *pari passu*, a efetiva punição dos crimes de colarinho branco é tão necessária quanto a punição dos crimes praticados contra bens de cunho individual. Para tanto, é mister que se quebre o paradigma tradicional que mede a gravidade do crime à proporção da violência individual cometida.

O atual cenário jurídico-penal mostra-se ressentido de uma punição mais severa, proporcional e suficiente aos delitos de colarinho branco. Isso porque essa categoria de crimes produz os seus resultados lesivos não só aos bens diretamente afetados, mas também a toda sociedade.

Edwin Sutherland, ainda na primeira metade do século XX, chamou a atenção do mundo para essa categoria de crimes que lesam sobremaneira o conjunto de bens de caráter social, produzindo

71 RAMOS, 2015, p. 122.

os seus resultados lesivos de forma muito maior do que aqueles advindos da criminalidade tradicional.

Ao analisar os crimes perpetrados pelo colarinho branco, é possível compreender o porquê de o sistema penal ainda atuar de forma seletiva e discriminatória.

Dessa forma, as características subjetivas dessa categoria de profissionais (*status* perante a sociedade e conexão da atividade profissional com a prática criminosa), aliadas à produção difusa de efeitos danosos de seus crimes, levam à sociedade a não visualizar o verdadeiro dano que recai sobre a vida, a economia, as finanças, a saúde, a educação e, também, sobre os demais bens de ordem social.

Como consequência, a criminalidade econômica provoca uma verdadeira erosão do Estado, afetando diretamente a prestação dos serviços públicos essenciais e promovendo o rebaixamento do nível de vida dos cidadãos, destinatários das políticas públicas estatais.

Imperioso, portanto, que o direito penal seja um instrumento democrático de proteção de bens jurídicos fundamentais ao indivíduo e à sociedade, punindo de forma mais grave as condutas perpetradas pelo colarinho branco que afetam bens representados por interesses difusos constitucionalmente tutelados.

Referências

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Edipro, 1999.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus n. 102087* – Minas Gerais. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Mello. Relator p/ acórdão Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28102087%2ENUME%2E+OU+102087%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hc8by7j>>. Acesso em 15 jun. 2017.

_____. Justiça Federal – Seção Judiciária do Paraná. *Ação Penal n. 5083258-29.2014.4.04.7000/PR*. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Waldomiro de Oliveira e outros. 13ª VARA FEDERAL CRIMINAL DE CURITIBA. Curitiba, 20 jul. 2015. Disponível em: <http://www.prpr.mpf.mp.br/pdfs/2015-1/lava-jato-1/sentenca_camargo%20e%20correa%20e%20utc.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n. 29.082/SP*. Impetrante: José Roberto Ozeliero Spoldari. Impetrado: Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Paciente: Pedro Luiz Poli. Relator: Min. José Arnaldo. Brasília, DF, 16 mar. 2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/stjimagem/frame.asp?browser=trueHp.29082>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Recurso Criminal em Sentido Estrito n. 5003678-43.2016.404.7205/SC*. Recorrente: Paulo César Busarello. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Juiz Federal Guilherme Beltrami. Porto Alegre, RS, 13 set. 2016. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8297840>. Acesso em: 3 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus n. 104.410 – Rio Grande do Sul*. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Relator do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 984616 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 6 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28104410%2ENUME%2E+OU+104410%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nopt7dh>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

CALLEGARI, André Luis. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

DALLAGNOL, Deltan. Brasil é o paraíso da impunidade para réus do colarinho branco. *UOL*, 1º out. 2015. Disponível em: <<https://no>

ticias.uol.com.br/opiniaio/coluna/2015/10/01/brasil-e-o-paraiso-da-impunidade-para-reus-do-colarinho-branco.htm>. Acesso em: 16 fev. 2017.

FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco*: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público. Uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do direito penal*: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.

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

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. Breves considerações sobre a impunidade da criminalidade não convencional. In: OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de et al. (Coords.) *Direito tributário contemporâneo*: estudos de especialistas. São Paulo: Atlas, 1996.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*: parte geral – arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2000.

PINTO, Emerson de Lima. *A criminalidade econômico-tributária*: a (des)ordem da lei e a lei da (des)ordem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

POZZOBON, Roberson; NORONHA, Júlio; DALLAGNOL, Deltan. Justiça sem privilégios. *Blog do Noblat*, 6 dez. 2015. Disponível em: <<http://noblat.oglobo.globo.com/geral/noticia/2015/12/justica-sem-privilegios.html>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAPOSO, Guilherme Guedes. *Teoria do bem jurídico e estrutura do delito*. Porto Alegre: Nubia Fabris, 2011.

SALGADO, Daniel de Resende. A elite do crime: discurso de resistência e laxismo penal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). *Garantismo penal integral*. Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPodivm, 2010.

SILVA, Juary C. *A macrocriminalidade*. São Paulo: RT, 1980.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Tutela penal dos interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2000.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2014.

SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos: o crime e o criminoso. Entes políticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TRÊS, Celso Antônio. *Teoria geral do delito pelo colarinho-branco*. I: parte geral. II: do “modus operandi”/perfil. Tecmedia. 2006. Disponível em: <<http://www.crimesdocolarinhobranco.adv.br>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

A compatibilidade da *good faith exception* com o Sistema de Justiça Criminal brasileiro baseada no garantismo penal integral e no princípio acusatório

Daniel Ricken

Sumário: 1 Introdução. 2 *The good faith exception*. 2.1 *Exclusionary rule*: de Weeks a Mapp. 2.2 Capacidade de a decisão aperfeiçoar a conduta de agentes públicos. 2.3 O surgimento da *good faith exception*: *United States v. Leon*. 2.4 As premissas construídas para um debate. 3 O garantismo penal integral e a necessária proporcionalidade entre o direito fundamental objetivo e o subjetivo. 3.1 O garantismo hiperbólico monocular. 3.2 Garantismo penal integral. 3.3 A proibição de insuficiência, segundo Ingo Sarlet. 3.4 A proibição de proteção insuficiente, a Constituição Federal de 1988 e o Supremo Tribunal Federal. 4 Sistema acusatório como premissa da aplicação da *good faith exception*. 4.1 O sistema acusatório. 4.2 O papel do magistrado no processo cautelar de natureza penal. 4.3 O sistema acusatório e a *good faith exception*. 5 Conclusão.

1 Introdução

A Constituição da República de 1988 estabeleceu que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos, como princípio do devido processo legal.

A reforma do Código de Processo Penal (Lei n. 11.690/2008), por sua vez, definiu provas ilícitas como sendo aquelas que foram obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Igualmente, o legislador estendeu a inadmissibilidade das evidências derivadas das provas ilícitas e disciplinou exceções à regra de exclusão importadas do direito norte-americano: a descoberta inevitável e a fonte independente.

O presente estudo tem por escopo apresentar uma síntese da construção jurisprudencial da Suprema Corte Americana sobre a

exclusionary rule (regra de exclusão das provas ilícitas), analisando a admissão da *good faith exception* (exceção da boa-fé) no Sistema de Justiça Criminal brasileiro a partir das premissas do garantismo penal integral e do princípio acusatório.

2 *The good faith exception*

2.1 *Exclusionary rule: de Weeks¹ a Mapp²*

Em 21 de dezembro de 1911, um cidadão chamado Fredmont Weeks foi preso pela polícia de Kansas City, Estado do Missouri, por utilizar o sistema dos correios para distribuir bilhetes de loteria, um fato típico segundo a lei penal da época. Contudo, não foi o motivo da prisão que levou o processo a se tornar um *landmark case*, mas o modo como as autoridades agiram no contexto dos fatos. Começava, então, a construção pela Suprema Corte Americana da *exclusionary rule*.

No dia dos fatos, os agentes ingressaram na residência de Weeks sem um mandado judicial, utilizando informações de um vizinho sobre o esconderijo da chave. Por duas vezes, autoridades estatais entraram na casa e apreenderam documentos que serviriam como evidências perante o Poder Judiciário para a condenação criminal de Weeks. O caso chegou para julgamento da Suprema Corte Americana, que reverteu a condenação estabelecendo como proteção constitucional a exclusão das provas ilícitas (*exclusionary rule*).

Na decisão, a Corte firmou entendimento de que a ação policial violou a Quarta Emenda à Constituição Americana, devendo o Poder Judiciário estabelecer um remédio para proteger a garantia constitucional.

A Quarta Emenda referida pela Corte estabelece que é direito das pessoas a privacidade de seus bens pessoais, casas e documentos contra buscas e apreensões sem fundada razão, devendo os

1 *Weeks v. U.S.*, 232 U.S. 238. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/232/383>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

2 *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/367/643>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

mandados judiciais ser expedidos com base em uma causa provável lastreada em documentos válidos, bem como descrevendo o local e o objeto da busca e apreensão.

Em seu voto condutor, destacou o Ministro Day:

If letters and private documents can thus be seized and held and used in evidence against a citizen accused of an offense, the protection of the 4th Amendment, declaring his right to be secure against such searches and seizures, is of no value, and, so far as those thus placed are concerned, might as well be stricken from the Constitution³.

No entanto, o tribunal afirmou expressamente que a regra estabelecida no precedente alcançaria o Governo Federal e suas agências, deixando de lado as autoridades dos estados federados, o que mudaria com o caso *Mapp v. Ohio*.

O julgamento do caso *Mapp* ocorreu em 1961, e a decisão estendeu aos estados americanos a *exclusionary rule*, estabelecida em *Weeks v. United States*, de 1914, alterando o entendimento firmado em *Wolf v. Colorado* (1949), de que a regras da supressão de evidências em violação à Quarta Emenda à Constituição não alcançavam as unidades da Federação.

O *landmark case* se baseou na busca e apreensão realizada pela polícia de Cleveland na casa de Dollree Mapp, durante investigação relacionada a jogos ilegais. Na ocasião, os agentes locais pediram permissão para entrar na residência de Mapp, o que lhes foi negado, inclusive mediante orientação do advogado, porque os policiais não possuíam um mandado judicial para realizar a diligência invasiva. Horas depois, com auxílio de reforço policial, os oficiais invadiram a casa simulando a posse de um mandado, que jamais seria apresentado pela acusação no processo, e apreenderam uma série de evidências, prendendo Mapp pela posse de material obsceno.

O Judiciário local entendeu que, mesmo não havendo mandado judicial ou causa razoável para a busca empreendida, a *exclusionary rule* do caso *Weeks* não era aplicável aos estados com base no

3 *Weeks v. U.S.*, 232, U.S. 383, opinion of the Court delivered by justice Day: Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/232/383>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

precedente de *Wolf v. Colorado*⁴. A Suprema Corte Americana, então, invocando o julgado *Marbury v. Madison*⁵, inovou na normatização dos estados para assegurar o cumprimento da garantia individual, pois a Corte Constitucional não vislumbrou nenhum avanço na proteção da Quarta Emenda à Constituição Americana por parte dos estados, mesmo após décadas do julgamento de *Weeks v. United States*.

Com as decisões dos casos *Weeks* e *Mapp*, a Suprema Corte acabou criando no Sistema de Justiça um remédio para salvaguardar os preceitos da Quarta Emenda, impondo aos agentes estatais um modelo de conduta constitucional, assim como faria quanto à garantia contra a autoincriminação (Quinta Emenda à Constituição Americana) em *Miranda v. Arizona*⁶.

2.2 Capacidade de a decisão aperfeiçoar a conduta de agentes públicos

Miranda v. Arizona é o precedente da Suprema Corte Americana que demonstrou a capacidade de uma decisão judicial modificar a maneira de agir da polícia, como pretendido com os casos *Weeks* e *Mapp*. Com esse julgamento, o tribunal impôs aos agentes, antes do interrogatório policial, a adoção de procedimento efetivo de cientificação dos direitos de não produzir prova contra si e de ser assistido por advogado, sob pena de o depoimento não ter validade num processo judicial.

A decisão, cujo voto condutor coube ao ministro Warren, incluiu expressamente a obrigatoriedade a agentes do Estado de cientificar tais direitos desde a fase policial, incluindo o Judiciário e alcançando qualquer investigação oficial.

Com efeito, assim como a *exclusionary rule* é um remédio estabelecido pela Justiça a fim de prevenir a violação da Quarta

4 *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/338/25/>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

5 Trata-se do precedente em que a Suprema Corte americana, pela primeira vez, reconheceu a competência do Poder Judiciário de exercer o controle de constitucionalidade para afastar a validade de legislação por violação à Constituição (cf. em *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137).

6 *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/384/436>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Emenda, a cientificação dos direitos antes do interrogatório (*Miranda warning*) não foi imposta pela Constituição, mas foi criada como remédio preventivo para tutelar a garantia da Quinta Emenda contra a autoincriminação e a favor da assistência de um advogado, de modo a consolidar o sistema adversarial do processo criminal.

O remédio criado pela Suprema Corte Americana vigora até hoje, apresentando, contudo, uma única exceção: *the public safety exception to Miranda*. No caso de 1980 (*NY v. Quarles*), um policial foi obrigado a questionar um cidadão suspeito de estupro, no contexto de local público – supermercado –, sobre a localização da arma utilizada no crime para, depois de garantida a segurança pública, informar o detido de seus direitos.

A decisão, como no caso da *good faith exception*, levou em consideração o fato de que impedir – mediante aplicação de precedente de prevenção – o questionamento policial levado a julgamento não apenas implicaria a supressão de prova, prejudicando a função da Justiça de julgar com base na verdade, mas colocaria em risco a segurança da sociedade.

Sobre o ponto, o ministro Rehnquist, com propriedade, sustentou em seu voto condutor que a exceção estabelecida não enfraqueceria os efeitos benéficos da decisão de *Miranda v. Arizona*, pois a lição foi no sentido de distinguir perguntas num contexto de segurança pessoal e pública do interrogatório com o fim de produzir prova oral, visto que no *landmark case* o objetivo do policial foi simplesmente obter uma confissão, enquanto em *NY v. Quarles* foi garantir a segurança contra iminente risco⁷.

Nesse contexto, a Corte decidiu que a regra de exclusão não possui um fim em si mesma. Deve, para ser aplicada, demonstrar que os efeitos preventivo e pedagógico são superiores ao prejuízo para a realização de um julgamento baseado nas provas que esclarecem a verdade dos fatos.

Em *Miranda*, ficou evidenciado o acerto da Corte que, ao aplicar a regra de exclusão, promoveu mudança significativa no comportamento da polícia, fortalecendo de forma difusa a garantia constitucional contra a autoincriminação.

7 *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649, opinion delivered by justice Rehnquist. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/350/11>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

2.3 O surgimento da *good faith exception*: *United States v. Leon*⁸

Em agosto de 1981, a polícia de Burbank, estado da Califórnia, iniciou uma investigação de tráfico de drogas com base numa informação confidencial. Após um trabalho de vigilância e com base no relatório produzido, a equipe de oficiais representou pela expedição de mandados de busca e apreensão para as casas dos investigados, o que foi deferido pela Justiça com base na aprovação da promotoria.

Cumpridos os mandados judiciais, foram apreendidas drogas e outros materiais que serviriam como evidência para formular uma acusação por uma série de crimes relacionados ao tráfico de drogas. Em defesa, os acusados postularam a invalidação do mandado de busca e apreensão ao argumento de que o relatório produzido pela investigação policial não preenchia o requisito constitucional para a decisão, uma causa provável (*probable cause*).

A argumentação da defesa foi acolhida pela Justiça em primeira e segunda instâncias, que consideraram haver violação à Quarta Emenda e determinaram a exclusão das provas obtidas ilicitamente (*exclusionary rule*). Na época, o julgamento da apelação rejeitou a tese da acusação de excepcionar a regra da exclusão em razão da reconhecida atuação de boa-fé.

O caso, então, alcançou a Suprema Corte Americana no *landmark case* conhecido como *United States v. Leon*, ocasião em que o tribunal estabeleceu a *good faith exception* para a regra de exclusão das evidências como proteção da Quarta Emenda.

A decisão da Suprema Corte teve como voto condutor os argumentos apresentados pelo ministro White, que foi acompanhado por Burger, Blackmun, Powell, Rehnquist e O'Connor. Foram contrários ao estabelecimento da exceção Brennan, Marshall e Stevens.

A necessidade de criação de exceções para a regra de exclusão de evidências teve por fundamento a razão de sua instituição, a

8 *U.S. v. Leon*, 468 U.S. 897. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/468/897>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

salvaguarda do conteúdo das garantias que protegem os cidadãos contra violações de agentes públicos.

Ao resgatar as bases teleológicas, o tribunal destacou a importância da ponderação no caso concreto do custo e benefício da aplicação da exclusão das evidências. O objetivo foi o de obter um equilíbrio de um Sistema de Justiça Criminal que tem por função precípua o julgamento de condutas, sempre dispondo do máximo de evidências disponíveis.

Em suas razões de decidir, White destacou o grande custo social da irrestrita aplicação da *exclusionary rule* como forma de impedir que os tribunais exerçam a função de identificar a verdade dos fatos e julgar em conformidade.

We conclude that the marginal or nonexistent benefits produced by suppressing evidence obtained in objectively reasonable reliance on a subsequently invalidated search warrant cannot justify the substantial costs of exclusion⁹.

A questão enfrentada foi se a Suprema Corte deveria mitigar a *exclusionary rule* para aceitar evidências obtidas no cumprimento de mandado expedido por decisão de magistrado imparcial, ainda que posteriormente considerada sem fundamentos suficientes pelas instâncias revisoras. A conclusão foi no sentido de avaliar o contexto e ponderar se a supressão das evidências, de fato, representa uma forma de prevenção de desvios de conduta por parte de agentes de investigação.

Em *United States v. Leon*, a maioria dos ministros entendeu que, munidos dos mandados de busca e apreensão, não se poderia exigir outra conduta dos agentes senão seu devido cumprimento. Segundo os fundamentos da corte, a busca realizada mediante a obtenção de um mandado expedido por juiz imparcial é uma melhor forma de salvaguarda contra abusos em comparação às diligências realizadas às pressas pelo julgamento pessoal do agente de campo no âmbito do combate à criminalidade¹⁰.

⁹ *United States v. Leon*, 468 U.S. 897, opinion delivered by justice White.

¹⁰ No Brasil, a comparação sugerida pela *Suprema Corte Americana* pode ser feita com uma ação policial, sem mandado, que identifica um flagrante delito. Embora legalmente possível, é preferível, para fins de proteção da norma que previne abusos, que a matéria seja submetida a um magistrado imparcial. Ainda que eventualmente outros juízes considerem que não havia na representação policial indícios suficientes, o fato é que os agentes tomaram as cautelas exigidas e um magistrado exerceu sua função avaliando como devida a busca (*probable cause*).

Nesse contexto, a manutenção das provas acaba por fomentar a preferência pela obtenção do mandado judicial em detrimento da realização de diligência diretamente com base na análise pessoal e subjetiva acerca da razoabilidade da medida.

No caso, os argumentos da Corte enfrentaram, ainda, a questão de que eventuais deficiências da decisão de expedição de mandado de busca e apreensão não conduzem necessariamente a nulidade e supressão das evidências obtidas.

A Suprema Corte concluiu que a supressão de evidências em razão de defeitos da decisão que expediu o mandado por magistrado imparcial é indevida. Primeiro, a *exclusionary rule* foi concebida para prevenir desvios de conduta policial, não de magistrados. Segundo, não há evidências de que juízes tenham a tendência de ignorar as garantias constitucionais. Terceiro, não há motivos para acreditar abstratamente em desvios de conduta dos juízes, visto que atuam de forma imparcial, longe das investigações.

Em relação aos magistrados, o tribunal criou uma presunção de validade, de boa-fé, sob o fundamento de que os juízes, por exercerem a função de julgar e não de esclarecer crimes, permanecendo afastados do calor dos fatos, ao menos em tese, não possuem razão para deixar de lado a aplicação imparcial das garantias constitucionais.

Com efeito, o voto do ministro White destacou que a decisão não estaria conferindo imunidade absoluta às buscas realizadas com mandado judicial, desde que as circunstâncias do caso concreto demonstrassem que a exclusão da prova, no contexto, implicaria efeito preventivo de desvios de conduta policial.

Como exemplos, foram citados os precedentes em que: (a) a decisão é tomada com base em documentos sabidamente falsos¹¹ pelos agentes; (b) o magistrado perde a imparcialidade, atuando ativamente na investigação e na busca¹²; (c) é expedido um

11 *Franks v. State of Delaware*, 438 U.S. 154. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/438/154>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

12 *Lo-Ji Sales v. State of New York*, 442 U.S. 319. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/442/319>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

mandado de busca genérico cuja manifesta ilegalidade os agentes treinados têm o dever de observar¹³.

Seguindo as importantes ressalvas, destacam-se as palavras do ministro Blackmun que, concordando com a tese vencedora, apresentou razões em separado e ressaltou que qualquer julgamento a respeito dos efeitos da *exclusionary rule* possui caráter provisório, podendo ser revisto pelo tribunal caso os efeitos da decisão sejam prejudiciais à aplicação da Quarta Emenda pela polícia¹⁴.

A partir do caso *Leon*, a Suprema Corte passou a julgar diversos casos que discutiam a aplicabilidade da tese de excepcionar a *exclusionary rule*. Invariavelmente, os casos apresentavam a tentativa de suprimir fortes evidências de crimes, mas, de longe, não eram arbitrariedades comparáveis aos casos *Weeks* e *Mapp*. Nesse contexto, foram adicionadas outras exceções para a regra da supressão de evidências.

Em 1985, ocorreu o julgamento de *Maryland v. Macon*¹⁵. O caso diz respeito a uma ação policial em que o agente descaracterizado entrou numa livraria e comprou, mediante o uso de uma cédula identificada, duas revistas cuja distribuição era considerada ilegal pela legislação de *Maryland*. O vendedor acabou preso e acusado pelo crime de distribuição de material obsceno, servindo as revistas e a cédula como evidências na ação penal¹⁶.

Ao enfrentar o argumento de que tais evidências deveriam ser suprimidas, por terem sido produzidas com violação da Quarta Emenda, aplicando-se a *exclusionary rule*, a Corte ampliou as exceções para validar a apreensão. Na linha de *United States v. Leon* (*good faith exception*), decidiu introduzir a descoberta inevitável

13 *Commonwealth v. Sheppard*, 387 Massachusetts 488. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/massachusetts/supreme-court/1985/394-mass-381-2.html>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

14 Cf. *United States v. Leon*, 468 U.S. 897, concurring opinion by justice Blackmun. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/468/897#writing-USSC_CR_0468_0897_ZC>. Acesso em: 25 jun. 2017.

15 *Maryland v. Macon*, 472 U.S. 463. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/472/463/>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

16 Embora inicialmente a cédula tenha sido inserida na ação penal, quando do julgamento do recurso pela *Suprema Corte Americana*, a evidência havia sido suprimida, não havendo informação sobre a pretensão de reversão de tal supressão perante o tribunal constitucional.

(*inevitable discovery doctrine*) e a fonte independente (*independent source doctrine*), além da exigência de nexo de causalidade direto (*attenuation doctrine*) para aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisoned tree*).

Num primeiro julgamento, o tribunal de apelação local entendeu que a prisão e a apreensão dependiam de um mandado judicial, pois a diligência policial teria violado a Quarta Emenda, implicando a supressão das evidências. A Suprema Corte Americana, por sua vez, considerou que a transação comercial realizada pelo policial, adquirindo revistas que estavam expostas ao público, sequer poderia ser considerada uma “busca” nos termos da Quarta Emenda, pois não havia expectativa de privacidade a ser tutelada numa loja aberta aos frequentadores. Nesse sentido, citou *Katz v. United States* (1967), que definiu que o que a pessoa expõe em público não está sujeito à proteção da Quarta Emenda¹⁷.

Apenas para fins de argumentação, a Corte também decidiu no sentido de que as revistas poderiam ter sido apreendidas independentemente da prisão do vendedor, de modo que qualquer ilegalidade nesse ponto não implicaria a supressão da evidência.

Trata-se de precedente distinto de *United States v. Leon* (*good faith exception*), foco do presente estudo, mas nem por isso perde importância, merecendo referência. A decisão excetua a *exclusionary rule* avaliando a razoabilidade lógica da supressão de evidências, impedindo que uma norma de proteção de direitos individuais sirva de instrumento de impunidade.

Em *Arizona v. Evans*¹⁸, julgado em 1995, a Suprema Corte firmou entendimento de afastar a regra da exclusão da evidência quando ausente qualquer erro do agente que realizou a busca e apreensão, ainda que partindo de premissa equivocada causada por erro de empregados do Poder Judiciário.

17 *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, opinion delivered by justice Stewart. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/389/347>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

18 *Arizona v. Evans*, 514 U.S. 1. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/93-1660.ZS.html>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Ocorre que, durante uma *blitz* de rotina, um policial identificou nos sistemas informatizados um mandado de prisão em aberto contra um motorista (Evans). Ao dar cumprimento à ordem que presumiu estar válida, apreendeu drogas no veículo conduzido, que não teria sido examinado se não fosse pelo mandado de prisão. Ocorre que, por um equívoco provocado por funcionário do Poder Judiciário, a revogação da prisão não foi lançada no sistema, fazendo crer, para o policial da *blitz*, que deveria prender o cidadão.

Segundo a Suprema Corte, seria aplicável o precedente do caso *Leon* e, com base na boa-fé do agente policial, que agiu conforme sua obrigação e fundamentado em informações oficiais, a evidência não deveria ser suprimida. Nesse caso, a garantia da exclusão, se aplicada, não estaria persuadindo ninguém a cumprir a Constituição.

Anos depois, em *Herring v. United States*¹⁹ (2009), a Suprema Corte enfrentou caso semelhante, mas dessa vez a manutenção do mandado de prisão foi responsabilidade da polícia.

No julgamento, o presidente da Suprema Corte, ministro Roberts, estabeleceu importante premissa, a de que a regra da supressão não é uma garantia essencialmente individual e somente é aplicável no caso de servir como provável forma de prevenção no sentido coletivo²⁰.

Novamente, o tribunal confirmou a natureza acessória da *exclusionary rule*, devendo haver um nexo de prejudicialidade com a garantia constitucional para sua aplicação de modo a afastar a ideia de que a regra tem um fim em si mesma.

No caso, a Suprema Corte negou a supressão das evidências porque o agente policial que cumpriu o mandado de prisão, conforme sua obrigação, agiu de boa-fé, acreditando nas informações disponíveis e praticando a conduta esperada de acordo com sua função, não havendo razão para um equívoco excluir uma evidência importante.

¹⁹ *Herring v. United States*, 555 U.S. 135. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/07-513.ZO.html>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

²⁰ *Herring v. United States*, 555 U.S. 135, opinion delivered by chief justice Roberts. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/07-513.ZO.html>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

2.4 As premissas construídas para um debate

Inúmeros foram os casos julgados pela Suprema Corte Americana acerca da aplicabilidade da *exclusionary rule* e de suas exceções, não havendo espaço para esgotar tudo que foi decidido. Contudo, os julgados demonstram como algumas questões sobre exceções não são encaradas da mesma forma no Brasil, ainda que a disciplina das garantias constitucionais e a regra de supressão de evidências tenham sido incorporadas.

Nos casos *Weeks* e *Mapp*, a Suprema Corte Americana estabeleceu a regra da supressão de evidências em casos de manifesto abuso policial, ainda que tais provas fossem contundentes para a verdade dos fatos, assumindo que o custo social da liberdade de um culpado é possível, desde que para fomentar o respeito às regras constitucionais de investigação estatal para toda a sociedade.

Em *Miranda*, na mesma linha, o tribunal impôs aos oficiais de polícia a obrigatoriedade de proceder a cientificação dos direitos constitucionais, ainda que diante de criminosos com longa ficha de antecedentes, sob pena de invalidar depoimentos. Decidindo dessa forma, o caso modificou a forma de agir dos departamentos de polícia, conformando os interrogatórios praticados nas ruas e nas salas de delegacias com a garantia constitucional.

Por outro lado, em *Herring* e *Evans*, a Suprema Corte entendeu por reconhecer a função da *exclusionary rule* como modelo de fomento do respeito às garantias constitucionais no âmbito policial. As decisões impediram que ações legítimas de agentes policiais fossem ofuscadas por equívocos que não modificaram a verdade dos fatos e não eram atribuíveis aos responsáveis pela obtenção da evidência, na linha do decidido em *Leon v. United States*.

No *landmark case* *Leon*, a corte foi além. Ao resgatar a origem teleológica da *exclusionary rule*, protegeu a diligência policial realizada sem qualquer abuso, em evidente boa-fé e no cumprimento de mandado judicial expedido por juiz imparcial e com base nos indícios apresentados para a decisão que os considerou suficientes (*probable cause*).

Logo, ainda que o tribunal de apelação tenha subjetivamente discordado sobre a suficiência de indícios a justificar a busca,

convencionou-se que, no caso concreto, o Judiciário não deveria impor o custo social de uma decisão de supressão de evidências e da própria verdade, quando o benefício da capacidade preventiva da decisão contra violações constitucionais fosse inexistente ou irrisório.

3 O garantismo penal integral e a necessária proporcionalidade entre o direito fundamental objetivo e o subjetivo

3.1 O garantismo hiperbólico monocular

A Constituição Federal promulgada no Brasil em 1988 marcou o rompimento do período do regime militar, em que os cidadãos não gozavam de plenos direitos e garantias fundamentais, individuais ou coletivos, atendendo uma agenda autoritária que supostamente tinha por escopo proteger a nação.

Foi nesse contexto extremo que o texto constitucional foi esculpido, com muito acerto, estabelecendo uma estrutura de direitos e garantias fundamentais a ser respeitada especialmente pelo Estado, assegurando a igualdade, a liberdade, a privacidade, a propriedade – entre tantos outros – e a submissão de todos, inclusive dos agentes estatais, ao devido processo legal e aos princípios dele decorrentes. Em meio ao natural desenvolvimento das atividades estatais, o Sistema de Justiça Criminal foi, então, alvo de uma releitura no âmbito jurídico com os ideais garantistas.

A concepção garantista inserta na Constituição Federal difundiu-se no Direito Penal, voltando-se, ao máximo, para os direitos e garantias fundamentais do cidadão que venha a ser investigado ou processado criminalmente, valorizando-se quase exclusivamente o viés individual do garantismo, o que Douglas Fischer denominou de garantismo hiperbólico monocular²¹.

Embora o autor reconheça e valorize a característica garantista da Constituição Federal, como não poderia ser diferente, também

21 FISCHER, 2009.

crítica o estabelecimento de premissas e conclusões parciais, não integrais, baseadas na tese do garantismo proposta por Luigi Ferrajoli:

Precisamos ser sinceros e incisivos (sem qualquer demérito a quem pensa em contrário): têm-se encontrado muitas e reiteradas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais com simples *referência* aos ditames do “*garantismo penal*”, sem que se compreenda, na essência, qual a extensão e os critérios de sua aplicação. Em muitas situações, ainda, há distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli (*quiçá* pela *compreensão não integral* dos seus postulados). Daí que falamos que se tem difundido um *garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico*, evidenciando-se de forma isolada a necessidade de proteção *apenas* dos *direitos* dos cidadãos que se veem processados ou condenados. Relembremos: da leitura que fizemos, a grande razão histórica para o surgimento do *pensamento garantista* (que aplaudimos e concordamos, insista-se) decorreu de se estar diante de um Estado em que os direitos fundamentais não eram minimamente respeitados, especialmente diante do fato do sistema totalitário vigente na época²². [Grifos do original].

Logo, a tese garantista não pode ser voltada exclusivamente à defesa dos direitos individuais de forma isolada (monocular), nem estabelecer uma proteção desproporcional (hiperbólica) em detrimento do conjunto de bens jurídicos tutelados pela Constituição Federal²³.

3.2 Garantismo penal integral

Ao se reconhecer a característica garantista do sistema constitucional brasileiro e, ao mesmo tempo, criticar uma leitura parcial da teoria aplicada ao Direito Penal e Processual Penal, emerge a proposta do garantismo penal integral, voltado para a concretização de todos os objetivos constitucionalmente previstos, inclusive direitos e garantias individuais e coletivos. Uma leitura sistêmica (integral) do conjunto de direitos fundamentais estabelecidos pelo Constituinte que deve permear a atuação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Os contornos do garantismo penal integral apontam para um Direito Penal e Processual Penal que, sem ignorar e concretizar o importante preceito de proteção subjetiva dos cidadãos contra potenciais

22 FISCHER, 2009.

23 Idem, 2010, p. 34.

arbitrários estatais, é fundamental para que as violações de bens jurídicos tutelados pela Constituição Federal, numa dimensão objetiva, recebam o tratamento adequado consistente na responsabilização criminal.

Com efeito, a efetividade do Processo Penal não é interesse exclusivo de vítima e acusado, mas da sociedade, que almeja uma prestação jurisdicional célere e eficaz, esclarecendo os fatos e punindo os autores de violações de bens jurídicos tutelados²⁴.

Ao trazer para o debate o texto do art. 144, *caput*, da Constituição Federal, Douglas Fischer chama a atenção para o fato de que, entre os direitos individuais e coletivos, há a eficiência e a segurança, impondo ao Estado não apenas a prevenção de condutas criminosas, mas também a apuração e a punição do responsável²⁵.

Nessa perspectiva, Andrey Borges Mendonça traz o conceito de segurança cidadã de Rafael Escudero Alday:

[...] quando o Processo Penal assegura uma punição efetiva e em tempo razoável daquele que viola um bem jurídico importante para a sociedade, tutela-se a própria segurança da sociedade, também protegido no texto constitucional, no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. Em razão do conceito de segurança ser muitas vezes manipulado e utilizado com fins maliciosos, manipulados e demagógicos, no presente texto estamos tratando de segurança cidadã (*seguridad ciudadana*) no sentido de estar “libre de amenazas contra la integridad personal y los bienes y derechos de las personas”, conforme de Rafael Escudero. Para tanto, não somente é necessário estabelecer órgãos de segurança pública, mas também um Direito Penal e um Processo Penal efetivos, assegurando a não repetição das violações aos direitos fundamentais, pois a impunidade é certamente um dos maiores estímulos à criminalidade e, por conseguinte, à violação da segurança cidadã²⁶.

Partindo dessas críticas, podem ser apontadas algumas correntes jurisprudenciais que exemplificam e demonstram a leitura parcial da teoria garantista pelos poderes: a possibilidade (ou não) de o Ministério Público investigar a limitação de prazo das interceptações telefônicas, o patamar da insignificância dos tipos penais que protegem bens jurídicos

24 MENDONÇA, 2010, p. 175.

25 FISCHER, 2010, p. 36.

26 MENDONÇA, 2010, p. 176.

de natureza tributária e a (im)possibilidade da execução provisória de penas na pendência de recursos de natureza extraordinária²⁷.

Em todas essas hipóteses há uma leitura parcial, não integral, do caráter garantista da Constituição Federal. No âmbito da produção de provas, objeto mais específico do presente estudo, importante destacar a crítica de Daniel de Resende Salgado ao modelo hermenêutico limitador da persecução penal de delitos que envolvem a criminalidade econômica:

[...] ainda que alguns fatos delitivos realizados no contexto econômico tenham natureza dogmática correspondente a alguns tipos tradicionais, a complexidade de seu *modus operandi* requer, por conseguinte, a evolução na capacidade de lidar com essa complexidade, por intermédio, outrossim, de uma adequação hermenêutica apta a captar as perspicácias e sutilezas inerentes a essa atividade criminosa²⁸.

De fato, a criminalidade econômica não é praticada na frente de câmeras de segurança ou de forma ostensiva como em roubos e homicídios. Igualmente, nesse meio não existe uma materialidade delitiva característica, inclusive exaustivamente listada, como uma apreensão no caso de tráfico de drogas.

As organizações criminosas que atuam imbrincadas no sistema político e econômico, na fronteira entre público e privado, praticam os crimes em etapas (preparação e execução) não delineadas, mediante, muitas vezes, condutas travestidas de legalidade formal. Agem por interpostas pessoas físicas e jurídicas. Utilizam contas bancárias em diversos países e dinheiro em espécie diluído em contabilidades fraudadas.

Diante desse cenário, natural que as investigações dependam, obrigatoriamente, de técnicas que mitiguem garantias individuais em nome da obtenção da verdade, normalmente de sucessivas decisões judiciais ou polêmicas (apenas aos olhos da hermenêutica liberal e individualista ou do garantismo hiperbólico monoclar²⁹), como a colaboração premiada. E, como alerta Daniel Salgado, essas

27 FISCHER, 2010, p. 36-47.

28 SALGADO, 2010, p. 63.

29 FISCHER, 2009.

técnicas de acesso às provas de sonegação fiscal, evasão de divisas e lavagem de dinheiro, por exemplo, são taxadas de invasivas, excessivas ou imorais, tornando-as objeto de restrição perante tribunais superiores³⁰.

Na mesma linha, é a enfática crítica de Bedê Júnior e Senna:

Recentemente, a doutrina processual penal volta os olhos, numa clara visão reducionista, apenas para os direitos fundamentais do réu. Os defensores desse Garantismo Supremo, ao reconhecerem que o Estado é ontologicamente arbitrário e que jamais estaria correto em punir penalmente, atuam muitas vezes, como na famosa série juvenil Harry Potter, taxando de “trouxas” quem não acredita nos “magos” dessa re(é)novada onda processual. Com a devida vênua, a balança não pode pender exclusivamente para esse lado, pois o Estado não mais pode ser considerado – numa visão liberal-individualista – como o inimigo do cidadão, já que, numa visão democrática e social, ele existe para a realização do bem comum.

A se continuar trabalhando com uma obediência cega em relação a alguns princípios e garantias processuais individuais, típicos de um pensamento de um Estado puramente liberal e individualista, haverá sério risco para a efetividade da justiça criminal, com comprometimento dos direitos sociais da coletividade³¹.

A construção de um Sistema de Justiça Criminal alicerçado numa balança que pende para o lado individualista, o aspecto subjetivo dos direitos fundamentais, tornou a persecução penal desproporcional à luz da visão constitucional do garantismo penal integral. Impõe-se, nesse contexto, a necessária discussão sobre a proibição de insuficiência de proteção dos direitos fundamentais na ótica objetiva.

3.3 A proibição de insuficiência, segundo Ingo Sarlet

A partir de experiências autoritárias, o sistema dos direitos fundamentais, instituído logo após regimes ditatoriais, transformou a proibição do excesso estatal em pilar do Estado Democrático de Direito e, por consequência, da concepção garantista do Direito Penal. No entanto, a noção de proporcionalidade impõe também um dever de

30 SALGADO, 2010, p. 63-64.

31 BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 25.

proteção contra violações praticadas por terceiros, consubstanciando no campo jurídico-penal a proibição da insuficiência³².

Segundo Sarlet, o aprofundamento dogmático do princípio da proporcionalidade implica superar os extremos do abolicionismo e da “tolerância zero”, aplicando-se sua dupla perspectiva consistente na proibição de excesso e de insuficiência³³.

A necessidade de se discutir o equilíbrio entre as vedações de excesso e insuficiência ganha relevo a partir da perspectiva de que os fenômenos políticos e econômicos ligados à globalização determinam o enfraquecimento do Estado e o fortalecimento do poder econômico supranacional³⁴. Esse movimento característico e contemporâneo acaba conferindo insuficiência ao dever de promoção dos direitos fundamentais.

Essa crise de efetividade acentua a exclusão social, contribuindo para impulsionar os níveis de violência social, agravando as violações a bens fundamentais como vida, integridade física e patrimônio, consubstanciando-se numa crise de segurança dos direitos relacionados aos bens jurídicos tutelados pelo poder público³⁵.

Nesse contexto, o Estado passa a agir em face da criminalidade criada a partir da crise de efetividade de direitos fundamentais como saúde, educação, alimentação e lazer, e praticada, em regra, pelas classes menos favorecidas. Enquanto isso, o garantismo penal na sua dimensão negativa negligencia não criminalizando ou descriminalizando delitos de alto potencial ofensivo, como os econômicos e tributários³⁶. E, agindo assim, o Sistema de Justiça Criminal, no qual o Poder Judiciário exerce papel de protagonismo, promove uma desproporcional aplicação da norma penal em detrimento da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, com alcance difuso, a fim de conferir maior proteção à dimensão subjetiva, calcada na ideia individualista³⁷.

32 SARLET, 2005, p. 2.

33 Ibidem, p. 3-4.

34 Ibidem, p. 5.

35 Ibidem, p. 6-7.

36 Ibidem, p. 9.

37 Ibidem, p. 11-12.

Andrey Borges de Mendonça traduz com propriedade a necessidade de aplicar o princípio da proporcionalidade na proteção dos direitos fundamentais:

Assim, nesse contexto de proteção objetiva dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade passa a ser visto também como “proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*)”. Em outras palavras, o Poder Público somente estará observando o princípio da proporcionalidade quando, de um lado, não estipular restrições inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais aos direitos fundamentais – *vertente negativa* – e de outro haja uma promoção e uma proteção eficiente e completa dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição – *vertente positiva*³⁸. [Grifos do original]

De fato, é preciso concordar que somente promovendo equidade e o devido balanceamento entre os preceitos fundamentais subjetivos, como limitador para excessos estatais, e objetivos, como promoção e concretização do dever estatal, será possível assegurar a efetivação do princípio da proporcionalidade como ideal.

Em termos de Direito Penal, esse equilíbrio permite – ou mesmo determina – que a hermenêutica de base constitucional concretize, por meio do exercício da jurisdição na esfera criminal, a prestação positiva do direito fundamental à segurança cidadã citada por Andrey Borges de Mendonça. Significa dizer que a interpretação aplicada jurisdicionalmente deve invocar a proibição da insuficiência sempre que aquela voltada à vedação de excesso for utilizada, exclusivamente, para afastar as garantias relacionadas aos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico.

3.4 A proibição de proteção insuficiente, a Constituição Federal de 1988 e o Supremo Tribunal Federal

A Constituição Federal, embora expressamente garantista em termos de proteção contra o excesso, estabeleceu em seu texto promulgado em 1988 uma série de direitos e garantias fundamentais relacionadas à proteção de bens jurídicos que devem ser obrigatoriamente tutelados pelo Direito Penal.

³⁸ MENDONÇA, 2010, p. 181.

Embora o art. 5º estabeleça em seu *caput* o direito à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, em diversos incisos impõe um comando positivo de criminalização e proibição de redução do rigor penal, a exemplo do tráfico de drogas, da tortura e dos crimes definidos como hediondos segundo política criminal fixada pelo legislador ordinário.

Logo, o Constituinte, ainda na sua acepção originária, estabeleceu a necessidade de o poder público proteger a sociedade e seus cidadãos de lesões a bens jurídicos reconhecidos como fundamentais.

Com efeito, o próprio Supremo Tribunal Federal tem aplicado a vertente positiva do princípio da proporcionalidade com base nos preceitos ventilados.

Nesse sentido, destacamos trechos do acórdão do HC n. 104.410/RS que, com base na concretização do direito fundamental à proibição de proteção insuficiente, considerou constitucional a tipificação do porte de arma de fogo, ainda que desmuniçada:

Assim, na dogmática alemã, é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado caso não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

[...]

A reserva de lei penal configura-se como reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes): a proibição de excesso (Übermassverbot) funciona como limite máximo, e a proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot), como limite mínimo da intervenção legislativa penal³⁹.

39 Segunda Turma do STF. HC 104.410/RS. Rel.: min. Gilmar Mendes. Acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

Nesse sentido, a proposta de aplicação de um princípio da proporcionalidade que encontre o equilíbrio entre a proibição do excesso e a proteção insuficiente, baseada no entendimento do Tribunal Constitucional germânico, busca uma equidade entre o interesse individual e o coletivo. O raciocínio parece semelhante à ponderação, talvez impropriamente chamada de custo e benefício, promovida pela Suprema Corte Americana na definição da *good faith exception*.

Com efeito, a *Supreme Court*, ao promover a ponderação entre as garantias da Quarta Emenda e o direito objetivo de um julgamento criminal baseado na verdade dos fatos e na responsabilização dos autores do crime, definiu o caráter garantista coletivo da própria norma constitucional como baliza para escolher o preponderante no caso concreto. Conforme expresso no voto do julgamento de *Herring v. United States*, por parte do ministro Roberts⁴⁰, a própria Quarta Emenda possui um caráter coletivo de prevenção, motivo pelo qual sua aplicação deve representar, numa perspectiva de futuro, prevenção de novas violações.

Pode-se inferir, por essa perspectiva, a aplicabilidade da *good faith exception* com base no garantismo penal integral proposto com fundamento numa visão constitucional de proporcionalidade entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. Uma posição que vai de encontro a absolutismos ou extremos e, principalmente, impede uma distorção do garantismo constitucional, notadamente diante de uma criminalidade cuja persecução exige a mitigação do caráter individualista, sob pena de o Sistema de Justiça Criminal privilegiar a impunidade.

4 Sistema acusatório como premissa da aplicação da *good faith exception*

4.1 O sistema acusatório

Em 1988, a Constituição Federal adotou o sistema acusatório como modelo de persecução penal estatal, em detrimento do sistema inquisitorial, apresentando diversas normas constitucionais estruturais a respeito.

⁴⁰ *Herring v. United States*, 555 U.S. 135.

A mudança marcou o rompimento de um paradigma a fim de fortalecer a posição de isenção do julgador e conferiu maior responsabilidade às partes. No processo penal, o Ministério Público foi consolidado como titular da persecução penal, embora alguns dispositivos infraconstitucionais ainda permaneçam nos lembrando do sistema inquisitorial.

O sistema inquisitorial teve suas características e trajetória histórica descritas por Rodrigo Tenório:

Desprovido de seus fundamentos religiosos, o sistema inquisitorial virou parte do processo criminal secular em 1808. O *code d'instruction criminelle*, parte do Código de Napoleão permitia que juízes desempenhassem o papel de partes. Os exércitos napoleônicos espalharam o modelo inquisitorial pela Europa continental, razão pela qual esse sistema também é chamado de "continental". Na Itália, um dos países cujos sistemas processuais são examinados nesse texto, o modelo inquisitorial permaneceu em vigor até 1988⁴¹.

Por outro lado, o sistema adversarial acusatório foi estabelecido na Constituição Federal tendo como premissa a separação das funções estatais de julgar e acusar, de modo a conferir à ação penal um processo democrático e um julgamento isento.

Como aponta Rodrigo Tenório, ao desenvolver a característica principal do novo modelo processual descrita no próprio art. 5º da Constituição da República:

Ao reconstruir o processo penal brasileiro, a Constituição de 1988 rompe com uma longa tradição inquisitorial. Diversamente de suas antecessoras, a Carta de 1988 estabelece que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV). Nesse dispositivo está um dos pilares do modelo adversarial: às partes são dados a possibilidade e os meios necessários para participar efetivamente de processos judiciais e administrativos⁴².

O sistema adversarial mereceu destaque no art. 5º, LIII, da Constituição Federal, ao definir a imparcialidade como princípio da função do magistrado e garantia constitucional das partes. Na mesma linha, a Carta Política impôs ao Poder Judiciário e ao Ministério Público

41 TENÓRIO, 2011, p. 21.

42 Ibidem, p. 25.

um regime jurídico de garantias e vedações previstas nos arts. 95 e 128, com o escopo de conferir ao trâmite da função criminal estatal, da investigação ao julgamento, uma atuação isenta de influências políticas, econômicas ou ideológicas.

Nessa linha, percebe-se que o sistema adversarial acusatório precede o próprio art. 129, I, da Constituição da República, que, ao estabelecer o Ministério Público como titular da ação penal, concretizou a separação entre as funções de acusar e julgar, impondo certos limites da atuação de ofício do Judiciário no âmbito do processo penal cautelar, mas legitimando de forma inédita essas decisões.

4.2 O papel do magistrado no processo cautelar de natureza penal

No curso da persecução penal, antes ou depois do oferecimento de denúncia, há situações em que a produção de provas não pode ser realizada autonomamente pela polícia ou pelo Ministério Público. São as hipóteses em que a diligência é limitada pela reserva de jurisdição, dependendo de autorização judicial para sua realização, a exemplo da busca e apreensão, pois exigem um juízo de ponderação entre a mitigação do direito individual e do interesse público⁴³.

O Código de Processo Penal e a legislação especial em matéria penal ainda trazem a possibilidade da decretação de medida cautelar penal a partir de representação da polícia ou iniciativa do próprio magistrado. Essas hipóteses, influenciadas pelo antigo regime inquisitorial, permitem a iniciativa do processo cautelar sem o Ministério Público, sem uma parte autora competente e isenta, nos termos do regime jurídico de magistratura (arts. 95 e 128 da Constituição Federal) e do dispositivo constitucional que estabelece a titularidade da ação penal (art. 129, I, da Constituição Federal).

Wellington Saraiva⁴⁴, ao tratar da legitimidade para os pedidos cautelares penais, destaca o protagonismo do Ministério Público na

⁴³ Conforme sustentamos no item anterior, trata-se da ponderação balizada no garantismo penal integral.

⁴⁴ SARAIVA, 2010, p. 169.

fase pré-processual diante de um processo penal de partes, em que o julgador deve manter completa imparcialidade.

O comando constitucional encontra amparo na própria lógica do sistema acusatório. Como alerta Daniel Salgado⁴⁵, a fase pré-processual é a mais importante para o Ministério Público. Isso porque as falhas na colheita dos elementos de prova afetam diretamente o processo penal e o seu autor, motivo pelo qual deve guiar e influenciar decisivamente os rumos da investigação.

O Ministério Público deve protagonizar os pedidos cautelares, o que se apresenta correto na medida em que a sua estrutura constitucional, idêntica ao do Judiciário, demonstra a capacidade de isenção do órgão acusador para submeter ao julgador a pretensão. Ao mesmo tempo, o exercício desse papel permite que o magistrado, responsável pela ponderação de mitigação entre direito individual e investigação, decida com maior imparcialidade, legitimando importante imposição do devido processo legal.

Rodrigo Tenório, ao tratar o tema sob a ótica do sistema acusatório adversarial, posiciona-se contra qualquer exercício de jurisdição de ofício:

Quando juízes expedem ordens cautelares, estão exercendo jurisdição. Para que magistrados saiam da inércia, um pleito, que só pode ser feito por quem tem capacidade postulatória para tanto, deve ter sido dirigido ao Judiciário. Quando juízes, sem provocação do MP, determinam prisões cautelares, buscas, interceptações, por exemplo, eles não respondem a pleito da parte. Nessas circunstâncias, estão, em verdade, iniciando o processo penal e, simultaneamente exercendo jurisdição. Acrescento que ao determinar buscas e monitoramento telefônico de ofício, os juízes estão coletando evidências que, potencialmente, são de interesse do autor apesar desse não as ter requerido.

[...]

A razão de todas as prerrogativas dadas ao Judiciário pela Carta Política é garantir a neutralidade no exercício da judicatura. O que acontece com essa neutralidade se os juízes são autorizados a exercer papéis típicos de parte? Qual sentido faria a Constituição se, por um lado, tentasse garantir imparcialidade e, por outro, permitisse aos juízes executar funções de parte?

45 SALGADO, 2013, p. 175.

Essa concentração de funções no juiz não é consistente com o modelo acusatorial estabelecido pela CF/88. Por isso, os artigos 127, 242 e 311 do CPP são inconstitucionais, já que dão poderes aos juízes para determinar medidas cautelares independente da iniciativa do Ministério Público⁴⁶.

Na mesma linha, Eugênio Pacelli e Douglas Fischer discordam da atuação de ofício do magistrado na fase de investigação, destacando que o mesmo procedimento se aplica inclusive às cautelares que não tenham caráter instrutório em si:

Por isso, o que podemos afirmar sem qualquer margem de erro é que não se pode atribuir qualquer competência jurisdicional para a atuação de ofício *na fase de investigação*, seja em relação à produção de prova, seja em relação à imposição de restrições de direitos em matéria cautelar. Da investigação cuidam a polícia e o Ministério Público, órgãos com atribuições tipicamente persecutórias; nessa fase, o juiz será sempre um *juiz de garantias* (tutela das liberdades públicas)⁴⁷. [Grifos do original].

Especificamente sobre a cautelar pessoal consistente na prisão preventiva, ao chamar a atenção de que para a medida drástica são necessários fortes indícios de autoria e materialidade, afirma Eugênio Pacelli:

A atuação judicial na fase de inquérito há de ser para fins exclusivos de tutela das liberdades públicas. É por essa razão que sempre sustentamos a impossibilidade de decretação de prisão preventiva *ex officio* na fase de investigação, embora a aceitemos no decorrer da ação penal. É que, como o principal requisito para qualquer prisão cautelar é o da existência de indícios veementes de autoria e materialidade, deve-se reservar referida valoração (jurídico-penal) apenas para a fase de *jurisdição*, salvo provocação dos interessados, na mesma linha da proteção das liberdades públicas⁴⁸. [Grifos do original].

De fato, a decretação de qualquer medida cautelar anterior à formação de culpa e da relação jurídica processual penal deve ser realizada pelo Ministério Público em razão do sistema acusatório e de todas as nuances que este envolve.

Qualquer pedido cautelar formulado na fase prévia da ação penal precisa ser decidido à luz dos requisitos legais aplicáveis. O magistrado não pode exercer as funções de requerer e julgar, decidindo a

46 TENÓRIO, 2011, p. 25.

47 PACELLI; FISCHER, 2013, p. 566.

48 PACELLI, 2014, p. 14.

demanda cautelar, sob pena de violar os princípios da inércia e da imparcialidade, além de indevidamente exercer o papel de parte nos moldes do sistema inquisitorial.

Com efeito, o Poder Constituinte estabeleceu que cabe ao Ministério Público o papel da formação da *opinio delicti*, não podendo o magistrado formular a acusação, examinando de ofício a presença de indícios de autoria e materialidade no bojo do procedimento investigatório. O atropelo pode acarretar situações como a decretação de prisão preventiva ou outras cautelares pessoais, sem haver mínima convicção do autor da ação principal da presença de evidências de autoria e materialidade para fins de oferecimento de denúncia. Nesse caso, poderia ocorrer evento teratológico, como o arquivamento e a prisão cautelar simultaneamente.

O idêntico regime jurídico de garantias e vedações imposto aos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público indica que o órgão de acusação age conforme sua convicção, sem interferências de ordem política, econômica ou social. Há, portanto, uma razão estrutural para a exclusividade de iniciativa do Ministério Público nas pretensões cautelares penais; do contrário, não haveria razão para separar as funções estatais de acusar e julgar.

Todos esses argumentos ganham relevo e estão acentuados quando se trata de uma cautelar probatória, inclusive no caráter pragmático, pois uma medida injusta demandaria a falha de ambas as funções estatais, acusação e julgamento, porquanto numa decisão de ofício bastaria o equívoco do magistrado. Logo, respeitadas as fases de formação da *opinio delicti* e formalização do pedido pelo Ministério Público, a decisão que poderá restringir direito individual ganhará em legitimidade, fortalecendo as evidências colhidas pela investigação.

4.3 O sistema acusatório e a *good faith exception*

A imparcialidade do julgador decorrente da imposição de um sistema adversarial consistente foi objeto de debate quanto à aplicação da *good faith exception* pela Suprema Corte Americana.

Em *Lo-Ji Sales v. State of New York*, a *Supreme Court* determinou a impossibilidade de aproveitamento das evidências colhidas durante uma diligência realizada com a presença do magistrado. Na ocasião, os policiais e o juiz, responsável pela decisão de expedição do mandado de busca e apreensão, entenderam que a presença do magistrado no local autorizaria um juízo de causa provável célere, com a imediata colheita das evidências. Agindo assim, o mandado foi cumprido de forma abstrata, sem especificação de itens a serem apreendidos, e com a participação direta de quem deveria manter-se imparcial e independente⁴⁹.

O fato foi citado pelo ministro White no caso *Leon v. United States* como exemplo de inaplicabilidade da *good faith exception* porque o magistrado perdeu a sua imparcialidade quando se envolveu na investigação⁵⁰.

No caso concreto, a *Supreme Court* estabeleceu como parâmetro de (im)parcialidade a participação do magistrado na diligência investigativa. Ao transportar a *good faith exception* para o Brasil, é preciso analisar a premissa negativa à aplicação da tese com enfoque no Sistema de Justiça Criminal pátrio.

Com efeito, a imparcialidade do magistrado encontra-se ancorada no princípio da inércia, que impede o juiz de impulsionar a demanda que chegará ao Judiciário, e no regime jurídico constitucional de garantias e vedações, que busca isolar o julgador de influências que a Constituição Federal entendeu prejudicarem a independência do Poder Judiciário.

Numa análise sistemática, portanto, a fundação da imparcialidade está no próprio sistema adversarial acusatório, no qual há um agente estatal, igualmente imparcial segundo critérios constitucionais, mas que participa ativamente da atividade investigativa e detém a competência constitucional de estabelecer o momento no qual a causa penal deve ser submetida ao julgamento isento.

49 *Lo-Ji Sales v. State of New York*, 442 U.S. 319.

50 *United States v. Leon*, 468 U.S. 897, opinion delivered by justice White.

Nessa linha, a *good faith exception* encontraria, como limite no plano constitucional brasileiro, a imparcialidade e, conseqüentemente, o respeito ao sistema adversarial acusatório.

5 Conclusão

A Suprema Corte Americana protagonizou o desenvolvimento do remédio constitucional da supressão das evidências obtidas por meios ilícitos (*exclusionary rule*) e, antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, apresentou uma série de reflexões sobre sua aplicabilidade como proteção constitucional e não como instrumento de impunidade.

Inicialmente, o tribunal estabeleceu um juízo de ponderação de perspectiva coletiva. De um lado, o custo social de um julgamento com evidências reduzidas e, do outro, o benefício para a finalidade preventiva de desvios de conduta estatal. Logo, ficou convenionado, como condição de aplicabilidade da *exclusionary rule*, que a exclusão das evidências deve efetivamente aprimorar o respeito à garantia constitucional da Quarta Emenda a partir do caso concreto.

Nesse contexto, a Suprema Corte Americana concluiu que, nos casos em que os agentes estatais agirem com boa-fé, não havendo um desvio de conduta deliberado, não cabe a aplicação da regra de exclusão. Decidiu que, nessas hipóteses, em não havendo benefício preventivo, o caso concreto deve ser objeto de julgamento com base em todas as evidências.

A exclusão das hipóteses de conduta de boa-fé da aplicabilidade da *exclusionary rule* consolidou-se como principal exceção à regra de exclusão de prova. A partir dela, diversas outras surgiram, inclusive algumas foram incorporadas pelo Código de Processo Penal brasileiro na recente reforma: a descoberta inevitável e a fonte independente.

O presente estudo teve como foco a não inclusão dos preceitos constitucionais estabelecidos pela Suprema Corte Americana referentes à *good faith exception*. Desse modo, ao analisar a construção jurisdicional nos EUA, conclui-se que não faz sentido excluir a linha mestra

das exceções da *exclusionary rule*, importando de forma incompleta a doutrina de exclusão de evidências.

A ponderação entre o benefício da decisão de supressão para evitar arbitrariedades, como as dos casos *Weeks* e *Mapp*, e a fragilização da persecução penal baseada na verdade, observada em *Leon*, pode perfeitamente ser associada ao exame de proporcionalidade proposto pelo garantismo penal integral da Constituição Federal de 1988.

Logo, é recomendável que a doutrina de exclusão de evidências no Brasil finalmente se debruce sobre a completude das premissas que envolvem a *exclusionary rule*, em especial a demonstração de prejudicialidade de caráter coletivo à garantia constitucional.

Por sua vez, o *leading case Leon* trouxe outra baliza importante na interpretação da Quarta Emenda, que exige *probable cause* para autorização de mitigação de direito individual por parte do Poder Judiciário. Para aplicar a *good faith exception*, a Suprema Corte Americana exigiu para validar a busca e apreensão: (a) a decisão não tomada com base em documentos sabidamente falsos pelos agentes; (b) a manutenção da imparcialidade do magistrado em relação ao processo de investigação; (c) a individualização e a adequada descrição do mandado.

Nesse contexto, a decisão da Suprema Corte Americana examinou a possibilidade de exclusão de evidências em razão de uma reavaliação, em sede recursal, da ponderação da causa provável tomada pelo magistrado que decidiu pela mitigação do direito individual. Para tanto, destacou a importância da imparcialidade do juiz dentro do Sistema de Justiça Criminal, no sentido de se manter reservado em relação às investigações.

Ao lançarmos um olhar sobre o Sistema de Justiça Criminal brasileiro, em especial o regime jurídico das magistraturas, juízes e membros do Ministério Público, e do sistema acusatório, percebe-se que o desenho constitucional é compatível com a interpretação da Suprema Corte Americana.

A estrutura constitucional do processo penal brasileiro não apenas admite a aplicação da *good faith exception*, como também adota linhas mestras importantes para uma reflexão sobre o alcance da

revisão de diligências e, também, decisões instrutórias tomadas com base na livre convicção motivada e acobertadas pela imparcialidade.

O princípio da boa-fé e a sua ponderação, associados ao sistema acusatório formado num regime constitucional de garantias e vedações das magistraturas, autorizam a conclusão de que a incorporação da regra de exclusão de evidências no Brasil foi incompleta. É fundamental que as bases teleológicas de prevenção de natureza coletiva da *exclusionary rule* sejam materialmente importadas para que a proteção de garantia constitucional não se transforme em instrumento de impunidade.

Além de ser imprescindível a reavaliação legislativa sobre a regra de exclusão de evidências do Código de Processo Penal, pode-se concluir que a construção jurisprudencial no Brasil sobre o tema merece uma análise própria, limitada no presente estudo pela extensão do assunto.

Referências

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 27 fev. 2017.

_____. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2010.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A reforma do código de processo penal, sob a ótica do garantismo integral. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). *Garantismo penal*

integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPodivm, 2010.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SALGADO, Daniel de Resende. A elite do crime: discurso de resistência e laxismo penal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). *Garantismo penal integral*: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPodivm, 2010.

_____. O controle externo, a seletividade e a (in)eficiência da investigação criminal. In: _____.; DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CHEKER, Monique (Coords.). *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. Salvador: JusPodivm, 2013.

SARAIVA, Wellington Cabral. Legitimidade exclusiva do Ministério Público para o processo cautelar penal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). *Garantismo penal integral*: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPodivm, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade*: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de ineficiência. 12 jul. 2005. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

TENÓRIO, Rodrigo Antonio. *A ineficiência gerada pela tradição inquisitorial*: estudo dos sistemas brasileiro, americano e italiano. Curitiba: Juruá, 2011.

Renúncia a recursos e a *habeas corpus* nos acordos de colaboração premiada

Flávio Pereira da Costa Matias

Sumário: 1 Introdução. 2 O acordo de colaboração premiada. 2.1 As técnicas especiais de investigação no enfrentamento à criminalidade contemporânea e o dever estatal de investigar. 2.2 Histórico legislativo da colaboração premiada. 2.3 Natureza jurídica da colaboração premiada. 3 O processo penal negociado e a colaboração premiada. 3.1 O princípio da obrigatoriedade da ação penal. 3.2 Da teoria do fato jurídico às convenções processuais. 4 Renúncia a recursos e a *habeas corpus* nos acordos de colaboração premiada. 4.1 A possibilidade de renúncia a direitos fundamentais. 4.2 A renúncia a recurso e a *habeas corpus* no direito brasileiro. 4.3 A renúncia a recursos e a *habeas corpus* nos acordos de colaboração premiada: a lição da jurisprudência dos EUA. 5 Conclusão.

1 Introdução

O século XX foi marcado por profundas mudanças nas relações sociais e pela intensificação do processo da globalização. Permeado por duas guerras mundiais e, durante décadas, pela Guerra Fria, foi também nele que as tecnologias e os meios de comunicação se desenvolveram como jamais visto, impactando o dia a dia dos povos de todos os continentes.

O avanço tecnológico experimentado no último século, se, por um lado, trouxe facilidades à vida e ampliou a velocidade com que se movimentam o fluxo de pessoas e bens entre os países, por outro, viabilizou espaços e composições favoráveis ao cometimento de delitos patrimoniais e contra a ordem econômica¹.

¹ ANDREATO, 2013, p. 33.

Assistiu-se, à luz desse panorama, a uma reorientação do paradigma em que se centravam as preocupações das Ciências Criminais, ou seja, Direito Penal, Política Criminal e Criminologia, as quais passaram a ter como objeto não só os crimes e delinquentes clássicos, mas também novos atores e figuras delituosas.

O crime organizado deixou de cingir-se a dominar mercados ilícitos em determinadas localidades e se aperfeiçoou, dominando uma rede transnacional de criminalidade das mais devastadoras formas, incluindo o tráfico de entorpecentes, de armas e de pessoas, o contrabando, a lavagem de dinheiro etc. Como anotado em relatório do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), o crime organizado se globalizou e se transformou em uma ameaça à segurança, tornando-se, por meio da violência e da corrupção, uma das principais forças econômicas e armadas do mundo².

Mesmo esquemas criminosos mais singelos passaram a se valer das facilidades que hoje se apresentam aos que pretendem pôr em prática atos ilícitos penais. A Internet e os aplicativos de comunicação instantânea (como o *WhatsApp* e o *Telegram*, entre inúmeros outros) também vêm contribuindo para o fortalecimento da criminalidade organizada transnacional, visto que os criminosos se valem de tais expedientes para se comunicar, e os Estados têm dificuldade em impôr o cumprimento de suas determinações a grupos empresariais sediados no estrangeiro, a despeito da evolução da cooperação internacional.

É nesse contexto que, juntamente a outras técnicas de investigação da macrocriminalidade – em contraposição às técnicas de investigação tradicionais, mais focadas em crimes com vítimas individuais –, a colaboração premiada se consolidou como uma importante ferramenta de enfrentamento à delinquência contemporânea.

Por permitir às agências de investigação romper o silêncio e conhecer a estrutura criminosa desde uma visão interna, possibilitando o acesso às nuances de delitos graves em face dos quais as técnicas tradicionais de investigação são ordinariamente de pouca ou nenhuma

2 MENDRONI, 2016, p. 497.

valia, a colaboração premiada está na ordem do dia e é alvo de acaloradas discussões, sobretudo em razão de sua larga utilização no caso Lava Jato e nos seus desdobramentos.

O presente estudo parte do pressuposto de que a colaboração premiada, prevista em diversas leis nacionais, é constitucional. Deixa-se de lado a forte crítica que lhe é feita, tanto no aspecto jurídico como no moral. Mais do que isso, procura-se demonstrar que o uso de meios eficazes de combate à macrocriminalidade é um dever estatal, do qual não se pode prescindir.

O enfoque do trabalho é os limites do acordo de colaboração premiada, especificamente quanto à validade de cláusulas que prevejam a renúncia a recurso e a *habeas corpus*, como tem sido noticiado na imprensa³.

Na Seção 2, o acordo de colaboração premiada será analisado no seu histórico legislativo e natureza jurídica, registrando outrossim o tratamento concedido pela Lei n. 12.850/2013, conhecida como a Lei do Crime Organizado.

O caráter negocial é inerente ao acordo de colaboração premiada, como decorre intuitivamente do nome do instituto. Por essa razão, na Seção 3 será abordado o processo penal negocial, a partir da teoria do fato jurídico, e a colaboração premiada enquanto modalidade de negócio jurídico. Examinar-se-á se a colaboração tem características que permitam considerá-la uma convenção processual e quais as consequências dessa classificação.

Na Seção 4, será estudada a possibilidade de haver renúncia a recursos e ao *habeas corpus* (HC) no âmbito do acordo de colaboração premiada. Em um primeiro momento, será analisada a viabilidade de haver renúncia a direitos fundamentais para, em seguida, centrar-se na renúncia a recursos e *habeas corpus*, enfrentando por fim o tratamento dado à questão pela jurisprudência dos Estados Unidos da América (EUA), onde cláusulas de renúncia a recurso e HC constam de acordos processuais penais há bastante tempo.

³ Assim, veja-se a notícia disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-10/acordo-costa-preve-renuncia-recurso-envolve-familiares>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

Conquanto se deva evitar a todo custo a importação acrítica de institutos estrangeiros e de lições aplicáveis a outros ordenamentos jurídicos, a experiência de tribunais de países de tradição democrática e respeitadora dos direitos humanos pode ser de grande valia, permitindo ao legislador e ao jurista nacionais ter uma visão de como determinado instituto já foi ou vem sendo aplicado na prática. Daí advém a pertinência de se atentar para a jurisprudência dos EUA.

Ao final, o artigo será encerrado com nossa tomada de posição sobre a possibilidade de, no acordo de colaboração premiada, poder haver renúncia a recurso e a *habeas corpus*.

2 O acordo de colaboração premiada

A adequada compreensão do acordo de colaboração premiada e de seus limites pressupõe alguns esclarecimentos preliminares acerca do instituto, observando a proposta deste estudo. Para tanto, inicialmente se abordarão as técnicas especiais de investigação, categoria na qual se insere a colaboração premiada. Após, será feito um breve histórico e será enfrentada a natureza jurídica da colaboração para, em seguida, discorrer-se brevemente sobre a Lei n. 12.850/2013.

2.1 As técnicas especiais de investigação no enfrentamento à criminalidade contemporânea e o dever estatal de investigar

A criminalidade econômica e organizada que se desenvolveu exponencialmente no século XX deixou para trás os métodos de investigação convencionais, causando perplexidade aos órgãos de persecução penal, acostumados que estavam a tratar de crimes patrimoniais ou violentos, com vítimas individualizadas e definidas.

As transformações sociais provocadas pela globalização produziram modificações no desenvolvimento da criminalidade e deixaram as instituições judiciais atônitas e sem saber como dar conta dos novos tipos de conflitos surgidos das contradições socioeconômicas, tampouco como lidar com a emergência de inéditos comportamentos discordes à legislação em vigor, editada quando outras eram as

condições da sociedade, revelando, assim, um crescente enrijecimento, do ponto de vista organizacional, uma matriz teórica arcaica, do ponto de vista de sua cultura técnico-profissional, e um excessivo caráter formalista e ritualista do direito⁴.

A ausência de uma pessoa natural ou jurídica determinada como sujeito passivo de uma conduta criminosa, por se tratar de novas figuras delitivas violadoras de bens jurídicos difusos, fez com que não houvesse uma vítima que pudesse testemunhar diretamente sobre o delito, esvaziando a prova testemunhal. Tampouco a prova documental passou a se mostrar satisfatória para descortinar a autoria de crimes dotados de maior grau de complexidade.

A mudança de paradigma acarretada pelo surgimento de crimes com bem jurídico transindividual, trazendo novos desafios aos órgãos de persecução penal, exigiu o aperfeiçoamento do Estado no exercício da atividade persecutória.

Com efeito, conforme preleciona Frederico Valdez Pereira, “são reconhecidas as dificuldades probatórias dos tradicionais meios de investigação em alcançar eficiência diante de fenômenos criminais contemporâneos como o chamado crime organizado”⁵. A complexidade das operações realizadas pelos autores de crimes econômicos ou praticados associativamente tornou indispensável a adoção, pelos órgãos de investigação, de mecanismos eficazes, por intermédio dos quais se pudesse conseguir desvendar a infração penal, sua autoria e recuperar o proveito do crime⁶.

Buscando possibilitar uma resposta penal adequada ao crime organizado e aos crimes de colarinho branco foi que surgiram novos meios de obtenção de provas, comumente chamados de técnicas especiais de investigação (TEI).

As técnicas especiais de investigação não possuem um conceito pacífico no direito comparado. Hans Nilsson afirma que, embora não haja consenso quanto à definição das TEI, na literatura

4 HADDAD, 2011, p. 65.

5 PEREIRA, 2016, p. 27.

6 COSTA, 2007, p. 131.

costuma-se levar em conta o uso de ações encobertas e a natureza ostensiva ou secreta da ação policial ou judicial, bem como a interação entre as autoridades incumbidas de investigação e persecução e as testemunhas, suspeitos e terceiros⁷. Vladimir Aras, por sua vez, dá ênfase ao sigilo como característica primordial das técnicas especiais de investigação⁸.

Danilo Andreato, em estudo monográfico sobre o tema, ensina⁹:

Dá-se o nome de técnicas especiais de investigação (TEI) aos meios de prova ou de obtenção de elementos de prova utilizados quando da inviabilidade de obtê-los por intermédio dos instrumentos investigativos convencionais, em última análise restritos a provas documental e/ou testemunhal, insuficientes para dar corpo ao dever de proteção e direito à segurança principalmente em face das características estruturais do crime organizado e da complexidade dos delitos econômicos e transnacionais cometidos por grupos dessa espécie.

O conceito propalado por Danilo Andreato mostra-se bastante satisfatório, ao pôr o foco na criminalidade organizada e nos delitos econômicos e na insuficiência dos meios tradicionais de obtenção de provas para lhes fazer face.

Ciente dos desafios em reprimir o crime organizado, os crimes de colarinho branco e a corrupção, a comunidade internacional dedicou-lhes tratados, nos quais a utilização das técnicas especiais de investigação é fomentada.

A Organização das Nações Unidas (ONU) já aprovou ao menos dois tratados em que a necessidade de modernizar os meios de obtenção de provas foi textualmente consignada como imperativo para combater a moderna criminalidade. A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), adotada pela ONU em 2000 e internalizada pelo Decreto n. 5.015/2004, dispõe especificamente sobre as TEI no artigo 20 e seus quatro parágrafos. Além dela, também a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), adotada pela ONU em 2003 e

7 NILSSON, 2005.

8 ARAS, 2013, p. 504.

9 ANDREATO, 2013, p. 53.

promulgada no ordenamento pátrio pelo Decreto n. 5.687/2006, possui texto expresso com previsão similar, dedicando o artigo 50 e seus quatro parágrafos às técnicas especiais de investigação.

O Conselho da Europa, igualmente, editou inúmeras recomendações que concernem ou tangenciam as técnicas especiais de investigação, a exemplo da recomendação Rec(2001)11 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa relativa aos princípios reitores da luta contra o crime organizado, adotada em 19 de setembro de 2001; a recomendação Rec(2005)9 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa relativa à proteção das testemunhas e dos colaboradores da justiça, adotada em 20 de abril de 2005; a recomendação Rec(2005)10 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa aos Estados membros concernente às *técnicas especiais de investigação* em face de infrações graves, inclusive dos atos de terrorismo etc¹⁰.

Especialmente voltada à colaboração premiada, no âmbito da União Europeia, é digna de nota a Resolução do Conselho de 20 de dezembro de 1996, relativa aos colaboradores da justiça no quadro da luta contra a criminalidade organizada.

A profusão de atos editados pelos organismos internacionais sobre as TEI não resultou, contudo, em uniformidade de tratamento normativo.

De fato, as espécies de TEI variam de Estado para Estado. Por esse motivo, Vladimir Aras reputa ser mais adequado elencar aquelas utilizadas no Brasil, em vez de buscar apresentar um rol uniforme a partir das fontes europeias, norte-americanas e sul-americanas, tarefa que seria infrutífera¹¹. Partindo dessa premissa, Aras enumera as seguintes técnicas especiais de investigação: a ação controlada, a entrega vigiada, a vigilância eletrônica, o uso de recompensas, a infiltração de agentes, as interceptações postal, ambiental, telefônica e telemática, a exploração de local, o exame de lixo, o uso de testemunhas secretas (sem rosto), a formação de forças-tarefas transnacionais, a requisição de dados cadastrais, o sistema de proteção a vítimas e testemunhas (e também a juízes e promotores) e a colaboração premiada.

10 VARVAELE, 2009, p. 111.

11 ARAS, 2013, p. 519.

A previsão legal das técnicas especiais de investigação e a correlata utilização pelos órgãos de persecução penal, fomentadas pelos organismos internacionais, com a inserção de tais ferramentas de combate à criminalidade nas legislações nacionais, demonstram que a insuficiência dos meios tradicionais de obtenção de prova vem sendo superada passo a passo em prol de uma repressão criminal eficiente, capaz de assegurar o direito fundamental à segurança, pressuposto de uma convivência pacífica e democrática. Com olhos nesse novo paradigma, Baltazar Jr. propugna que¹²:

[...] a manutenção de níveis mínimos de segurança requer uma persecução penal minimamente eficaz, o que, a seu turno, depende de uma investigação criminal dotada de meios capazes de fazer frente à criminalidade tradicional e aquela que se apresenta com contornos de modernidade, nomeadamente a criminalidade empresarial e organizada.

A efetivação dos direitos fundamentais, por isso, não se satisfaz apenas com a criação de instituições e regras de direito material, mas também com a colocação à disposição do instrumental processual necessário¹³, papel exercido pelas técnicas especiais de investigação, na esfera da repressão penal, diante da criminalidade contemporânea.

O dever estatal de garantir a segurança – a outra face do direito fundamental à segurança previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal – e evitar violações de direitos humanos não se cinge apenas a prevenir condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais, mas abarca a devida apuração, respeitados os direitos dos investigados, do ilícito penal e, em sendo o caso, a punição do responsável¹⁴.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), promulgada no Brasil por intermédio do Decreto n. 678/1992, ao impor, logo no artigo 1º, aos Estados-Partes o compromisso de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos no seu texto, acrescenta no artigo 2º que “os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra

12 BALTAZAR JR., 2009, p. 184.

13 LOREZ, Dieter (Der grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz. In: Archiv des öffentlichen Rechts. v. 105, 1980, p. 643) apud BALTAZAR JR., 2009, p. 210.

14 FISCHER, 2011, p. 188.

natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”. É possível extrair da análise conjunta desses dois dispositivos o dever do Estado de promover segurança e responsabilizar atos violadores de direitos humanos, ou seja, crimes, cabendo-lhe munir seus agentes incumbidos da persecução penal dos instrumentos adequados para o desempenho dessa atividade.

No caso *Velásquez Rodríguez*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que “os Estados devem prevenir, investigar e sancionar toda violação de direitos humanos reconhecidos pela Constituição”, competindo-lhe “investigar seriamente com os meios que estiverem a seu alcance as violações que tenham sido cometidas no âmbito de sua jurisdição a fim de identificar os responsáveis, de impor-lhes as sanções pertinentes [...]”.

O dever de proteção do Estado, portanto, constitui o eixo central da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais¹⁵, segundo a qual o poder público é um artífice e um agente de suma importância para a concretização dos direitos humanos¹⁶.

Para que se tenha uma ideia do prejuízo à sociedade causado pelos crimes de colarinho branco e conseqüentemente da importância de o Estado combatê-los, não é preciso superestimar dados. Basta considerar que, segundo estudo da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) de 2010 (bem anterior à eclosão do caso Lava Jato), o custo médio anual da corrupção é de até 2,3% do Produto Interno Bruto brasileiro¹⁷.

Fato é que, num país ainda assolado pela miséria e marcado por extrema desigualdade social, a despeito dos notáveis avanços desde 2003, o prejuízo causado pelo custo da corrupção é perceptível na educação pública, no Sistema Único de Saúde, na qualidade da infraestrutura e no saneamento básico, gerando danos inestimáveis no dia a dia da população e, conseqüentemente, graves violações de direitos humanos, raramente punidas.

15 FELDENS, 2009, p. 223.

16 BONAVIDES, 2010, p. 567.

17 Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/noticias/custo-da-corrupcao-no-brasil-chega-a-r-69-bi-por-ano/>>. Acesso em: 7 ago. 2016.

Em artigo sobre a eficácia do sistema judicial no combate à corrupção, Carlos Higino Ribeiro de Alencar e Ivo Gico Jr. demonstraram que apenas 3% dos casos de corrupção punidos administrativamente são objeto de condenação criminal¹⁸, valendo salientar que o *standard* probatório para a condenação administrativa por uma infração disciplinar é inferior ao exigido para uma condenação criminal, para a qual se requer uma prova que permita formar um juízo de certeza para além de uma dúvida razoável¹⁹.

Dessa forma, o surgimento das técnicas especiais de investigação – e da colaboração premiada em particular – correspondeu a uma necessidade de fazer frente à criminalidade organizada e à delinquência econômica, sendo fomentada pelos organismos internacionais e configurando uma decorrência do dever estatal de proteção aos direitos humanos contra violações de terceiros.

Passa-se ao histórico da colaboração premiada.

2.2 Histórico legislativo da colaboração premiada

Conquanto tenha ingressado na ordem do dia da imprensa e nas discussões cotidianas do brasileiro, o instituto da colaboração premiada ainda está desenvolvendo contornos próprios. O advento da Lei n. 12.850/2013 conferiu maior segurança jurídica ao instituto, mas nem de longe arrefeceu as polêmicas que o envolvem. Uma breve incursão histórica é recomendável para melhor compreender os questionamentos feitos à colaboração premiada.

De acordo com Gustavo dos Reis Gazzola, a colaboração premiada era prevista no Livro Quinto, Título CXVI, das Ordenações Filipinas – que vigoraram de 1603 até 1832, ano da promulgação do Código Criminal do Império –, no qual se encontrava dispositivo oferecendo benesses penais àqueles malfeitores que permitissem, por meio de informações prestadas à autoridade, a prisão de outrem²⁰.

18 ALENCAR; GICO JR., 2011, p. 89.

19 DALLAGNOL, 2015.

20 GAZZOLA, 2009, p. 147.

Na história legislativa recente, foi na década de 1990 que a colaboração premiada floresceu no direito brasileiro, inicialmente com o surgimento da Lei n. 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), em cujos arts. 7º e 8º, parágrafo único, previu-se a possibilidade de redução da pena, de 1/3 a 2/3, para o coautor que colaborasse com a justiça²¹.

Em maio de 1995, entrou em vigor a Lei n. 9.034/1995 (Lei do Crime Organizado), cujo art. 6º previu a colaboração premiada, posto que limitada a benefícios de diminuição da pena. No mesmo ano, a Lei n. 9.080 inseriu dispositivos na Lei n. 7.492/1986 (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional) e na Lei n. 8.137/1990 (Lei dos Crimes Tributários) nos quais o instituto se fez presente. A Lei n. 9.613/1998 (Lei da Lavagem de Dinheiro) também previu a colaboração premiada, inovando ao permitir a fixação de regime inicial da pena mais brando (aberto) e, inclusive, ao dar ao juiz o poder de deixar de aplicar a pena ou substituir sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A Lei n. 9.807/1999 (Lei de Proteção às Testemunhas) foi um marco no tratamento normativo da colaboração premiada em virtude de ter possibilitado a aplicação de benefícios ao réu-colaborador independentemente do delito cometido. Foi seguida pela Lei n. 10.149/2000, que inseriu a figura do acordo de leniência no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com reflexos penais (por meio da inserção do art. 35-C na Lei n. 8.884/1994), e pela Lei n. 11.343/2006 (Lei Antidrogas).

Mas foi a Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013, que cuidou de conferir um tratamento mais minucioso à colaboração premiada, dedicando-lhe os arts. 4º a 7º e prevendo os requisitos do acordo, a possibilidade de retratação, os direitos do colaborador e diversos detalhes relativos à formalização. Ela foi fruto de projeto de lei de autoria da senadora Serys Slhessarenko (PT-MS) em 2006 e acolheu as teses mais modernas da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA)²².

21 ARDENGHI, 2015, p. 1.034.

22 GRECO FILHO, 2014, p. 8.

O tema central deste trabalho levará em consideração, em nível legal, o regramento da Lei n. 12.850/2013.

2.3 Natureza jurídica da colaboração premiada

A natureza jurídica da colaboração premiada é objeto de controvérsia.

Antes do advento da Lei n. 12.850/2013, Antonio Scarance Fernandes chamou a atenção para a circunstância de que a colaboração premiada pressupõe o oferecimento de vantagens de duas ordens ao colaborador: material ou processual. A primeira vantagem consistiria na redução, isenção de pena ou perdão judicial. A segunda, na solução antecipada do processo em favor do colaborador, arquivamento das peças de investigação ou suspensão do processo²³.

Mais recentemente e à vista da Lei n. 12.850/2013, no Habeas Corpus n. 127483/PR, o Plenário do Supremo Tribunal Federal discutiu diversos aspectos relacionados à colaboração premiada, inclusive a sua natureza jurídica. O ministro relator Dias Toffoli, cujo voto de mérito pela denegação da ordem foi acompanhado unanimemente, aduziu que o acordo de colaboração premiada possui natureza de negócio jurídico processual, visto que:

[...] seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.

Dito de outro modo, embora a colaboração premiada tenha repercussão no direito penal material (ao estabelecer as sanções premiaias a que fará jus o imputado-colaborador, se resultar exitosa sua cooperação), ela se destina precipuamente a produzir efeitos no âmbito do processo penal²⁴.

Com o mesmo entendimento, posicionam-se Masson e Marçal, para quem a colaboração premiada tem sua própria natureza, que não se confunde com a natureza do prêmio legal eventualmente aplicado²⁵.

23 FERNANDES, 2009, p. 20.

24 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP6&docID=10199666>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

25 MASSON; MARÇAL, 2016, p. 122.

Marcos Paulo Dutra Santos, contrariamente, defende que o acordo de colaboração premiada possui natureza mista, isto é, “processual material – forma e conteúdo processuais, mas com efeitos materiais”²⁶. Essa posição se mostra mais acertada, uma vez que no acordo de colaboração premiada tanto pode haver cláusulas de direito material (redução da pena ou substituição por restritiva de direitos, por exemplo) como de direito processual (do que a renúncia a recursos – tema adiante enfrentado – é um exemplo reiteradamente posto em prática).

A importância de se fixar a natureza jurídica de um instituto não é meramente acadêmica, tendo em vista que o direito penal material e adjetivo, sem embargo dos pontos de intercessão, muitas vezes se distanciam e encontram soluções díspares para problemas similares. O exemplo mais claro dessa discrepância é o tratamento dado à possibilidade de retroação da lei mais gravosa, cujo aprofundamento extravasa o objeto deste estudo. Saber se são aplicáveis as regras de direito material ou de direito processual, ademais, interessa ao regime de invalidades²⁷.

O acordo de colaboração premiada, destarte, possui natureza mista, a depender do conteúdo da cláusula que estiver em xeque. Essa constatação, entretanto, não rechaça o caráter negocial do acordo da colaboração premiada, objeto da próxima seção.

3 O processo penal negocial e a colaboração premiada

O processo penal negocial é um estranho no ninho do Direito Processual Penal, apesar de fazer parte da nossa realidade há um bom tempo. Isso se deve à prevalência do princípio da obrigatoriedade da ação penal, que, numa visão mais ortodoxa, veda a existência de convenções processuais no processo penal. Mas é nele que a colaboração premiada encontra seu alicerce processual. É o que se passa a explicar.

26 SANTOS, 2016, p. 87.

27 CABRAL, 2016, p. 94.

3.1 O princípio da obrigatoriedade da ação penal

É assente na literatura jurídica o entendimento de que vigora no processo penal brasileiro o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Como regra, o Ministério Público, em se tratando de ação penal pública incondicionada, é obrigado a promover a ação penal, se está diante de fato que, a seu juízo, configure um ilícito penal²⁸.

Compreende a doutrina tradicional que o princípio da obrigatoriedade da ação penal aparece como uma salvaguarda legal das instituições democraticamente eleitas, que dispõem sobre a aplicação da lei penal, e impede que o dever de punir perca a razão de ser em função de uma faculdade de aplicar o direito penal por meio de uma análise de mera conveniência²⁹.

A flexibilização da obrigatoriedade da ação penal, porém, já vem ocorrendo há várias décadas, mediante a introdução, nos países de *civil law*, de mecanismos alternativos que concretizam a ideia de oportunidade na persecução penal³⁰. A adoção do princípio da oportunidade, em contraposição à obrigatoriedade da ação penal, propõe-se a dirigir a atenção dos sistemas de justiça criminal para os delitos de maior gravidade e relevância social, nos quais a criminalidade estruturada é atuante, apostando em uma solução célere e simplificada dos delitos menos significantes³¹.

Foi essa base teórica que certamente inspirou o constituinte na redação do art. 98, I, da Constituição Federal e o legislador ordinário na criação da Lei n. 9.099/1995, responsável por introduzir no ordenamento os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Também com fundamentação parecida, contudo mais abrangente, a colaboração premiada não deixa de causar espanto aos mais ortodoxos que rejeitam toda e qualquer possibilidade de convenção processual no processo penal, o que merece ser examinado à parte para que se possa chegar ao ponto nodal deste trabalho. Antes, convém discorrer

28 OLIVEIRA, 2011, p. 126.

29 PEREIRA, 2002, p. 13.

30 LEITE, 2013, p. 40.

31 PEREIRA, 2002, p. 69.

brevemente sobre a noção de convenção processual à luz da teoria do fato jurídico para melhor compreensão do caráter negocial do processo penal contemporâneo no qual se insere a colaboração premiada.

3.2 Da teoria do fato jurídico às convenções processuais

A teoria do fato jurídico não pertence a um ramo específico do Direito, gerando influxos nos mais diversos institutos de ramos distintos, inclusive no processo penal. Daí a importância de se elucidarem alguns conceitos-chave cruciais para este estudo.

Com arrimo nas lições de Pontes de Miranda, citado por Marcos Bernardes de Mello, “fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica”³².

A classificação mais relevante do fato jurídico é a que leva em consideração o elemento volitivo do suporte fático (para a doutrina ponteano, a norma jurídica é composta pelo suporte fático, de caráter descritivo, e pela prescrição, que estabelece uma consequência ao suporte fático a que se relaciona). Segundo essa classificação, os fatos jurídicos conformes ao direito podem ser:

- a) fatos jurídicos em sentido estrito, que decorrem de simples eventos da natureza ou do animal e que prescindem, para existir, de ato humano;
- b) atos jurídicos em sentido amplo, em que a vontade humana em praticar o ato constitui o cerne do suporte fático. O ato jurídico em sentido amplo subdivide-se em duas categorias: b.1) o ato jurídico em sentido estrito, em que a vontade exercida apenas produz os efeitos necessários e preestabelecidos pelas normas jurídicas respectivas³³; b.2) o negócio jurídico, em relação ao qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites determinados, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações travadas.

Em resumo, enquanto no ato jurídico em sentido estrito a consequência jurídica é invariável e decorre necessariamente do suporte

32 MIRANDA apud MELLO, 2007, p. 111.

33 MELLO, 2007, p. 163.

fático concreto, no negócio jurídico as partes dispõem de poder de autorregramento, posto que limitado pelo sistema³⁴.

Marcos Bernardes de Mello, citando ampla bibliografia, classifica os negócios jurídicos em *unilaterais*, que são aqueles que têm existência e eficácia autônomas, não provocando reciprocidade (exemplos são a emissão de título de crédito, a promessa de recompensa etc.)³⁵; *bilaterais*, que se formam a partir de manifestações de vontade distintas, porém coincidentes, recíprocas e concordantes sobre o mesmo objeto (assim os contratos, os acordos de transmissão da posse etc.)³⁶; e *plurilaterais*, que resultam de vontades distintas que convergem para um fim comum (como os acordos de constituição de sociedade)³⁷.

A noção de negócio jurídico não diz respeito somente ao direito privado. A convenção processual, que recebeu uma cláusula geral no novo Código Processo Civil (art. 190), é uma modalidade de negócio jurídico.

Antonio do Passo Cabral define a convenção processual nos seguintes termos:

Convenção (ou acordo) processual é o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade de intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento³⁸.

O acordo de colaboração premiada, na medida em que permite às partes, dentro de limites legais preestabelecidos, exercer um poder de autorregramento e criar, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais (por exemplo, ao estabelecer uma cláusula que preveja a renúncia ao direito de recorrer, outra em que o colaborador se obrigue a dizer a verdade sobre o que sabe no interrogatório e renuncie ao direito ao silêncio etc.), também pode ser considerado uma convenção processual, ao menos naquelas cláusulas que possuam natureza estritamente processual.

34 BOMFIM; DIDIER JUNIOR, 2016, p. 57.

35 MELLO, 2007, p. 201-203.

36 Ibidem, p. 203-204.

37 Ibidem, p. 205.

38 CABRAL, 2016, p. 68.

O ponto crucial é saber se, dentro desse poder de autorregramento, encontra-se a possibilidade de o réu-colaborador renunciar a recursos e a *habeas corpus*. Chega-se, enfim, à derradeira seção deste artigo, dedicada a verificar exatamente se e em que medida é juridicamente admissível que a renúncia a recursos e a *habeas corpus* conste dos acordos de colaboração premiada.

4 Renúncia a recursos e a *habeas corpus* nos acordos de colaboração premiada

Ao longo do presente texto, demonstrou-se que a criminalidade organizada e econômica exigiu dos Estados novas ferramentas para investigar práticas delituosas cada vez mais sofisticadas e em que vigora a *omertà*, em face das quais os meios tradicionais de obtenção de prova se mostraram insuficientes. Surgiram, desse modo, as técnicas especiais de investigação, das quais a colaboração premiada é uma modalidade de destaque, sobretudo em razão do avanço do caso Lava Jato, no qual ela vem sendo fartamente utilizada, segundo noticiado na imprensa.

Anotou-se que a obrigação de perseguir autores de infrações penais e responsabilizá-los por meio do exercício do *jus puniendi* constitui um dever, correlato ao direito fundamental à segurança, o qual já foi reconhecido inclusive pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Consequentemente, dotar os órgãos de persecução penal de técnicas de investigação modernas e eficazes é igualmente imperativo, pois, sem os instrumentos adequados, os crimes que não se desdortinam mediante meios de prova convencionais – como as provas testemunhal e documental – tendem a ficar impunes.

Prosseguindo, afirmou-se que a colaboração premiada possui natureza mista, podendo conter disposições de caráter processual ou material, o que não elide sua condição de convenção processual, especialmente naquelas cláusulas com natureza jurídica processual.

Admitiu-se que, na condição de convenção processual, a colaboração premiada constitui um negócio jurídico, de maneira que

aqueles que a celebram gozam de poder de autorregramento na delimitação do conteúdo e eficácia de suas cláusulas.

Pois bem. Entre os inúmeros pontos criticados nos acordos de colaboração premiada, sobretudo no âmbito do caso Lava Jato – cuja repercussão ímpar na imprensa e na sociedade é natural, à vista da dimensão que tomou, existindo atualmente forças-tarefas constituídas no MPF em Curitiba, Rio de Janeiro, São Paulo e na própria Procuradoria-Geral da República–, um em especial vem sendo alvo de fortes objeções: a previsão de renúncia a recurso e *habeas corpus*.

Essa previsão constou, a título ilustrativo, no acordo de colaboração premiada celebrado pelo Ministério Público Federal e por Paulo Roberto Costa, ex-diretor da Petrobras, da seguinte forma³⁹:

Cláusula 15. Para que do acordo derivem benefícios, ainda, o colaborador se obriga, sem malícia ou reservas mentais, e imediatamente, a:

[...]

g) não impugnar, por qualquer meio, o acordo de colaboração, em qualquer dos inquéritos policiais ou ações penais nos quais esteja envolvido, no Brasil ou no exterior, salvo por fato superveniente à homologação judicial, em função de descumprimento do acordo pelo MPF ou pelo Juízo Federal;

[...]

Cláusula 17. Ao assinar o acordo de colaboração premiada, o colaborador, na presença de seu advogado, está ciente do direito constitucional ao silêncio e da garantia contra a autoincriminação. Nos termos do art. 4º, § 14, da Lei 12.850/2013, o colaborador renuncia, nos depoimentos em que prestar, ao exercício do direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade. O colaborador renuncia ainda, ao exercício do direito de recorrer das sentenças penais condenatórias proferidas em relação aos fatos que são objeto deste acordo, desde que elas respeitem os termos aqui formulados.

Houve quem defendesse – a exemplo de Leandro Gesteira – que, em se deparando com tal espécie de cláusulas, o juízo deveria recusar homologação ao acordo⁴⁰. De forma mais contundente, Afrânio da Silva Jardim assim se pronunciou⁴¹:

39 Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

40 GESTEIRA, 2016.

41 JARDIM, 2016.

Já na perspectiva dos indiciados ou réus, cabem algumas restrições e ponderações. Primeiro, os investigados só podem eficazmente se comprometer a deveres ou obrigações que se insiram no seu poder de disponibilidade. Evidentemente, direitos indisponíveis não podem ser objeto de “negociação”. Por conseguinte, seria nula qualquer cláusula que vedasse ao indiciado o direito de exercer, futuramente, o seu direito de ação, mormente em se tratando de Habeas Corpus, como seria também inválida a renúncia prévia ao duplo grau de jurisdição.

Essa não parece ser a melhor posição, como se verá.

4.1 A possibilidade de renúncia a direitos fundamentais

A impugnação a decisões judiciais, seja internamente, no próprio processo, por meio de recurso, seja de maneira autônoma, por meio de *habeas corpus*, constitui um direito fundamental basilar e encontra previsão no art. 5º, incisos LIV⁴², LV⁴³ e LXVIII⁴⁴, da Constituição Federal (CF).

O *habeas corpus* consta textualmente do art. 5º da CF. Já o direito de recorrer (ou poder de recorrer), na verdade, é um aspecto, elemento ou modalidade do próprio direito de ação e defesa⁴⁵, de envergadura sabidamente constitucional. Daí a referência aos dispositivos enumerados no parágrafo anterior.

A previsão de renúncia a recurso e *habeas corpus* nos acordos de colaboração premiada, realmente, causa alguma perplexidade. Isso porque, em último caso, ela corresponde a renúncia a direitos fundamentais.

Por renúncia a direito fundamental, entende-se a existência prévia de uma posição jurídica subjetiva, tutelada por uma norma de direito fundamental, que, por força da expressão de vontade concordante do seu titular, sofre um enfraquecimento em face do Estado⁴⁶. Há, na renúncia, uma decisão voluntária do particular que produz consequências jurídicas na sua própria esfera jurídica (o enfraquecimento de uma

42 Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

43 Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

44 Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

45 PELLEGRINI; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 28.

46 NOVAIS, 1996, p. 267.

posição jurídica tutelada por uma norma de direito fundamental) e na esfera da entidade pública (a correspondente ampliação dos poderes de intervenção estatal na esfera protegida do particular)⁴⁷.

Dissertando sobre o assunto, Canotilho traça a seguinte orientação: a) é irrenunciável qualquer direito medularmente inerente à dignidade da pessoa humana; b) os direitos fundamentais, como totalidade, são irrenunciáveis; c) os direitos, liberdades e garantias, isoladamente considerados, são também irrenunciáveis, devendo distinguir-se entre renúncia ao *núcleo substancial* do direito (constitucionalmente proibida) e limitação voluntária ao exercício (aceitável sob certas condições) de direitos⁴⁸.

Passando ao largo da vasta discussão doutrinária sobre os limites dos direitos fundamentais, é possível, com amparo nos estudos de Ingo Sarlet, conceituar a garantia da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais como a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecido como um direito fundamental⁴⁹.

A pergunta que deve ser feita é a seguinte: a renúncia a recurso e *habeas corpus* feita no bojo de um acordo de colaboração premiada é válida ou, ao revés, atinge o *núcleo essencial* do direito constitucional à ampla defesa, ao devido processo legal etc.?

A resposta a essa indagação é o objeto do próximo tópico.

4.2 A renúncia a recurso e a *habeas corpus* no direito brasileiro

Em lição dirigida ao processo civil, mas plenamente aplicável ao processo penal, Barbosa Moreira preleciona que o recurso “é o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”⁵⁰.

47 NOVAIS, 1996, p. 274.

48 CANOTILHO, 2003, p. 464-465. Prossegue Canotilho com outras três orientações, sem tanta relevância para este estudo.

49 SARLET, 2009, p. 402.

50 MOREIRA, 2003, p. 233.

A voluntariedade, aliás, consiste numa característica marcante do recurso, dela decorrendo que a interposição respectiva depende sempre de ato de vontade do recorrente⁵¹. A obrigatoriedade do recurso, anote-se, remonta ao período colonial, quando, em todas as sentenças proferidas nas causas criminais, o juiz estava obrigado a apelar das próprias decisões⁵².

O *habeas corpus*, por sua vez, corresponde a um remédio jurídico aplicável contra as violações da liberdade física⁵³. Cuida-se de uma ação que tem por objeto uma prestação estatal consistente no restabelecimento da liberdade de ir, vir e ficar, ou, ainda, na remoção de ameaça que possa pairar sobre o direito fundamental da pessoa⁵⁴.

Ao contrário do recurso, o *habeas corpus*, além de poder ser impetrado por qualquer pessoa, nos termos do *caput* do art. 654 do Código de Processo Penal (CPP), pode, nos termos do § 2º do mesmo artigo, ser concedido de ofício pelos juízes ou tribunais no curso de um processo⁵⁵.

É perceptível que a renúncia ao poder de recorrer e de impetrar *habeas corpus*, embora ocasione severas consequências aos réus-colaboradores, é constitucional e legal, como se passa a demonstrar.

4.2.1 O interesse para recorrer no processo penal e o fator impeditivo do poder de recorrer em face dos acordos de colaboração premiada

O juízo de admissibilidade do recurso, sempre preliminar ao mérito, consiste na verificação da existência dos requisitos de admissibilidade⁵⁶. Ele se divide em requisitos intrínsecos de admissibilidade,

51 PELLEGRINI; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 27.

52 BRANCO, 2005, p. 393.

53 MIRANDA, 1979, p. 3.

54 PELLEGRINI; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 271.

55 CPP, art. 654. “O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

[...]

§ 2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal”.

56 DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2011, p. 42.

concernentes ao poder de recorrer, e em requisitos extrínsecos, relativos ao modo de exercício do direito de recorrer⁵⁷.

O interesse recursal é um dos requisitos de admissibilidade recursal. Ensina Gustavo Badaró que ele deve ser analisado a partir de uma ótica prospectiva: o que se pode vir a ganhar com a decisão, isto é, qual a utilidade prática que dele advém⁵⁸.

Na mesma linha, em trabalho monográfico acerca do tema, Maurício Zanoide determina o interesse-utilidade, no qual situa o interesse recursal, por meio de uma operação racional pela qual se extrai a existência (ou não) de um prático benefício jurídico ao recorrente⁵⁹. O cerne desse juízo de probabilidade revelador do *interesse-utilidade* põe-se no determinar se a situação almejada é ou não, potencial e comparativamente, mais vantajosa ao recorrente, exercício feito a partir do exame do pedido e razões impugnativas e do ordenamento jurídico⁶⁰.

Quando for celebrado um acordo de colaboração premiada no qual conste a renúncia a recurso, evidencia-se que aquela situação surgiu de iniciativa comum ao Ministério Público e ao réu-colaborador, necessariamente acompanhado de seu advogado. Uma vez homologado judicialmente o acordo, fruto do consenso de ambas as partes, tem-se que a vontade legitimamente declarada do MP, do colaborador e de seu advogado foi observada pelo juízo. Nesse caso, não existiria, em regra, utilidade em eventual recurso interposto pelo réu-colaborador em face do próprio acordo por ele celebrado, visto que não haveria como a decisão do órgão *ad quem* ser-lhe *mais útil*, pois qualquer decisão que tomasse no sentido de modificar, alterar ou extinguir o acordo necessariamente implicaria desatender uma comunhão de vontades exercitada nos termos da lei.

Portanto, independentemente de haver cláusula de renúncia a recurso no acordo de colaboração premiada, a impugnação intraprocessual do acordo aludido deveria ser refutada, por ausência de interesse-utilidade.

57 DIDIER JUNIOR; CUNHA, p. 44.

58 BADARÓ, 2015, p. 834.

59 MORAES, 2000, p. 187.

60 Ibidem, p. 188.

Com efeito, o processo penal não se compraz com condutas incompatíveis e que inobservem a boa-fé objetiva, entendida como a retidão do comportamento das partes, que devem evitar a prática de ações contraditórias (*venire contra factum proprium*)⁶¹, no caso, celebrar um acordo e depois impugná-lo.

Em outra vertente, há também fator impeditivo de recorrer na hipótese, pois é impeditivo do poder de recorrer o ato de que diretamente haja resultado a decisão desfavorável àquele que, depois, pretende impugná-la. É caso de preclusão lógica, que é a perda de um direito ou faculdade processual por quem tenha realizado atividade incompatível com o respectivo exercício.

Mesmo que não existisse cláusula de renúncia a recurso no acordo de colaboração premiada, apelação interposta contra sentença que acolhesse a convenção das partes anteriormente homologada pelo juízo competente não poderia superar a fase de admissibilidade e, assim, ser conhecida.

O mesmo raciocínio estende-se – atentando para as particularidades de cada qual – ao *habeas corpus*, que não deve sequer ser analisado quando impetrado contraditoriamente a ato a que deu causa o réu-colaborador.

Assim, se a perda do poder de recorrer pode ser fruto da técnica processual (preclusão lógica, fator impeditivo do poder de recorrer etc.), não há cogitar de inconstitucionalidade quando a impossibilidade de impugnar a decisão judicial for fruto da vontade das partes, por força de convenções processuais e da colaboração premiada em particular.

Outra, todavia, é a melhor posição a se adotar, entre as possíveis. É o que se verá nos próximos subtópicos.

4.2.2 As cláusulas de renúncia a recurso e a *habeas corpus* nos acordos de colaboração premiada

A Lei n. 12.850/2013, acolhendo a experiência pioneira do caso Banestado, em que pela primeira vez no país utilizou-se o sistema de acordos escritos e clausulados na colaboração premiada⁶², determina, no art. 6º,

61 FISCHER, 2016, p. 57.

62 ARAS, 2013, p. 536, nota de rodapé 78.

que o acordo seja realizado por escrito. Muito mais do que uma formalidade, essa exigência é indispensável para que o colaborador possa manifestar seu consentimento de forma livre e consciente, sem vícios, o que se reforça pela razão de, por imperativo legal, em todas as etapas do acordo, ele necessariamente estar na companhia de advogado (art. 4º, § 15).

No princípio deste estudo, transcreveram-se críticas à possibilidade de o réu-colaborador renunciar ao direito a recurso e a *habeas corpus*, sob o pretexto de que haveria, no caso, renúncia a direitos fundamentais, o que colidiria com a Constituição.

Já foi visto que os direitos fundamentais podem, pontualmente e preservando a intangibilidade de alguns e o núcleo essencial de outros, ser objeto de renúncia. Outras vezes, a própria técnica processual gera a perda de uma faculdade (preclusão). Os direitos a recorrer e a impetrar *habeas corpus*, com mais razão, podem ser lícitamente objeto de renúncia em acordos de colaboração premiada.

Com clareza invulgar, destaca Antonio do Passo Cabral:

[...] se a negociação é reconhecida, no processo penal, até mesmo para dispor de interesses substanciais, entendemos que não deva haver óbice apriorístico para a negociação *em matéria processual*.

[...] As convenções processuais [...] pelas quais as partes renunciavam previamente a certos tipos de recurso ou meios de prova, não versam sobre o direito material subjacente e estão em campos em que a vontade dos litigantes já seria suficiente para abrir mão e dispor daqueles atos do processo: a parte pode não excepcionar a competência, pode não requerer meios de prova, não indicar testemunhas, tudo voluntariamente. Ora, se pode fazê-lo por atos negociais unilaterais, por que não o poderia por convenções processuais?⁶³

Rosimeire Ventura Leite segue caminho semelhante, quando afirma:

Os direitos e garantias fundamentais do processo penal têm o objetivo precípuo de proteger a pessoa acusada, diante da ameaça que a persecução penal representa para sua liberdade. A nosso ver, o exercício das faculdades e poderes que tal condição lhe outorga deve deixar margem para escolhas que tenham por base a autonomia pessoal e a liberdade de conduzir a própria vida⁶⁴.

63 CABRAL, 2016, p. 164-165.

64 LEITE, 2013, p. 34.

Acrescenta Rosemeire Leite, com acerto, que, além da necessidade de reforçar o papel da defesa técnica, é essencial que o ordenamento jurídico deixe sempre ao imputado e à defesa outras vias de resistência⁶⁵.

Observando as cláusulas do acordo de colaboração premiada celebrado entre o MPF e o ex-diretor da Petrobras Paulo Roberto Costa, em especial a cláusula 15, percebe-se que elas estabelecem uma ressalva que objetiva evitar que o colaborador fique à mercê de uma – improvável, mas não impossível – arbitrariedade do próprio MPF ou do juiz da causa.

A ressalva aludida detém, claramente, inspiração na jurisprudência dos Estados Unidos da América (EUA). E é nela que se fará uma breve incursão.

4.3 A renúncia a recursos e a *habeas corpus* nos acordos de colaboração premiada: a lição da jurisprudência dos EUA

O processo negocial está sedimentado de longa data no sistema de justiça criminal dos Estados Unidos, onde duas figuras se sobressaem: o *plea bargaining* e o *nolo contendere*.

O *plea bargaining* consiste numa transação em que há a admissão de culpa pelo réu em troca de benefícios, subtraindo o processo do julgamento pelo júri⁶⁶. Estima-se que cerca de 90% das condenações criminais resultem da admissão de culpa⁶⁷.

No *nolo contendere*, conquanto não haja admissão de culpa pelo acusado, ele deixa de impugnar a acusação⁶⁸.

Nos EUA, onde a discussão em torno da colaboração premiada é aprofundada e frequente há bastante tempo os tribunais, chamam-se *waivers* as renúncias⁶⁹ feitas pelo colaborador, inclusive em acordos de colaboração premiada. Vladimir Aras afirma que, em parte dos Estados norte-americanos, o acusado pode, por exemplo, renunciar ao direito de ser julgado pelo júri, o que, no processo

65 LEITE, 2013, p. 34.

66 FERNANDES, 2005, p. 194-195.

67 Ibidem, nota de rodapé 24.

68 PEREIRA, 2002, p. 110.

69 Literalmente, *waiver* pode ser traduzido como *renúncia*.

penal federal, depende de sua manifestação escrita e da anuência do Ministério Público e do Judiciário⁷⁰.

A ampla utilização do processo penal negocial levou à aceitação da renúncia a direitos constitucionais e legais pela jurisprudência da Corte Suprema dos EUA⁷¹. Forte nesses precedentes, as Cortes Federais de Apelação vêm admitindo cláusulas que vedam as impugnações judiciais dos acordos celebrados com a acusação no *plea bargaining* (*sentencing appeal waivers*).

Entretanto, conquanto haja previsão no acordo de colaboração (*plea agreement*) da renúncia a impugnação dos termos do acordo, as Cortes Federais de Apelação entendem que alguns direitos constitucionais e legais subsistem a tal renúncia.

Dois exemplos da jurisprudência dos EUA esclarecem bem a correta posição dos tribunais estadunidenses: a possibilidade de impugnar judicialmente a denegação de uma defesa efetiva (*United States v. Attar, 4th Cir. 1994*) ou uma sentença cuja sanção penal superou o máximo permitido legalmente (*United States v. Marin, 4th Cir. 1992*).

Com efeito, seria demasiado arbitrário proibir o colaborador de interpor recurso e obrigá-lo a se submeter ao descumprimento do acordo pela acusação ou pelo próprio juiz, embora houvesse este homologado o termo de acordo que lhe fora apresentado.

A mesma conclusão é passível de aplicação no direito brasileiro. Embora respeitem o ordenamento jurídico pátrio, as cláusulas que preveem a renúncia a recursos ou HC nos acordos de colaboração premiada devem ser lidas sem que impeçam ao colaborador impugnar pontual e judicialmente – independentemente de quaisquer ressalvas nesse sentido – questões advindas no curso do processo ou na sentença, sem que se configure, com isso, a quebra do acordo, quando, por exemplo, o juiz aplica causa de diminuição da pena em patamar inferior à prevista no acordo e requerida pelo Ministério Público.

70 ARAS, 2015, p. 603-504.

71 *United States v. Mezzanatto*, 115 S. Ct. 797, 801 (1995); *Tollett v. Henderson*, 411 U.S. 258, 267 (1973); *Blackledge v. Allison*, 431 U.S. 63, 71 (1977, cert. denied, 116 S. Ct. 548 (1995)).

Essa, ademais, vem sendo a tônica do Ministério Público Federal nos acordos de colaboração premiada firmados no caso Lava Jato, consoante se extrai das cláusulas do acordo celebrado com o ex-diretor da Petrobras Paulo Roberto Costa transcritas linhas atrás, nas quais expressamente se consignou que a renúncia a recursos e a meios de impugnação como o *habeas corpus* não abrangia a hipótese de haver descumprimento da convenção pelo MPF ou pelo juiz.

É dizer, malgrado a previsão de cláusula em que o acusado renuncia a recurso e *habeas corpus*, poderá o réu-colaborador impugnar posteriormente o acordo se o MPF ou o juiz o descumprirem.

Se, por outro lado, a parte descumprir o acordo – interpondo recursos ou impetrando HCs – injustificadamente, rescinde-se o acordo de colaboração premiada, sem prejuízo da utilização das provas até então produzidas contra o ex-colaborador.

Nesse caso em particular, a despeito das ponderações lançadas neste artigo, o Supremo Tribunal Federal, por intermédio do ministro então relator Teori Zavascki, recusou homologação a tais cláusulas (15, alínea *g*, e 17), assentando que “fica excluída da homologação, que ora se formaliza, qualquer interpretação das cláusulas acima indicadas que possa resultar em limitação ao direito fundamental de acesso à Jurisdição”⁷².

A decisão do STF, na situação em apreço, foi incorreta. As cláusulas não homologadas previam a possibilidade de a parte recorrer ou impugnar o acordo se houvesse descumprimento por parte do MPF ou do juízo, na mesma linha da jurisprudência dos tribunais federais norte-americanos, entendimento que prestigia a boa-fé que deve reger as convenções e refuta a realização de comportamentos contraditórios.

É por isso que, em acordos de colaboração premiada mais recentes, abraçando mais estreitamente a lição norte-americana, buscando passar ao largo da polêmica sobre renúncia a direitos fundamentais e com o fito de evitar a recusa à homologação de cláusulas do acordo de colaboração premiada, o Grupo de Trabalho na Procuradoria-Geral

72 Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/teori-homologa-delacao-paulo-roberto.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

da República do caso Lava Jato vem inserindo cláusulas nos acordos segundo as quais o colaborador se compromete a:

[...] não impugnar, por qualquer meio, este acordo, em qualquer dos inquéritos policiais ou ações penais nos quais estejam envolvidos, no Brasil ou no exterior, salvo por fato superveniente à homologação judicial, decorrente do descumprimento do acordo ou da lei pelo Ministério Público Federal ou pelo Poder Judiciário⁷³; [...].

Abandonou-se, por cautela, a reprodução da cláusula que previa a *renúncia* a recurso ou HC, que tanto estardalhaço gerou (equivocadamente, frise-se), e ao mesmo tempo acrescentou-se o descumprimento da lei – e não somente dos termos da colaboração premiada – como hipótese em que se permite à parte impugnar o acordo judicialmente.

Em rigor, a previsão equivale à do acordo de Paulo Roberto Costa, porém a redação foi aperfeiçoada, naquilo em que retirou do termo do acordo de colaboração premiada a *renúncia a recurso ou habeas corpus* e resguardou ao réu-colaborador meios de impugnação para atacar eventual descumprimento pelo MP ou pelo Poder Judiciário do que fora avençado.

Se houver impugnação por recurso ou HC da decisão judicial (sentença ou acórdão) que observar os termos do acordo de colaboração premiada, ocorrerá a rescisão do acordo, como já consignado, o que não se confunde com a retratação dos termos da proposta.

De acordo com o art. 4º, § 10, da Lei n. 12.850/2013, as partes podem retratar-se da proposta de acordo de colaboração premiada. Uma vez celebrado o acordo, não mais será cabível a retratação, cuidando-se, em sendo o caso, de mera inexecução de negócio jurídico⁷⁴, isto é, de rescisão, situação na qual todas as provas poderão ser utilizadas validamente contra o ex-colaborador.

Sobre a questão, leciona Cibele Benevides Guedes Fonseca:

Acatada a proposta pela outra parte, firma-se o acordo, que deve, portanto, ser cumprido, sob pena de rescisão [...] Veja-se que a rescisão não

73 Nesses exatos termos, veja-se o acordo de colaboração premiada firmado pelo procurador-geral da República e por Joesley Mendonça Batista, Cláusula 12, alínea f. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/5/art20170519-04.pdf#LS>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

74 Assim se pronunciou o min. Dias Toffoli, no HC n. 127483, Tribunal Pleno, julgado em 27.8.2015, DJe-021, divulgado em 3.2.2016 e publicado em 4.2.2016.

se confunde com retratação, tampouco seus efeitos. A rescisão ocasionada pelo colaborador acarreta a perda dos seus benefícios, bem como a possibilidade de utilização de todas as provas já produzidas em seu desfavor, se ainda não tiver sido prolatada sentença; ou o cumprimento da pena imposta na sentença, se esta já foi proferida⁷⁵.

Assim, se o réu-colaborador celebra acordo no qual se compromete a não recorrer nem impetrar HC, desde que respeitados os termos do acordo, e finda por descumprir tais cláusulas (por exemplo, recorrendo de sentença que respeite os limites do acordo ou impetrando HC no curso do processo), opera-se a rescisão da colaboração premiada em seu desfavor, permanecendo válidas todas as provas até então fornecidas, mas perdendo ele os benefícios acordados. Pode-se, nessa trilha, conhecer e julgar o recurso e o HC manejados contrariamente ao que se estabeleceu no acordo de colaboração; disso emanaria, em contrapartida, a rescisão do acordo, com os consectários esperados.

Com esse entendimento, tal como no exemplo bem-sucedido da jurisprudência dos EUA, preserva-se o direito de a parte recorrer ou impetrar HC no processo penal, mesmo que não haja descumprimento por parte do MP ou do juízo, cabendo-lhe, entretanto, arcar com as consequências de seus atos, no caso, a rescisão do acordo de colaboração premiada e a consequente perda dos benefícios nele estipulados, honrando-se o negócio jurídico (a colaboração premiada) celebrado.

5 Conclusão

A colaboração premiada, definitivamente, veio para ficar e a sua solidificação no processo penal brasileiro ainda está sendo construída, fruto da busca por um equilíbrio entre eficiência da persecução penal e garantias da pessoa investigada ou acusada de prática criminosa.

Renunciar a recurso e a HC em acordos de colaboração premiada é medida lógica que decorre da autonomia do indivíduo e da própria vedação a comportamentos contraditórios, a qual, em sendo inobservada, traz como consequência a rescisão do acordo.

75 FONSECA, 2017, p. 155.

No entanto, se o Ministério Público ou o próprio juízo violarem os termos do acordo, a interposição de recurso ou a impetração de HC pelo colaborador não pode ter como consequência a rescisão do acordo, como vêm prevendo os termos de colaboração premiada mais recentemente celebrados no âmbito do caso Lava Jato.

Por outro prisma, é possível conhecer o recurso e o *habeas corpus* manejados contrariamente ao teor do acordo de colaboração premiada, desde que se reconheça a rescisão do acordo, com todas as consequências dela decorrentes.

Valem, no particular, as lições ofertadas pela jurisprudência dos EUA, que se debruça há décadas sobre o tema.

Referências

ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JÚNIOR, Ivo. Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 89, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v7n1/a05v7n1.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2016.

ANDREATO, Danilo. *Técnicas especiais de investigação: premissas teóricas e limites constitucionais*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

ARAS, Vladimir. Renúncia ao julgamento pelo júri no processo penal brasileiro. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELLELA, Eduardo (Orgs.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. Técnicas especiais de investigação. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Coord.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

ARDENGHI, Ricardo Pael. Fim do sigilo da delação premiada com o recebimento da denúncia: necessidade de uma interpretação à luz do garantismo penal integral. In: VITORELLI, Edilson (Org.).

Temas atuais do Ministério Público Federal. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Limites constitucionais à investigação. O conflito entre o direito fundamental à segurança e o direito de liberdade no âmbito da investigação criminal. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (Coords.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BOMFIM, Daniela; DIDIER JUNIOR, Fredie. Colaboração premiada (Lei 12.850/13): natureza jurídica e controle por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Coords.). *Processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRANCO, Tales Castelo. Apelação criminal: de suas origens aos dias de hoje. In: YARSHEL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

CABRAL, Antonio do Passo. Acordos processuais no processo penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti (Coords.). *Processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 9. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA, Jorge Gustavo Serra de Macedo. Os modernos métodos de investigação: a interceptação das comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática; a quebra do sigilo bancário; a

infiltração e a captação ambiental; cooperação jurídica internacional. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (Orgs.). *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de direito processual civil*. 9. ed., v. 3. Salvador: JusPodivm, 2011.

FELDENS, Luciano. O dever estatal de investigar: imposição decorrente dos direitos humanos e fundamentais como imperativo de tutela. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (Coords.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coords.). *Crime organizado – aspectos processuais*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009.

_____. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FISCHER, Douglas. A efetividade democrática do direito fundamental à segurança e os postulados garantistas. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (Orgs.). *Direito à democracia: ensaios transdisciplinares*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

_____. Sobre a compatibilização da ampla defesa, do *nemo tenetur se detegere*, da boa-fé objetiva, do devido processo legal (penal) em prazo razoável e da cooperação – influências principiológicas da Constituição da República e do novo CPC no processo penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti (Coords.). *Processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 13).

FONSECA, Cibele Benevides Guedes. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

GAZZOLA, Gustavo dos Reis. *Delação premiada*. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (Coords.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GESTEIRA, Leandro. *Delação premiada e a ampla defesa: o acordo de Paulo Roberto Costa*. 4 nov. 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/delacao-premiada/>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Sociedade contemporânea, criminalidade moderna, justiça de outrora*. In: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de (Coord.). *Direito e processo penal na justiça federal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2011.

JARDIM, Afranio Silva. *Delatando (sem prêmio) as delações premiadas*. 2 ago. 2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/delatan-do-sem-premio-as-delacoes-premiadas-por-afranio-silva-jardim/>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas-corpus: direito constitucional e processual comparado*. 8. ed. corrigida e melhorada. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1979.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NILSSON, Hans G. Special investigation techniques and developments in mutual legal assistance – the crossroads between police cooperation and judicial cooperation. *Resource Material Series*, Tokyo, n. 65, p. 40, mar. 2005. Disponível em: <http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS_No65/No65_07VE_Nilsson2.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PELLEGRINI, Ada Grinover; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PEREIRA, Cláudio José. *Princípio da oportunidade e justiça penal negociada*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal: direito penal econômico e o novo direito penal. In: _____ (Org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

VARVAELE, John. A. E. Mesures de procédures spéciales et respects des droits de l'homme. Rapport général. *Utrecht Law Review*, v. 5, n. 2, p. 111, Oct. 2009. Disponível em: <<https://www.utrechtlawreview.org/articles/10.18352/ulr.105/galley/105/download/>>. Acesso em: 4 fev. 2017.

A inferência para a melhor explicação e o crime de cartel no contexto da operação Lava Jato

João Paulo Machado Piratelli

Sumário: 1 Introdução. 2 A prova como argumentação: a análise dos elementos de prova sob a perspectiva da inferência para a melhor explicação. 3 A dinâmica de um cartel segundo o contexto da operação Lava Jato. 4 Análises concretas: o cartel e a prova. 4.1 Síntese do cartel envolvido no “PAC das Favelas”. 4.2 Síntese do cartel envolvido no caso de “Angra 3”. 4.3 As evidências dos cartéis envolvidos nos casos “PAC das Favelas” e “Angra 3”. 5 Conclusão.

1 Introdução

O presente trabalho objetiva expor ao leitor a necessidade de se adotar a inferência para a melhor explicação como marco teórico para a comprovação do crime de cartel, tendo em vista a sua complexidade probatória.

Para isso, inicialmente, foram tecidas algumas considerações sobre o que é “prova”, de modo que se justifique a escolha da inferência para a melhor explicação como o instrumento mais apropriado para a análise probatória em crimes complexos, como é o caso do cartel.

Para corroborar essa escolha, foram utilizados, como base empírica deste artigo, os acordos de leniência firmados entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e algumas empreiteiras investigadas na denominada operação Lava Jato.

Os documentos analisados se restringem à versão pública¹ dos históricos de conduta divulgados no site do CADE pela sua Assessoria

1 Em regra, para proteger a identidade do beneficiário e seus interesses comerciais, os acordos de leniência permanecem confidenciais até o seu julgamento pelo CADE (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Combate a cartéis e programa de leniência*. p. 24. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_leniencia.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2017).

de Comunicação Social. Portanto, a análise ora tratada pressupõe que o leitor possua conhecimento teórico mínimo sobre a atuação do CADE e os acordos de leniência².

Busca-se, com isso, avaliar a possibilidade da utilização de acordos de leniência e de seus respectivos históricos de conduta em processos e procedimentos criminais que envolvem a persecução penal de cartéis.

2 A prova como argumentação: a análise dos elementos de prova sob a perspectiva da inferência para a melhor explicação

Inicialmente, é necessário dizer que aquilo que leigamente se entende por “prova” está errado. É muito comum, inclusive, encontrar decisões judiciais e petições referindo-se a documentos, testemunhos e outros como provas em si. Contudo, esses substratos materiais³ não são provas por si só⁴, mas sim elementos de prova (também chamados de evidências).

O elemento de prova “nada mais é do que uma hipótese em que se confia a ponto de colocá-la como base para uma inferência a outra hipótese”⁵, ou seja, em que pese se adote aqui a concepção de que o elemento de prova é o substrato material (vestígio) de fragmentos da realidade (como um quebra-cabeça), não se pode olvidar a sua natureza de hipótese, haja vista que a prova é sempre relacional⁶. Assim, abstraem-se hipóteses sobre evidências de um mesmo contexto de tal maneira que elas (as hipóteses) sejam relacionadas de modo interdependente na construção de um raciocínio⁷.

2 Para quem não tem essa bagagem teórica, recomenda-se a leitura de algumas cartilhas confeccionadas pelo próprio CADE, notadamente a “Cartilha do CADE”, a cartilha sobre o “Combate a Cartéis e Programa de Leniência” e o “Guia de Programa de Leniência Antitruste do Cade”. Tais documentos podem ser facilmente encontrados no site da mencionada autarquia federal (<<http://www.cade.gov.br/>>).

3 Substrato no sentido de que documentos, testemunhos e outros são vestígios de fragmentos da realidade, como será mais bem explicado adiante.

4 DALLAGNOL, 2015, p. 23.

5 Ibidem, p. 29.

6 Ibidem, p. 23.

7 Ibidem, p. 22.

Nesse sentido, são as evidências que embasam o que realmente é “prova”. Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima:

Sob outro prisma, a palavra prova pode ser vista como conclusão que se extrai da análise dos elementos de prova constantes do processo: é o resultado da prova (*proof*, em inglês), obtido não apenas pelo somatório dos elementos de prova, como também por meio de uma atividade intelectual do magistrado, que permite estabelecer se a afirmação ou negação do fato é verdadeira, ou não⁸.

Com base nisso, surge a ideia de processo, que nada mais é do que o instrumento jurídico do qual as partes se valem, a partir de abstrações hipotéticas sobre evidências, para demonstrar uma realidade pretérita ao Estado-Juiz na esperança de redimir um direito violado. Para Aury Lopes Júnior:

O processo penal é um instrumento de retrospectção, de reconstrução aproximada de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato. Nesse contexto, as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime)⁹.

Entretanto, o desafio é exatamente esse: como retratar uma realidade pretérita, que é um conjunto de fatos, quando se possuem apenas alguns vestígios (elementos de prova, evidências) sobre ela? Aliás, mesmo que, num plano ideal, se tivessem todas as evidências necessárias, como explicá-las? Afinal, cada uma das partes apresentará, no processo, a sua versão.

Em outras palavras, as evidências levam as partes a demonstrarem as suas conclusões, ou seja, dentro do processo estão determinados elementos de provas que pretendem evidenciar uma realidade pretérita¹⁰. Todavia, quando essas evidências são vistas isoladamente, elas não expõem significado algum. Surgem então as explicações que as correlacionam¹¹, o que comumente se entende como “versão dos fatos”.

8 LIMA, 2014, p. 553.

9 LOPES JÚNIOR, 2014, p. 549.

10 “A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo” (OLIVEIRA, 2015, p. 327).

11 DALLAGNOL, 2015, p. 24-25.

A versão de fatos só se torna relevante quando são apresentados argumentos que fazem sentido entre si¹². É essa argumentação que deve ser entendida como prova. Portanto, provar é argumentar¹³. E mais: argumentar¹⁴ com evidências corroboradoras de seus fundamentos; o que guarda relação com o sistema do livre convencimento motivado, segundo o qual “o magistrado tem ampla liberdade na valoração das provas constantes dos autos, as quais têm, legal e abstratamente, o mesmo valor, porém se vê obrigado a fundamentar sua decisão”¹⁵.

No entanto, como já dito, a prova (argumentação sobre determinados elementos de prova) pressupõe a existência de inúmeras hipóteses, isto é, a hipótese nada mais é do que uma conclusão isolada sobre um elemento de prova. Um exemplo simples para isso pode ser extraído da seguinte situação: o extrato bancário com saldo zero é uma evidência que demonstra que não há dinheiro na conta nele referida. A demonstração de ausência de dinheiro em conta é a hipótese.

Contudo, mesmo assim, ainda falta uma coisa: de onde sai a conclusão de que um extrato bancário zerado corresponde a uma conta bancária sem dinheiro? Parece óbvio, mas se esse mesmo extrato bancário fosse mostrado a uma pessoa do século XV, ela muito provavelmente não chegaria à mesma conclusão. Isso ocorre porque essa pessoa do século XV não teria o mesmo conhecimento de mundo que uma pessoa contemporânea. Carece-lhe, portanto, o denominado *background*, que corresponde ao conjunto de experiências de cada indivíduo¹⁶. Destarte, é a experiência que norteia a hipótese extraída de uma evidência/elemento de prova.

12 DALLAGNOL, 2015, p. 23.

13 Ibidem, p. 88.

14 Em contraposição ao entendimento de que prova é argumentação, Tourinho Filho afirma: “Provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência de verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Prova é, enfim, demonstrar a certeza do que se diz ou alega. Entende-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos” (TOURINHO FILHO, 2010, p. 231). Por sua vez, Paulo Rangel diz que: “No campo jurídico, podemos conceituar prova como sendo o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa” (RANGEL, 2014, p. 461-462).

15 LIMA, 2014, p. 582.

16 DALLAGNOL, 2015, p. 24-25.

Todavia, não se pode esquecer que uma mesma evidência pode pressupor a existência de inúmeras hipóteses. Utilizando-se o mesmo exemplo do extrato bancário, é possível imaginar, ainda, que a conta possui, sim, crédito em dinheiro, mas está com o saldo provisionado em razão de um lançamento de débito para o dia seguinte, o que, por um cálculo simples, resulta em saldo zero. Contudo, para essa última situação, seria necessária uma correlação entre outros elementos de prova, tal como a anotação de lançamento de débito futuro.

Note-se, com isso, que as hipóteses sobre evidências correlatas são sempre concatenadas entre si. Essa conjuntura de hipóteses enseja um determinado raciocínio conclusivo. Tal raciocínio também é chamado de inferência¹⁷ e corresponde ao conjunto de hipóteses relacionadas a evidências decorrentes de um conjunto de fatos interligados. No fim, aquilo que foi referido como “versão dos fatos” é o resultado de todo esse processo inferencial e hipotético baseado na experiência do indivíduo que analisa o caso concreto. Desse modo, surge a argumentação, que nada mais é do que a prova em si.

Todavia, como já dito acima, cada uma das partes vai apresentar sua argumentação sobre os elementos de prova constantes nos autos do processo, cabendo ao juiz decidir qual posicionamento adotará ou se partirá de um terceiro raciocínio também extraído do conjunto de evidências.

Em outras palavras, o julgador escolherá, entre as histórias¹⁸ contadas pelas partes do processo, aquela que entender que melhor explica o caso concreto sob a perspectiva das evidências constantes nos autos¹⁹.

De acordo com Renato Brasileiro de Lima, “[é] a partir da análise do conjunto desses elementos de prova que se forma o convencimento do órgão julgador, ou seja, é sobre os elementos de prova que o juiz natural realiza procedimentos inferenciais para que possa chegar a uma conclusão sobre fatos”²⁰.

17 DALLAGNOL, 2015, p. 89.

18 Sinônimo de “versões dos fatos”.

19 WITTLIN, 2015, p. 1341.

20 LIMA, 2014, p. 553.

Em qualquer hipótese, o juiz, assim como as partes, desenvolverá seu pensamento com base no seu *background*, na intenção de encontrar a melhor explicação para o caso concreto entre as hipóteses advindas das evidências analisadas. É esse raciocínio que se chama inferência para a melhor explicação (IME) ou abdução²¹⁻²². Assim, uma vez construída a versão final dos fatos, aplica-se o Direito.

Segundo Deltan Martinazzo Dallagnol, a “IME conduz à conclusão de que uma dada hipótese é (provavelmente) verdadeira pelo fato de que ela é aquela que melhor explica a evidência”²³⁻²⁴.

Defende-se, portanto, que o julgador, ou qualquer um que analise um dado caso, utilize a denominada inferência para a melhor explicação como instrumento para extrair a prova de um conjunto de evidências de um determinado processo.

É com base nesse entendimento e com enfoque na operação Lava Jato que será apresentada a relação entre prova e cartel.

3 A dinâmica de um cartel segundo o contexto da operação Lava Jato²⁵

A operação Lava Jato teve início em 2014 e originou-se a partir da investigação de um grupo de doleiros que atuava com base em Londrina-PR e que utilizava postos de combustíveis para lavar dinheiro ilícito e, com isso, viabilizar o pagamento de propinas a agentes públicos²⁶.

O resultado das investigações sobre esses doleiros levou à descoberta de um esquema de corrupção dentro da Petrobras, o qual

21 DALLAGNOL, 2015, p. 90.

22 Ibidem, p. 111.

23 Ibidem, p. 77.

24 Em outras palavras: “A IME, como argumento indutivo, é logicamente correta quando a veracidade das premissas torna provável a veracidade da conclusão” (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p. 137).

25 BRASIL, Ministério Público Federal. Acesso em: 18 fev. 2017.

26 G1. OPERAÇÃO LAVA JATO: O ESQUEMA. Disponível em: <<http://especiais.g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/o-esquema/>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

também permitiu a descoberta de um cartel de empreiteiras presente não só nas obras que envolviam a mencionada estatal, mas em quase todas as obras públicas de maior vulto do País.

Todavia, antes de discorrer sobre a dinâmica desse cartel de empreiteiras, serão apresentadas algumas definições de cartel a fim de propiciar ao leitor uma melhor compreensão desse fenômeno jurídico e econômico, em consonância com o que foi apurado na operação Lava Jato.

Desse modo, para Rodolfo Tigre Maia, cartel é o

[...] arranjo efetuado entre empresas concorrentes para limitar ou eliminar a competição entre elas, que se manifesta através da divisão de mercado ou da fixação conjunta de preços, ou da divisão de clientelas ou da limitação da produção etc. Isso sempre é feito com o escopo precípuo de organizar as condições da participação das empresas cartelizadas no âmbito do mercado de modo a que estas logrem atingir um controle do mesmo que lhes possibilite otimizar seus ganhos, para além do que ocorreria em uma situação normal de concorrência, e sem oferecer aos consumidores qualquer vantagem objetiva adicional²⁷.

Por sua vez, segundo Paula Andréa Forgioni, o cartel é tradicionalmente definido como o resultado das “[...] avenças entre empresas concorrentes (que atuam, pois, no mesmo mercado relevante geográfico e material) e que visam a neutralizar a concorrência existente entre elas [...]”²⁸.

Nesse sentido, é importante ressaltar que a legislação brasileira em vigor – especificamente o art. 36 da Lei n. 12.529/2011 – aponta a existência de cartel somente quando os agentes econômicos se comportam de modo a

I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; e IV – exercer de forma abusiva posição dominante²⁹.

Sob a ótica da legalidade estrita, deve-se destacar que o cartel está penalmente tipificado no art. 4º da Lei n. 8.137/1990, *in verbis*:

27 MAIA, 2008, p. 37.

28 FORGIONI, 2014, p. 340.

29 BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011.

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I – abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;

II – formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa³⁰.

Portanto, não existe cartel quando está ausente a limitação da concorrência ou qualquer uma das condutas transcritas acima³¹.

No que diz respeito à operação Lava Jato, constatou-se que um grupo de empreiteiras formava entre si um cartel criteriosamente estruturado, que tinha como escopo frustrar o caráter competitivo das licitações em obras públicas por meio de ajustes de preços – geralmente superfaturados para garantir o maior lucro possível.

Esse cartel possuía regras próprias e era denominado “Clube”. Ele funcionava de modo semelhante a um campeonato de futebol, pois as empreiteiras se dividiam em equipes para simular uma disputa real em contratações públicas³².

Além disso, o cartel utilizava outras estratégias anticoncorrenciais que muitas vezes contavam com a participação de agentes públicos envolvidos no processo de licitação, os quais auxiliavam no direcionamento da licitação ao “Clube” mediante o pagamento de propina que, em regra, correspondia a porcentagens sobre o valor do contrato resultante da licitação.

30 BRASIL. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

31 FORGIONI, 2014, p. 341.

32 BRASIL, Ministério Público Federal. Acesso em: 15 mar. 2017.

Por outro lado, as empreiteiras que formavam o cartel dividiam os lucros obtidos entre si, independentemente de quem ganhasse a licitação. A lógica dessa divisão de ganhos era semelhante a uma divisão de prêmios em um jogo de bingo³³.

O avanço da operação Lava Jato começou a despertar o interesse na formação de acordos por parte de alguns investigados, acusados ou mesmo condenados, que buscavam amenizar as sanções decorrentes das condutas ilícitas por eles praticadas. Uma modalidade desses acordos chama-se “acordo de leniência”, o qual está inserido no chamado “Programa de Leniência Antitruste do CADE”.

O Programa de Leniência do CADE é um conjunto de disposições que facilita a persecução de ilícitos praticados contra a ordem econômica, uma vez que ele permite, por meio de um acordo de leniência, a concessão de benefícios administrativos e criminais a pessoas físicas e jurídicas que estão envolvidas em práticas lesivas à livre concorrência (crime de cartel, por exemplo) e que se comprometem “a cessar a conduta ilegal, a denunciar e confessar sua participação no ilícito, bem como a cooperar com as investigações apresentando informações e documentos relevantes à investigação”³⁴.

Nesse contexto, também está inserido o denominado histórico de conduta, que consiste num documento confeccionado pela própria Superintendência-Geral do CADE, no qual são descritos – com base em informações e documentos apresentados pelo proponente de um acordo de leniência – os detalhes de determinada conduta anticompetitiva, segundo o entendimento da mencionada autarquia. Por isso, as pessoas físicas e jurídicas que fazem parte do acordo de leniência, ou mesmo seus advogados, não assinam o histórico de conduta³⁵.

Quanto a isso, cumpre salientar que, embora o Programa de Leniência seja coordenado pelo CADE e a legislação³⁶ não exija a

33 BRASIL, Ministério Público Federal. Acesso em: 15 mar. 2017.

34 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia – Programa de Leniência Antitruste do CADE*, p. 9. Acesso em: 1º abr. 2017.

35 *Ibidem*, p. 36.

36 BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011.

participação do Ministério Público (MP) na celebração de acordos de leniência, o fato de muitos ilícitos anticompetitivos terem repercussão criminal (cartel, corrupção, organização criminosa, lavagem de dinheiro etc.) tem feito com que o MP também intervenha em acordos dessa natureza. Afinal, o Ministério Público é o titular da ação penal e sua participação no Programa de Leniência enseja maior eficiência da persecução penal de crimes econômicos e possibilita uma maior segurança jurídica às pessoas que firmam os acordos de leniência³⁷.

Como exemplo de sucesso de parceria entre o CADE e o Ministério Público, tem-se o trabalho conjunto do Ministério Público Federal (MPF) e do CADE no âmbito da Operação Lava Jato, que possibilitou a apuração de ilícitos envolvendo cartéis em diversas obras públicas no Brasil, como nos casos “PAC das Favelas” e “Angra 3”, conforme será tratado adiante.

4 Análises concretas: o cartel e a prova

Uma vez que já se discorreu sobre a inferência para a melhor explicação, sobre o contexto da operação Lava Jato e sobre o Programa de Leniência do CADE, passa-se agora a analisar os fatos tratados nos históricos de conduta que narram a dinâmica dos cartéis envolvidos nos denominados “PAC das Favelas” e “Angra 3”.

Tais análises apresentarão a síntese fática do cartel no caso concreto. Em seguida, serão tecidos comentários sobre as provas que respaldam o histórico de conduta em consonância com a inferência para a melhor explicação.

4.1 Síntese do cartel envolvido no “PAC das Favelas”³⁸

O Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) é uma iniciativa do Governo Federal instituída em 2007 com o intuito de

37 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia* – Programa de Leniência Antitruste do CADE, p. 17-18.

38 Todas as informações apresentadas neste item foram retiradas da versão pública do histórico de conduta referente ao “PAC das Favelas”, cuja íntegra também está disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-em-investigacao-de-cartel-na-licitacao-para-urbanizacao-de-favelas-no-rio-de-janeiro/hc-publico.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

fomentar e acelerar obras de infraestrutura (social, urbana, logística etc.) por todo o Brasil³⁹.

Alguns dos empreendimentos do mencionado programa ocorreram na cidade do Rio de Janeiro-RJ e receberam o nome de “PAC das Favelas”, tendo em vista que as obras públicas deles decorrentes consistiram em serviços de engenharia e construção para a urbanização do Complexo do Alemão, do Complexo de Manguinhos e da Comunidade da Rocinha.

A realização desse empreendimento foi conduzida pela Secretaria de Estado de Obras do Rio de Janeiro, por meio da Concorrência Nacional n. 002/2007/SEOBRAS/MCIDADES/CAIXA, e financiada com recursos federais oriundos do referido Programa de Aceleração do Crescimento. A modalidade escolhida foi a concorrência tipo menor preço, sob o regime de execução de empreitada por preço unitário.

Ocorre que, segundo o histórico de conduta apresentado no Acordo de Leniência n. 09/2016 – firmado entre a Andrade Gutierrez Engenharia S/A e a Superintendência-Geral do CADE (SG/CADE), com a participação da força-tarefa da operação Lava Jato do Ministério Público Federal no Rio de Janeiro –, as empresas Andrade Gutierrez, Camargo Corrêa, EIT, Camter, Odebrecht, Delta, OAS, Queiroz Galvão, Carioca e Caenge formaram um cartel entre si para frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório.

O funcionamento desse cartel se deu por meio de reuniões presenciais e da troca de telefonemas e de e-mails. A princípio, a vítima desse conluio foi o Estado do Rio de Janeiro.

As condutas anticompetitivas perpetradas pelos envolvidos podem ser resumidas em: acordos para a fixação de preços das propostas, condições e vantagens em licitação pública; divisão de mercado entre concorrentes por meio da formação de consórcios e apresentação de propostas de cobertura; e troca de informações concorrencialmente sensíveis.

De acordo com o histórico de conduta em questão, o cartel envolvido no PAC das Favelas possuiu três fases principais entre maio de 2007 e fevereiro de 2008.

39 BRASIL. Ministério do Planejamento. Acesso em: 13 fev. 2017.

A primeira fase consistiu no início dos contatos anticompetitivos e começou com uma reunião realizada entre o superintendente comercial da Andrade Gutierrez (AG) e o secretário estadual do Governo do Estado do Rio de Janeiro, a pedido deste, entre os dias sete e dez de maio de 2007.

Segundo os signatários do acordo de leniência em questão, o secretário estadual informou ao executivo da AG que seriam licitadas obras de urbanização nas favelas do Alemão, Rocinha e Manguinhos, tendo sido dito, ainda, que a AG deveria liderar as obras de Manguinhos.

Na mesma oportunidade, o secretário estadual solicitou ao executivo que agendasse uma reunião com o presidente da Empresa de Obras Públicas do Estado do Rio de Janeiro (EMOP) a fim de que este informasse à AG quais empresas dividiriam entre si as obras de Manguinhos, Alemão e Rocinha, e como seria o procedimento de divisão do mercado, bem como os meios pelos quais essas empresas auxiliariam o Governo do Estado do Rio de Janeiro a elaborar o procedimento licitatório e a obter recursos do PAC.

Por sua vez, a segunda fase, ocorrida a partir de meados de maio de 2007, correspondeu à instalação, no escritório da empresa Carioca, de um grupo permanente de trabalho formado por técnicos de todas as empresas envolvidas no conluio. A finalidade desse grupo era estudar as obras que seriam realizadas e auxiliar na elaboração do procedimento licitatório, de tal modo que todos os requisitos técnicos necessários à obtenção de recursos do PAC e à restrição do objeto da licitação ao cartel fossem devidamente preenchidos.

A terceira fase, ocorrida entre janeiro e fevereiro de 2008, consistiu na implementação do acordo anticompetitivo, que resultou na efetiva participação do cartel nos consórcios envolvidos na Concorrência Nacional n. 02/2007/SEOBRAS/MCIDADES/CAIXA, ocasião em que propostas foram oferecidas e suprimidas, bem como interpostos recursos ao procedimento de licitação, tudo a fim de dar aparência de concorrência real ao certame. No final, o cartel sagrou-se vencedor, e as empresas previamente determinadas assinaram os contratos para a realização das obras públicas.

Em síntese, a Comunidade da Rocinha foi direcionada ao “Consórcio Novos Tempos”, formado pelas empreiteiras Queiroz Galvão (líder), Caenge e Carioca, e o Complexo de Manguinhos, ao “Consórcio Manguinhos”, das empreiteiras Andrade Gutierrez (líder), Camargo Corrêa, Camter e EIT. Por sua vez, o Complexo do Alemão foi direcionado ao “Consórcio Rio Melhor”, da Odebrecht (líder), OAS e Delta.

De acordo com o informado no histórico de conduta, a escolha das empresas Andrade Gutierrez, Queiroz Galvão e Odebrecht como líderes do cartel foi feita pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, tendo em vista as contribuições dessas empresas à campanha eleitoral de Sérgio Cabral Filho, eleito governador do Rio de Janeiro em 2006 e empossado em 2007.

4.2 Síntese do cartel envolvido no caso de “Angra 3”⁴⁰

Segundo o histórico de conduta apresentado no Acordo de Leniência n. 06/2015 – firmado entre a empresa Construções e Comércio Camargo Correa S/A (Camargo Corrêa) e a Superintendência-Geral do CADE (SG/CADE), com a participação da força-tarefa da operação Lava Jato do Ministério Público Federal no Rio de Janeiro –, as empresas Andrade Gutierrez, Odebrecht, Queiroz Galvão, Camargo Corrêa, EBE, Techint e UTC formaram um cartel entre si para viabilizar a implementação de condutas anticompetitivas em procedimento licitatório realizado pela Eletrobras Termonuclear S.A. (Eletronuclear), o qual tinha como objeto as obras de montagem eletromecânica na usina “Angra 3”, também parte do Programa de Aceleração do Crescimento, do Governo Federal.

A Eletronuclear dividiu essa licitação em dois pacotes de obras. O Pacote n. 1 correspondia aos serviços associados ao circuito primário do reator nuclear da usina. E o Pacote n. 2 era referente ao circuito secundário, ou seja, o circuito não nuclear da obra.

40 Todas as informações apresentadas neste item foram retiradas da versão pública do histórico de conduta referente à “Usina Angra 3”, cuja íntegra também está disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-em-investigacao-de-cartel-em-licitacao-da-usina-angra-3/historico_da_conduta_publico.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2017.

A licitação ocorreria na modalidade concorrência por menor preço em regime de execução de empreitada por preço unitário e global, e tinha como previsão o investimento de cerca de R\$ 3 bilhões.

De acordo com o edital, o licitante vencedor só poderia ficar com um dos dois pacotes, mesmo que ele tivesse apresentado a melhor proposta para ambos.

Essa licitação ocorreu em três etapas, quais sejam: etapa 1 – audiência pública e divulgação (ano de 2009); etapa 2 – processo de pré-qualificação (entre 2011 e 2012); e etapa 3 – concorrência pública com apresentação de propostas de preços e posterior negociação dos contratos (entre os anos 2013 e 2014).

O histórico de conduta relata que as condutas anticompetitivas do cartel consistiram em acordos de fixação de preços, condições e vantagens associadas, e divisão de mercado entre concorrentes para frustrar o caráter competitivo da mencionada licitação.

Segundo os signatários do acordo de leniência, o início dos contatos anticompetitivos se deu na etapa 2 do procedimento licitatório, isto é, no processo de pré-qualificação. Isso fez com que somente as empresas cartelizadas fossem habilitadas para o certame, o que correu por meio de dois consórcios: UNA 3, composto por Andrade Gutierrez, Odebrecht, Camargo Corrêa e UTC, e Angra 3, composto por Queiroz Galvão, EBE e Techint.

Por sua vez, a fase crítica e de consolidação do cartel ocorreu na etapa 3, quando os dois consórcios aparentemente concorrentes delimitaram os preços que seriam oferecidos como propostas, bem como os percentuais de descontos que posteriormente seriam negociados com a Eletronuclear antes da adjudicação do objeto da licitação.

Com isso, os acordos anticompetitivos obtiveram êxito, uma vez que cada um dos pacotes da licitação ficou para um dos consórcios, o que, em momento posterior, possibilitou que os dois consórcios se associassem para realizar a administração compartilhada da execução das obras tratadas no procedimento licitatório.

Por fim, cumpre informar que os fatos e condutas narrados no histórico de conduta em questão não evidenciaram a participação de agentes públicos, como ocorreu no caso do “PAC das Favelas”.

4.3 As evidências dos cartéis envolvidos nos casos “PAC das Favelas” e “Angra 3”

Os elementos de prova apresentados pelos signatários e que embasam as informações constantes na versão pública dos históricos de conduta do “PAC das Favelas” e de “Angra 3” consistem, em suma, nos seguintes documentos⁴¹:

- I) cópias de registros no programa de computador *Outlook*⁴² dando conta do agendamento de reuniões realizadas entre funcionários do alto escalão das empresas cartelizadas;
- II) cópias de documentos utilizados por todas as empresas cartelizadas e que foram submetidos a tradução juramentada, a qual apresentou registros e selos de autenticação com numerações sequenciais ou ainda o mesmo número⁴⁴;
- III) cópias de mensagens de e-mail trocadas entre funcionários com poder de mando nas empresas cartelizadas, cujo teor deixa explícitos a divisão do mercado da licitação e o conluio dos participantes; e
- IV) cópia das publicações dos resultados das licitações, bem como das divulgações dos extratos dos instrumentos contratuais, o que evidencia que os consórcios cartelizados venceram os procedimentos licitatórios que disputavam em concorrência aparente.

De fato, quando simplesmente apresentadas e visualizadas isoladamente, essas evidências estão muito longe de atestar a existência de um cartel. É impossível, por exemplo, visualizar o funcionamento de um cartel com base em simples agendamentos de reuniões. Por outro lado, quando se visualiza o conjunto das evidências (o agendamento de reuniões mais as trocas de e-mails entre concorrentes aparentes com informações sensíveis à concorrência), não se pode negar que muito possivelmente há um conluio entre pessoas que deveriam concorrer entre si no meio econômico.

41 Vale lembrar que todos os documentos citados neste trabalho se restringem àqueles que estão disponíveis na versão pública dos históricos de conduta dos casos “PAC das Favelas” e “Angra 3”.

42 O *Outlook* é um programa de computador com funções de e-mail e de calendário, conforme informações disponíveis em: <<https://products.office.com/pt-br/outlook/email-and-calendar-software-microsoft-outlook>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

Além disso, o enredo da história contada pelos signatários do acordo de leniência dá coerência a essa cadeia de documentos (elementos de prova).

As hipóteses que podem ser levantadas acerca de cada documento apresentado somente ganham harmonia quando alinhadas às inferências apresentadas pelos signatários dos históricos de conduta.

Somado a isso, tem-se o fato de as aparentes concorrentes, no caso do “PAC das Favelas”, terem utilizado documentos praticamente idênticos para serem habilitadas no certame, tais como os submetidos à tradução juramentada.

Com esse raciocínio em mente, visualiza-se que a versão dos fatos dada pelos signatários dos históricos de conduta anteriormente analisados também é compatível com os documentos que dão conta do resultado do procedimento licitatório, haja vista que os cartéis implicados no “PAC das Favelas” e em “Angra 3” atingiram a sua finalidade de limitar a concorrência de empresas que não faziam parte do conluio e, com isso, sair vencedores dos certames.

Desse modo, verifica-se que a força da explicação dada pelos signatários cresce na medida em que afirmações feitas por eles se sustentam de maneira interdependente, isto é, a partir do momento em que se apresenta um agendamento de reunião entre concorrentes aparentes e em seguida se indica um fato notório que seria decorrente dessa reunião – como, por exemplo, alterações no edital de licitação –, a versão dada à finalidade e ao resultado do agendamento pretérito se confirma. Isso ganha ainda mais força quando se leva em conta o mínimo de conhecimento empírico (*background*) acerca da dinâmica do livre mercado e da essência de um procedimento licitatório.

Também não se pode olvidar que os documentos apresentados pressupõem a crença de veracidade sobre um elemento de prova anterior, ou seja, a coerência explicatória ganha força na medida em que ela avança para evidências dependentes e derivadas das anteriores.

Portanto, resta nítido que a inferência para a melhor explicação é o instrumento necessário à correta leitura das evidências dos cartéis implicados no “PAC das Favelas” e em “Angra 3”. Afinal, somente

a IME é capaz de atestar a versão apresentada pelos signatários dos acordos de leniência e corroborar as evidências por eles apresentadas.

5 Conclusão

Os cartéis são estruturas próprias e independentes. Não dependem nem mesmo do Estado para existir e funcionar. Basta lembrar o caso da Eletronuclear, em que a participação de agentes públicos não foi evidenciada pela versão pública do seu respectivo histórico de conduta, embora não se descarte essa possibilidade.

A expertise dos cartéis mostra-se extremamente patente quando se têm em vista os elementos de prova apresentados pelos signatários de acordos de leniência. São documentos esparsos, sem nexos e sem sentido, os quais seriam praticamente inúteis à persecução penal se não fosse a colaboração de um dos envolvidos.

Por mais que os órgãos de persecução se esforçassem em montar esse quebra-cabeça do cartel, dificilmente se chegaria a um processo criminal, muito menos a uma condenação. Essa natureza praticamente invisível do cartel e a fragilidade das instituições resultaram em muitos anos de impunidade.

Por isso, a Lava Jato tem-se firmado como um marco histórico e positivo para o Brasil. Contudo, ironicamente, isso só tem sido possível com a ajuda dos próprios criminosos.

Essa ajuda tem dado aos órgãos de persecução uma peça essencial para montar o quebra-cabeça do crime: a versão dos fatos. Ou tecnicamente: a inferência para a melhor explicação.

O enredo contado pelos colaboradores dos acordos de leniência tem potencializado as investigações, que têm encontrado o caminho certo no labirinto do crime.

Obviamente que uma mera alegação feita por uma parte interessada – o signatário do acordo de leniência que quer ser beneficiado com isso – tem que ser analisada com cautela. Exatamente por isso os órgãos de persecução devem utilizar a versão dos fatos

apresentada pelos colaboradores como uma bússola e, assim, buscar elementos de prova mais robustos e que reforcem os que já foram trazidos pelos envolvidos e arrependidos.

Contudo, por outro lado, também não se pode desconsiderar o que foi trazido pelos signatários dos acordos, haja vista que ninguém melhor do que eles para contar o que realmente acontecia dentro do cartel ou em outros nichos do crime organizado.

Esse raciocínio de não duvidar nem confiar plenamente nas alegações de um colaborador é compatível com a própria inferência para a melhor explicação, pois o Estado acredita numa afirmação do colaborador sobre um determinado elemento de prova e, a partir disso, busca, por meios próprios, uma outra evidência que, por sua vez, reforça o que foi trazido pelo colaborador. Há, portanto, uma relação de interdependência entre as evidências conquistadas pelo Estado e as que são angariadas em ambientes de colaboração dos envolvidos em práticas criminosas.

Desse modo, com a evidência trazida pelo colaborador, somada à evidência trazida pelo investigador, mais a inferência para a melhor explicação também trazida pelo colaborador e o *background* do investigador, chega-se a um nível de certeza apto não só a dar início a uma ação penal, mas também a respaldar uma condenação criminal.

Nesse sentido, não se pode olvidar que, no processo, antes da condenação criminal, os demais agentes implicados no crime de cartel terão a chance de exercer seu direito de defesa e produzir provas em juízo.

Há, destarte, o chamado contraditório diferido sobre as evidências resultantes de um acordo de leniência, o qual também pode ser considerado uma evidência em si.

Deve-se levar em conta, ainda, que todos os envolvidos no cartel tinham acesso aos mesmos meios de prova e participaram do mesmo contexto fático. Portanto, os acusados pelo crime de cartel em razão de um acordo de leniência possuem, inclusive, muito mais recursos para se defender do que a acusação tem para acusar. Afinal, a acusação jamais saberá de muitos dos detalhes da dinâmica do cartel.

Além do mais, cabe também à defesa, enquanto sujeito processual, tecer afirmações e apresentar evidências que de alguma maneira levantem uma dúvida razoável contra as afirmações da acusação.

Todavia, com base em tudo o que foi apresentado neste artigo, conclui-se que será muito difícil a defesa desconstituir o *standard* de prova apresentado pela acusação e fundado na colaboração de um dos envolvidos no cartel. Isso porque será complicado para a defesa desconstituir diretamente a “inferência para a melhor explicação” apresentada pela acusação.

Destarte, conclui-se que a inferência para a melhor explicação conjugada com os acordos de leniência constituem instrumento apto e legítimo para a constatação de um cartel e a consequente punição dos agentes nele envolvidos.

Referências

BRASIL. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 nov. 1990.

_____. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n. 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 30 nov. 2011.

_____. Ministério do Planejamento. *Sobre o PAC*. Disponível em: <<http://www.pac.gov.br/sobre-o-pac>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

_____. Ministério Público Federal. *Entenda o caso – caso Lava Jato*. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Cartilha do CADE*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. *Combate a cartéis e programa de leniência*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/do-cumentos-da-antiga-lei/cartilha_leniencia.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2017.

_____. *Guia – programa de leniência antitruste do CADE*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_cade/guia-programa-de-leniencia-antitruste-do-cade-versao-preliminar-1.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2017.

_____. *Histórico de conduta – “Angra 3” – versão pública*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-em-investigacao-de-cartel-em-licitacao-da-usina-angra-3/historico_da_conduta_publico.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2017.

_____. *Histórico de conduta – “PAC das favelas” – versão pública*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-em-investigacao-de-cartel-na-licitacao-para-urbanizacao-de-favelas-no-rio-de-janeiro/hc-publico.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

FORGIONI, Paula Andréa. *Os fundamentos do antitruste*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Volume único. Salvador: JusPodivm, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MICROSOFT CORPORATION. *Outlook 2016*. Disponível em: <<https://products.office.com/pt-br/outlook/email-and-calendar-software-microsoft-outlook>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

OPERAÇÃO LAVA JATO: O ESQUEMA. *G1*. Disponível em: <<http://especiais.g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/o-esquema/>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SHECAIRA, Fábio; STRUCHINER, Noel. Peculiaridades da argumentação sobre fatos no campo do direito. *Teoria jurídica contemporânea*, v. 1, n. 1, p. 126-143, jan./jun. 2016. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/3412>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 32. ed. rev. e atual. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2010.

WITTLIN, Maggie. Hindsight evidence. *Columbia Law Review*, Nova York, v. 116, p. 1323-1394, 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2646169>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

A exclusionary rule do direito norte-americano e a sua aplicação no processo penal brasileiro

Juliano Stella Karam

Sumário: 1 Introdução. 2 Fixando premissas: a regra de exclusão como uma consequência processual da violação de um direito fundamental. 3 A regra de exclusão desenvolvida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 4 A regra de exclusão criada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos. 4.1 A definição da regra de exclusão e o seu fundamento. 4.2 O âmbito de aplicação da norma. 4.3 A técnica da ponderação entre os custos e benefícios da aplicação da regra de exclusão. 4.4 A teoria dos frutos da árvore envenenada e as suas limitações. 4.5 Exceções à regra de exclusão. 4.6 A regra de exclusão para os casos de grave violação aos direitos do investigado. 5 Conclusão.

1 Introdução

John Rawls, ao formular uma teoria da justiça, afirma que “a injustiça só é tolerável quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior. Por serem as virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade e a justiça não aceitam compromissos”¹. Na filosofia, justiça e verdade andam juntas. A verdade é um pressuposto da justiça.

No processo judicial, em regra, também é assim. Para que o juiz possa proferir uma sentença justa é necessário que os fatos retratados no processo guardem adequação com a realidade. Sabe-se, no entanto, que a busca da verdade, enquanto reconstrução histórica dos fatos, está submetida aos limites inerentes ao conhecimento humano. Ao lado dessas limitações, Beling já advertia, em 1903, que existem restrições impostas pelo ordenamento jurídico, denominadas por ele

1 RAWLS, 2008, p. 4.

de proibições de prova², entre as quais se encontra a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Parafrazeando Rawls, pode-se dizer que, com a exclusão das provas colhidas ilicitamente, o sistema processual tolera uma injustiça – a absolvição de alguém culpado pela prática de um crime – para evitar uma injustiça ainda maior, representada pela invasão abusiva da privacidade, liberdade, integridade física e psicológica do cidadão pelos órgãos encarregados pela investigação criminal. Isso porque, no Estado de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana exige que a atividade de persecução penal se desenvolva dentro de padrões éticos, estabelecendo restrições à reconstrução dos fatos no processo.

Com o objetivo de coibir os abusos praticados por agentes públicos durante a investigação criminal, em 1914, a Suprema Corte dos Estados Unidos³ formulou os princípios da chamada *exclusionary rule*, impondo limites à atividade probatória, ao não admitir, na fase decisória do processo penal, as provas obtidas com violação de determinados direitos constitucionais. Assim, ao lado das consequências materiais⁴ decorrentes da violação de direitos, a Suprema Corte dos Estados Unidos desenvolveu uma consequência de cunho processual por meio de um conjunto de regras jurisprudenciais que configuram a *exclusionary rule*. Segundo esta teoria, a gravidade da violação constitucional cometida durante a investigação criminal transcende o esquema retributivo-sancionatório, exigindo que o ordenamento jurídico estenda os efeitos da violação sobre eventual processo em que se pretenda utilizar a informação contida no material probatório obtido ilegalmente⁵.

Apesar da aparente simplicidade, a “regra” de exclusão, na verdade, é formada por uma série de normas, por meio das quais o ordenamento jurídico estabelece um padrão do que se pode restringir, de como restringir e da intensidade da restrição em termos probatórios. Por esse motivo, a sua aplicação pressupõe que o legislador e os tribunais aten-tem para uma série de questões, tais como: no conflito entre verdade

2 BELING, 2013, p. 2-45.

3 Julgando o caso *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

4 Nos Estados Unidos, até então, o remédio típico contra a violação de um direito constitucional pelas forças policiais era a ação civil de indenização contra o autor do ato ilegal.

5 GALLARDO, 2003, p. 54.

e respeito aos direitos individuais a primeira deve ser sacrificada, em qualquer situação, em favor do segundo? A violação original mancha a informação obtida de forma definitiva ou esta pode ser incorporada ao processo caso seja alcançada de outra forma? A aplicação incondicionada da regra de exclusão, em determinados casos, não poderia levar a uma injustiça ainda maior? Na busca de uma solução equilibrada, seria possível considerarem-se as circunstâncias do caso concreto? Caso se admita a ponderação de interesses para mediar esse conflito, existe alguma vedação absoluta ao uso da prova obtida ilicitamente?

Não se pode negar que a absolvição de responsáveis por crimes graves, em razão da exclusão de provas com fundamento em erros cometidos na condução da investigação, também causa sacrifícios a um sistema de justiça criminal, pois, no dizer da jurisprudência alemã, a existência de uma “justiça funcionalmente capaz” ou a “luta eficaz contra a criminalidade” são valores relevantes em um Estado de Direito⁶. Por isso, Marcos Zilli observa que

O grande problema reside na calibragem das regras. Limitações exageradas podem reduzir, consideravelmente, a eficiência da máquina persecutória e, em situações extremas, fomentar o próprio descrédito da Justiça Penal. Por outro lado, a falta de limites à atividade probatória ou mesmo ao material que pode ser objeto de valoração judicial pode comprometer o próprio resguardo da dignidade humana, o que representaria um ataque frontal à cultura jurídica haurida do pensamento iluminista.⁷

Vários fatores extrajurídicos influenciam na formulação dos contornos da regra de exclusão em determinado ordenamento. Países com alto nível de criminalidade e violência tendem a ser mais restritivos à exclusão da prova do que aqueles em que a comunidade se sente mais segura. De outro modo, países que viveram um passado recente de repressão por parte de um governo autoritário costumam dar maior valor aos direitos individuais, acarretando a aplicação mais ampla da regra de exclusão. Contudo, o que parece ser determinante para a conformação da regra de exclusão é o nível de confiança nos órgãos encarregados da persecução criminal (Ministério Público e Polícia) e no Poder Judiciário.

6 ANDRADE, 1992, p. 30-31.

7 ZILLI, 2013.

A partir destas questões, o presente artigo pretende apresentar o conjunto de normas que conformam a regra de exclusão desenvolvida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em contraposição ao modelo aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, que contempla apenas parcialmente a doutrina norte-americana da *exclusionary rule*, deixando de levar em consideração os custos e benefícios da exclusão da prova.

2 Fixando premissas: a regra de exclusão como uma consequência processual da violação de um direito fundamental

A regra de exclusão consiste em vedar a incorporação no processo (ou determinar a exclusão caso já incorporada) das fontes de prova⁸⁻⁹ obtidas, na fase pré-processual, com violação a determinados direitos fundamentais. Refere-se especificamente ao tratamento processual que deve ser ministrado aos materiais probatórios colhidos mediante ações contrárias ao ordenamento jurídico. É, portanto, uma consequência processual derivada da atividade probatória irregular.

Por esse motivo, a análise da aplicação da regra de exclusão deve se dar em duas etapas. Inicialmente, o juiz deve verificar a existência da violação a um direito material (pressuposto substantivo), fato que ocorre fora do processo de conhecimento, durante a investigação criminal. Nessa primeira etapa, observa-se o conteúdo do direito fundamental afetado pela investigação, qual o seu âmbito de proteção e se ele foi violado.

Em determinadas situações, a restrição aos direitos fundamentais é legítima¹⁰. Assim, o direito ao sigilo das comunicações

8 O vocábulo “prova” é polissêmico e designa uma série de realidades: prova como material probatório, prova como procedimento regulado pela lei para extrair em juízo a informação contida nesse material e prova como a convicção resultante da referida operação. Por isso o termo “prova ilícita” é impreciso, pois, como veremos, a ilicitude não está na informação obtida, mas no procedimento adotado para obtê-la.

9 Gustavo Badaró (2016, p. 386) define fonte de prova como sendo “tudo o que é idôneo a fornecer resultado apreciável para a decisão do juiz, por exemplo, uma pessoa, um documento, uma coisa. As fontes de prova são anteriores ao processo (por exemplo, alguém que viu um acidente é testemunha do acidente, mas o meio de prova somente ocorrerá se houver um depoimento judicial dessa testemunha)”.

10 A respeito da restrição aos direitos fundamentais, Virgílio Afonso da Silva (2010) faz a distinção entre a regra do sopesamento, que é veiculada pelo legislador em um texto normativo infra-

telefônicas pode ser restringido para fins de investigação criminal na forma estabelecida na Lei n. 9.296/1996. Do mesmo modo, as forças policiais podem entrar no domicílio sem a autorização do morador, em caso de flagrante delito ou desastre, ou durante o dia, por determinação judicial (art. 5º, XII, da CF). Além das situações estabelecidas pelo legislador, os direitos fundamentais podem sofrer restrições em nome de outros interesses de mesma hierarquia, pela aplicação do princípio da proporcionalidade.

Caso o resultado da primeira análise seja a constatação de que o material probatório foi colhido violando um direito fundamental do investigado, essa constatação dispara um conjunto de normas que ao final determinarão se a prova colhida, direta ou indiretamente, por meio da atividade probatória irregular, poderá ser incorporada ao processo. Esse conjunto de normas compõe o que se chama de regra de exclusão.

A análise da aplicação da regra de exclusão em duas etapas traz uma série de vantagens. A primeira é evitar a confusão entre o ato que causou a violação do direito fundamental (pressuposto substantivo) e a sua consequência processual (exclusão da prova).

Trata-se de dois regimes distintos, regulados por normas específicas. A constatação da violação ao direito à intimidade se examina à luz do seu conteúdo e âmbito de proteção, conforme definido pela doutrina e jurisprudência¹¹. A inadmissibilidade processual da informação obtida com a vulneração desse direito deve ser examinada segundo o complexo de normas que regem a regra de exclusão.

Ao examinar a aplicação da regra de exclusão no direito comparado, Stephen C. Thaman¹² resume os principais fatores que são considerados pelos tribunais para avaliar se a prova deve ou não ser excluída do processo:

constitucional, e a regra da proporcionalidade, utilizada quando há colisão de direitos fundamentais que não tenham sido objeto de ponderação por parte do legislador.

11 O Supremo Tribunal Federal entende, por exemplo, que não viola o direito à intimidade a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, salvo se o conteúdo da conversa estiver abrangido por cláusula legal de sigilo (RE 583.937/RJ e AC 4.039). Nesse caso, não se discute a admissão da gravação como prova no processo. Nos Estados Unidos, a Suprema Corte aplica um teste de expectativa de privacidade para avaliar se a conduta violou o direito previsto na Quarta Emenda. A respeito do âmbito de proteção da Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos, vide Mark E. Cammack (2013, p. 3-32).

12 THAMAN, 2013, p. 408.

[...] And finally, even if it is agreed that a constitutional right has been violated and the evidence sought to be admitted is the fruit thereof, some jurisdictions still require the judge to engage in a balancing of other important interests before deciding on admissibility, for instance: (1) the seriousness of the constitutional violation (was it intentional, reckless, negligent, etc.); (2) the gravity of the crime which is before the court; (3) the character of the evidence subject to exclusion (its credibility, importance for proving guilt, whether it constitutes the corpus delicti of the crime or is 'mere evidence', etc.); (4) whether use of the evidence would violate the defendant's right to a fair trial, and other factors¹³.

Percebe-se, portanto, que no direito comparado, a incidência da regra de exclusão não é um efeito automático do reconhecimento da violação de um direito constitucional na fase investigatória¹⁴. A decisão a respeito da admissibilidade da fonte de prova é influenciada por circunstâncias como a gravidade da violação, a gravidade do crime investigado, a natureza da prova, a confiabilidade da informação obtida, ou, ainda, se a admissão da prova ofende o direito do acusado a um julgamento justo, entre outros.

Em segundo lugar, a distinção entre o reconhecimento da violação do direito fundamental e a exclusão da fonte de prova evidencia que a ilicitude, caso exista, não está na informação obtida, mas na forma como ela foi colhida. Assim, a ilicitude na atividade probatória não macula a informação de forma indelével¹⁵ e esta poderá ser admitida no processo, por exemplo, caso seja alcançada por uma fonte independente ou caso fosse descoberta naturalmente, no curso da investigação em andamento.

Por fim, a análise em momentos distintos da violação ao direito e da incidência da regra de exclusão é perfeitamente aplicável ao nosso

13 Tradução livre: "E finalmente, mesmo quando se está de acordo que um direito constitucional foi violado e a evidência que se busca admitir é fruto desta violação, algumas jurisdições ainda requerem que o juiz realize uma ponderação entre outros importantes interesses antes de decidir sobre a admissão da prova, por exemplo: (1) a seriedade da violação constitucional (foi de maneira intencional, imprudente, negligente, etc.); (2) a gravidade do crime que está em julgamento; (3) a natureza da evidência submetida à exclusão (sua credibilidade, importância para provar a culpa, se ela constitui o corpo de delito do crime ou 'mera evidência', etc.); (4) se o uso da prova violaria o direito do acusado a um julgamento justo, entre outros fatores".

14 Em sentido contrário, defendendo que existe uma correlação necessária entre a violação do direito fundamental e a inadmissibilidade processual da prova, cf. GRINOVER, 2013.

15 Conforme a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, uma das limitações da teoria dos frutos da árvore envenenada é a doutrina da conexão atenuada, segundo a qual um ato posterior pode purgar o veneno originário, a ponto de o vício não alcançar a prova idealmente derivada.

ordenamento jurídico, especialmente porque o constituinte erigiu ao *status* de direito fundamental autônomo a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI).

3 A regra de exclusão desenvolvida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

No direito comparado existem dois principais sistemas de inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos: o alemão (*Beweisverbote*) e o norte-americano (*exclusionary rule*).

No direito alemão, a regra de exclusão (*Beweisverbote*) tem como finalidade principal a proteção dos direitos fundamentais, de modo que o controle da atividade policial não é uma tarefa, mas uma consequência da limitação da prova. Nesse sistema, o conflito entre o direito individual e a luta eficaz contra a criminalidade é mediado pela técnica da ponderação de interesses. Conforme observa Manuel da Costa Andrade a respeito da jurisprudência alemã:

De acordo com o entendimento praticamente pacífico dos tribunais superiores, e à luz do *princípio da ponderação de interesses*, imanente a toda a problemática das proibições de prova, há-de identificar-se uma área mais ou menos extensa em que os direitos individuais poderão ser sacrificados em sede de produção e valoração da prova, em nome da prevenção e repressão das manifestações mais drásticas e intoleráveis da criminalidade¹⁶. [Grifos do original].

Para o Tribunal Constitucional alemão, “a realização da justiça penal representa um valor nuclear do Estado de Direito susceptível de ser levado à balança da ponderação de interesses com os direitos fundamentais”¹⁷.

O direito norte-americano, por sua vez, desenvolveu uma regra de exclusão (*exclusionary rule*) de dimensão processual, com a finalidade precípua de prevenir e reprimir a ilegalidade praticada pela polícia criminal na interação com o cidadão e as suas garantias constitucionais¹⁸.

16 ANDRADE, 1992, p. 28.

17 Ibidem, p. 30.

18 Ibidem, p. 136 e 144.

Ao lado do fundamento dissuasório, a regra de exclusão contém um componente ético, a necessidade da preservação da integridade judicial. Ainda assim, em inúmeros casos, a Suprema Corte norte-americana tem se utilizado da técnica da ponderação de custos e benefícios como critério para decidir sobre a exclusão da prova¹⁹. Nesse contexto, a proteção ao direito subjetivo do cidadão se dá apenas de forma reflexa, de modo que a regra somente é acionada se for pertinente para dissuadir condutas policiais impróprias (*deterrence of police misconduct*).

Inspirados pela doutrina norte-americana, os tribunais brasileiros, no final da década de 1960 e início dos anos 1970, passaram a não aceitar a aporção de provas obtidas ilicitamente nos processos como forma de reação aos abusos praticados pela polícia em pleno regime militar²⁰. É nesse contexto, de abuso da força pelo Estado e de impunidade da polícia, que o constituinte de 1988 elevou a proibição do uso da prova colhida por meios ilícitos ao status de direito fundamental, nos termos do disposto no art. 5º, LVI, da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n. 69.912-0²¹, entendeu que o nosso ordenamento jurídico adotou o modelo norte-americano com relação à inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo penal.

O caso tratava da licitude de uma interceptação telefônica deferida judicialmente e devidamente documentada nos autos,

19 Em sentido contrário, afirmando que o direito americano é “fechado às concessões e comparações entre os bens jurídicos envolvidos”, vide KNIJNIK, 1996, p. 62-84.

20 CARVALHO, 1995, p. 172.

21 “Prova ilícita: escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, ‘nas hipóteses e na forma’ por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5., XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do habeas corpus pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do habeas corpus, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de Ministro impedido (MS 21.750, 24.11.93, Velloso); consequente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – a falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Habeas Corpus n. 69.912/RS. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 16.12.1993, maioria. DJ, 25 mar. 1994).

implementada com a finalidade de investigar o crime de tráfico de drogas praticado por quadrilha. A partir do monitoramento telefônico e de outras diligências realizadas pela polícia, o principal suspeito – paciente do HC – foi preso em sua casa, guardando 750 gramas de cocaína, que um dos seus comparsas veio a confessar que foi adquirida na Bolívia. O paciente foi condenado em primeiro grau e teve a condenação mantida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. No *habeas corpus* ajuizado perante o Supremo Tribunal Federal, o paciente alegou a ilicitude da prova, pois o monitoramento fora deferido antes da entrada em vigor da Lei n. 9.296/1996, que viria a regulamentar as hipóteses de quebra de sigilo de comunicações telefônicas, conforme disposto no art. 5º, XII, da Constituição Federal. Em consequência, segundo a defesa, as demais provas seriam derivadas da ilicitude originária e, por esse motivo, deveriam ser excluídas dos autos.

Na ocasião, houve o confronto entre duas visões sobre a aplicação da regra de exclusão no direito processual brasileiro. A primeira, capitaneada pelo ministro Sepúlveda Pertence, defendeu que a ausência de lei tornava ilícita a prova obtida por interceptação telefônica deferida judicialmente e, como consequência, essa ilicitude contaminaria todas as demais provas constantes do processo. No seu voto, o ministro comparou a interceptação telefônica impugnada a uma escuta telefônica clandestina “amplamente utilizada, sob o regime autoritário”, deixando de considerar que o monitoramento foi deferido por ordem judicial e que, na época, havia um entendimento acolhendo a tese da recepção do disposto no art. 57, II, e, do Código Brasileiro de Telecomunicações, como norma regulamentadora do art. 5º, XII, da Constituição²². Na sequência, conclui que a doutrina dos frutos da árvore envenenada²³ é “a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita”, citando o precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos, proferido no caso *Wong Sun v. United States*²⁴.

22 Conforme consta do voto, as decisões impugnadas consideraram satisfeita a reserva de lei do art. 5º, XII, da Constituição de 1988, por força da recepção do art. 57, II, e, do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.117/1962).

23 A teoria do efeito extensivo, em regra, é rejeitada pela jurisprudência alemã, conforme esclarece Kai Ambos (2013, p. 47-88).

24 O caso *Wong Sun* é um dos precedentes da chamada doutrina da conexão atenuada, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos afasta a contaminação da prova idealmente derivada em razão de circunstâncias intervenientes. A respeito do tema, vide o *Título 4.4*.

A segunda visão, sustentada pelo ministro Paulo Brossard, afastou a tese da ilicitude da prova, ao afirmar que a omissão do legislador não poderia paralisar a atividade investigatória e que a lei a ser editada inevitavelmente autorizaria o monitoramento telefônico, para fins de investigação criminal de delitos tidos pela própria Constituição como inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, entre os quais se encontra o tráfico de drogas. A seguir, examinando as circunstâncias do caso concreto, o ministro afirmou que a sentença se fundamentava em provas que não foram contaminadas pela suposta ilicitude, pois “como os autos revelam que há fatos relevantes anteriores e posteriores à escuta, não vejo como uma prova que venha a ser considerada ilegal possa contaminar outras, mesmo que anteriormente produzidas”.

Por escassa maioria²⁵, sagrou-se vencedora a tese sustentada pelo min. Sepúlveda, que propugna a exclusão da prova como um efeito automático da violação constitucional, não levando em consideração a finalidade da norma violada ou as circunstâncias do caso concreto. Com relação às demais provas, a decisão preconiza a aplicação do efeito extensivo da exclusão a todas as provas que tiverem origem, ainda que remota, na ilicitude original, sem considerar a existência de concausas anteriores ou supervenientes capazes de romper o nexo de causalidade.

Em outra oportunidade, o Supremo Tribunal Federal reafirmou o caráter absoluto da regra de exclusão, argumentando ser esta uma consequência da adoção do modelo norte-americano. Tratava-se de um recurso extraordinário²⁶ em que se discutia a validade da prova obtida por particulares mediante furto. No caso, dois menores²⁷ invadiram o consultório profissional do réu e subtraíram um álbum de fotos, com o objetivo de obter vantagem pecuniária dos adultos que nelas figuravam em cenas pornográficas com crianças. A vítima da extorsão – réu da ação penal – procurou a polícia. Ao ser abordado, o autor da subtração

25 No primeiro julgamento, ocorrido em 30.6.1993, saiu vencedora a tese do min. Brossard. No entanto, a defesa impetrou mandado de segurança, alegando o impedimento do ministro Neri da Silveira, por ter atuado no processo condenatório, pelo Ministério Público, o filho do ministro. No segundo julgamento, o HC foi deferido por 5 votos a 4.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. Recurso Extraordinário n. 251.445/GO. Relator: Ministro Celso de Mello. 21.6.2000. *DJ*, 3 ago. 2000.

27 Um deles alegava ser vítima de abuso sexual praticado pelo recorrido.

entregou voluntariamente o álbum, que posteriormente seria utilizado para subsidiar a acusação pela prática do crime previsto no art. 241 da Lei n. 8.069/1990. O réu foi condenado em primeiro grau. Em sede de recurso, o Tribunal de Justiça de Goiás entendeu que

fotos surrupiadas de seu proprietário, que atentem contra a intimidade, direito constitucionalmente reconhecido, são imprestáveis para sustentar um provimento condenatório, pois ilícitas, *devendo ser retiradas dos autos e devolvidas* [grifos nossos].

O ministro Celso de Mello, em decisão monocrática, não conheceu do recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público. Não obstante, teceu importantes considerações a respeito do uso da prova obtida mediante violação ao domicílio. Citando a doutrina de Ada Pellegrini Grinover, o ministro deixou registrado que a norma inscrita no art. 5º, LVI, da Constituição de 1988 consagrou o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve “ser repudiada – *e repudiada, sempre* – pelos juízes e Tribunais, ‘por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade’” [grifos nossos]. Ainda de acordo com a decisão, “a absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar”. Segundo o ministro, essa é uma consequência decorrente do modelo norte-americano da *exclusionary rule*:

Tenho tido a oportunidade de enfatizar, neste Tribunal, que a *exclusionary rule* – considerada essencial, pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, na definição dos limites da atividade probatória desenvolvida pelo Estado – destina-se a proteger os réus, em sede processual penal, contra a ilegítima produção ou a ilegal colheita de prova incriminadora (*Garrity v. New Jersey*, 385 U.S. 493, 1967 - *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961 - *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471, 1962, *v.g.*), impondo, em atenção ao princípio do *due process of law*, o banimento processual de quaisquer evidências que tenham sido ilicitamente coligidas pelo Poder Público.

Quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade, o ministro observou que este postulado “não pode converter-se em instrumento de frustração da norma constitucional que repudia a utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos”.

O modelo de exclusão da prova adotado no Brasil e o uso da técnica da ponderação de interesses foram novamente examinados pelo Supremo Tribunal, no julgamento do HC 80.949-9/RJ. Discutia-se a validade de gravação de conversa informal realizada entre policial e o paciente, em que este revelava o *modus operandi* da quadrilha de traficantes e os seus projetos imediatos. Antes de analisar a ilicitude da gravação, o ministro Sepúlveda adverte que a doutrina alemã a respeito do tratamento da prova obtida por meios ilícitos não é aplicável ao nosso ordenamento. Segundo o voto condutor, não se pode utilizar o princípio da proporcionalidade para temperar a aplicação da regra de exclusão, ainda que se cuide da apuração de crimes graves, pois o constituinte teria feito um juízo explícito de prevalência da garantia constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos sobre qualquer outro interesse²⁸.

Para o Supremo Tribunal Federal, a tese de ineficácia absoluta da prova colhida inconstitucionalmente encontra uma única exceção: quando a fonte de prova for necessária para demonstrar a inocência do acusado.

Assim, caso a obtenção da prova resulte da violação de um direito fundamental, a nossa Suprema Corte entende como imperativa a sua exclusão, independentemente de outros fatores. Discute-se somente se as demais provas utilizadas para condenar o acusado são derivadas da fonte de informação colhida ilicitamente, aplicando, para tanto, o efeito extensivo da exclusão e apenas duas de suas limitações, a da descoberta inevitável e a da fonte independente²⁹.

Embora o Supremo Tribunal Federal considere que a nossa Constituição adotou o paradigma norte-americano, a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos desenvolveu uma regra de exclusão

28 Conforme consta da ementa: “2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF/1988 (LGL\1988\3), art. 5.º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: consequente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Primeira Turma. Habeas Corpus n. 80.949-9/RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 30.10.2001, unânime. DJ, 14 dez. 2001).

29 Limitações inseridas no art. 157, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal, com a redação da Lei n. 11.690/2008.

muito mais complexa, contemplando uma série de hipóteses de admissão da prova obtida por meios ilícitos, tendo como fundamento considerações de ordem pragmática e as circunstâncias do caso concreto.

4 A regra de exclusão criada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos

4.1 A definição da regra de exclusão e o seu fundamento

Carlos Fidalgo Gallardo define a regra de exclusão concebida pela Suprema Corte dos Estados Unidos como a regra jurisprudencial que veda a admissão e a valoração, na fase decisória³⁰ do processo penal, dos elementos de prova (*evidence*) obtidos pelas forças de ordem pública mediante ações de investigação criminal que vulnerarem os direitos processuais constitucionais reconhecidos pelas Emendas Quarta, Quinta, Sexta e Décima Quarta da Constituição Federal, para os efeitos de determinação ou prova (*proof*) da culpa ou da inocência do acusado cujos direitos foram violados³¹. Conforme observa o autor, esta definição é a síntese das conclusões de uma série de sentenças que, ao longo de mais de um século, foram definindo o perfil de uma norma de direito probatório extremamente controvertida.

Foi em *Weeks v. United States*, julgado em 1914, que a Suprema Corte introduziu a versão original da regra de exclusão no ordenamento jurídico norte-americano. O caso tratava da apreensão de correspondência do investigado, por policiais federais, sem prévia autorização judicial. A Corte entendeu que a admissão por um tribunal federal de provas obtidas por agentes federais em violação à Quarta Emenda equivaleria à aprovação e convalidação judicial da atuação ilegal. Por isso, a acusação não poderia aportar esses materiais e, caso

30 A Suprema Corte admite o uso da prova alegadamente obtida por meios ilícitos em outras fases processuais, tais como: a) o procedimento do Grande Júri para a emissão do *indictment* (equivalente ao recebimento da denúncia no processo penal brasileiro); b) para análise dos pedidos de liberdade e concessão de fiança para o preso; c) nas audiências preparatórias para o juízo oral; d) na fase de sentença, para fins de fixação da pena (a informação obtida ilicitamente somente não é admitida para fins de decisão a respeito da culpa ou inocência); e) nos procedimentos de *parole* e *probation* (GALLARDO, 2003, p. 410-413).

31 GALLARDO, 2003, p. 49.

tivesse aportado, eles deveriam ser excluídos, para preservar a integridade dos direitos constitucionais do acusado.

A regra de exclusão nasce, portanto, ancorada em um argumento de ordem ética, a necessidade de preservação da integridade judicial (*judicial integrity*), pois admitir no processo judicial elementos de prova obtidos pela polícia de forma ilícita seria o mesmo que convalidar o ato espúrio e fazer com que os tribunais fossem cúmplices da ilicitude praticada.

Ao argumento de integridade judicial, a Suprema Corte acrescentou outro fundamento para justificar a exclusão, o efeito dissuasório (*deterrent effect*). Assim, a exclusão da prova obtida ilicitamente se justifica por um argumento pragmático e utilitarista: evitar futuras violações dos direitos processuais constitucionais por parte das forças policiais³². A formulação da Corte pode ser sintetizada na seguinte afirmação proferida no julgamento do caso *Elkins v. United States*: “a regra está calculada para evitar, não para reparar. Seu propósito é dissuadir – impor respeito às garantias constitucionais da única forma efetivamente disponível – mediante a remoção do incentivo para ignorá-la”³³.

A eficácia dissuasória também evidencia os destinatários da regra de exclusão: os agentes encarregados da persecução penal, ou seja, as forças policiais e o Ministério Público. Conforme adverte Carlos Fidalgo Gallardo, as violações que se pretende evitar são as cometidas pelas forças de ordem pública no exercício da tarefa de investigar delitos e de obter provas incriminatórias que serão utilizadas nos processos penais³⁴. Por isso, a locução *deterrence of police misconduct* (dissuasão de condutas policiais impróprias) é a mais adequada para descrever este fundamento da regra de exclusão³⁵.

A partir do caso *Elkins*, julgado em 1960, a jurisprudência da Corte passou a dar menor importância ao fundamento de integridade judicial,

32 Eugênio Pacelli entende que, no Brasil, a regra de exclusão também tem a finalidade pedagógica de desestimular e enfraquecer novas incursões ilícitas na produção da prova para o processo penal (OLIVEIRA, 2004, p. 199).

33 *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206 (1960): “The rule is calculated to prevent, not to repair. Its purpose is to deter -- to compel respect for the constitutional guaranty in the only effectively available way -- by removing the incentive to disregard it”.

34 GALLARDO, 2003, p. 302.

35 Ibidem.

que aos poucos foi ocupando um papel secundário nas decisões, na medida em que a dissuasão aparecia como argumento suficiente para justificar a exclusão das provas³⁶. Em 1974, julgando o caso *United States v. Calandra*, a Suprema Corte enfatizou o efeito dissuasório como o *principal fundamento* da exclusão das provas obtidas ilicitamente, ao afirmar que a regra de exclusão é um remédio de criação judicial desenhado para salvaguardar os direitos da Quarta Emenda, geralmente por meio do seu efeito dissuasório sobre a atividade policial ilegal, mais do que um direito constitucional da parte agravada³⁷.

A consequência desta abordagem é que, para decidir a respeito da aplicação da exclusão de provas, a Suprema Corte aplica um *balancing test*, ponderando de um lado os benefícios dissuasórios da exclusão e, de outro, os custos decorrentes da perda da prova³⁸.

4.2 O âmbito de aplicação da norma

A regra de exclusão é uma norma jurisprudencial de direito probatório (*evidence law*) que contém pressupostos de natureza material (substantivo) e processual (adjetivo).

A sua incidência pressupõe a constatação de um pressuposto substantivo, qual seja: que durante a investigação os órgãos estatais de persecução criminal tenham violado os direitos processuais do acusado previstos na Constituição dos Estados Unidos (*Bill of Rights*). São eles: a) a proteção contra a busca e apreensão, confisco e prisão irrazoáveis (direito à privacidade), reconhecido pela Quarta Emenda; b) a proteção contra a autoincriminação forçada, plasmado na Quinta Emenda; c) o direito à assistência de advogado, contido na Sexta Emenda; d) a garantia do devido processo legal, estabelecido na Décima Quarta Emenda.

³⁶ GALLARDO, 2003, p. 318.

³⁷ *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974): “The exclusionary rule, under which evidence obtained in violation of the Fourth Amendment or the fruits of such evidence cannot be used in a criminal proceeding against the victim of the illegal search and seizure, is a judicially created remedy designed to safeguard Fourth Amendment rights generally through its deterrent effect on future unlawful police conduct, rather than a personal constitutional right of the party aggrieved”. A doutrina afirma que esse entendimento levou à desconstitucionalização da regra de exclusão, que deixou de fazer parte do núcleo essencial do direito fundamental, passando a configurar um remédio processual de criação jurisprudencial.

³⁸ CAMMACK, 2013, p. 5.

Dessa forma, no sistema norte-americano, não é a violação de qualquer direito constitucional do investigado que fará incidir a regra de exclusão, mas somente a violação daqueles direitos específicos.

Foi a partir da jurisprudência a respeito do âmbito de proteção dos direitos previstos na Quarta Emenda que surgiu a regra de exclusão. Trata-se de um preceito que conforma um espaço de intimidade pessoal (*privacy*), protegido das intromissões ilegítimas do Estado em razão do abuso no desenvolvimento de sua atividade de investigação e persecução dos delitos³⁹. A norma materializa uma série de garantias e requisitos para a licitude da atividade policial relacionada à busca e apreensão (*search and seizures*) – domiciliar, pessoal e de bens – e à prisão de pessoas⁴⁰. Posteriormente, a regra foi estendida para os casos de violação dos direitos contidos na Quinta⁴¹, Sexta⁴² e Décima Quarta Emendas⁴³.

Além da vulneração de direitos constitucionais específicos, a incidência da regra de exclusão pressupõe, como regra geral⁴⁴, que o ato ilegal tenha sido praticado por um agente público no exercício da atividade investigatória, tarefa desenvolvida nos Estados Unidos pela polícia e pelo Ministério Público. A qualidade específica de agente público se justifica porque os direitos previstos na *Bill of Rights*, mais do que direitos subjetivos, são direcionados a controlar e a evitar arbitrariedades do Poder Público. A exigência de que a violação tenha se dado no exercício da atividade investigatória decorre do fundamento dissuasório da regra de exclusão, que tem como alvo os agentes públicos encarregados da investigação criminal.

Em consequência da qualidade do sujeito ativo da violação e dos objetivos da norma, *nos Estados Unidos não se aplica a regra de exclusão*

39 GALLARDO, 2003, p. 62.

40 A previsão constitucional possui duas cláusulas interligadas: a primeira reconhece o direito à proteção da intimidade da pessoa, de seu domicílio e de seus objetos pessoais; a segunda estabelece requisitos que devem ser observados para justificar a emissão de um mandado de busca e apreensão (*warrant*). A respeito do âmbito de proteção da Quarta Emenda e do contexto que levou os *Founding Fathers* a incluir este direito no *Bill of Rights*, vide GALLARDO, 2003, p. 61-68.

41 *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

42 *Massiah v. United States*, 377 U.S. 201 (1964).

43 *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952).

44 Em determinadas situações a Suprema Corte tem incluído no âmbito de proteção da Quarta Emenda buscas realizadas por empregados *públicos* sobre os seus subordinados; diretores de escolas *públicas* sobre os estudantes; bombeiros; agentes administrativos municipais e por particulares, estes se utilizados como instrumento da polícia. Sobre o tema, vide GALLARDO, 2003, p. 382-394.

quando a prova foi obtida em virtude de erro judiciário. Em *United States v. Leon*⁴⁵, a Suprema Corte afirmou que a regra de exclusão não se dirige a prevenir erros de magistrados na emissão de mandados. Segundo entendeu a Corte, não haveria motivos para crer que a exclusão de provas obtidas em virtude de uma autorização (aparentemente válida) teria um efeito dissuasório sobre o juiz emissor da ordem. Considerando a finalidade estrita da norma, *os Tribunais norte-americanos também têm negado a exclusão de provas em processos criminais, quando a sua obtenção ilegal se deu por ato de um particular.* Nesses casos, aquele que se julgar prejudicado pode buscar a reparação do dano por meio de uma ação de responsabilidade civil, mas não terá direito à exclusão da prova.

Para promover a moção de supressão da prova, a Suprema Corte exige, ainda, uma qualidade especial do requerente: detém legitimidade processual (*standing*) para requerer a exclusão aquele que foi vítima da busca e apreensão ilegal. Assim, somente se o acusado foi a vítima do ato ilegal ele poderá requerer a supressão da prova. Caso a prova tenha sido obtida por meio de busca e apreensão ilegal na casa de terceiro, o acusado não terá legitimidade para requerer a exclusão, pois a Suprema Corte entende que o âmbito de proteção da Quarta Emenda é estritamente pessoal⁴⁶.

4.3 A técnica da ponderação entre os custos e benefícios da aplicação da regra de exclusão

O desenvolvimento da regra de exclusão enuncia um dos ideais do Estado Democrático de Direito, o respeito aos direitos individuais e o princípio de que não se pode fazer justiça a qualquer custo. No entanto, a sua aplicação desmedida e descriteriosa pode levar a severas injustiças, com a possibilidade de que autores de crimes graves escapem de uma condenação por meio da subversão de garantias processuais ou em razão de uma irregularidade pouco significativa na atuação policial.

Levando em consideração o interesse da justiça na punição de culpados por crimes graves, os Tribunais de vários países elaboraram

⁴⁵ Esse precedente é a base para a criação da chamada exceção de boa-fé, que será descrita adiante.

⁴⁶ Cammack (2013, p. 13) esclarece que a *standing doctrine* não é uma exigência exclusiva para requerer a exclusão da prova, sendo aplicável também às ações de indenização propostas com fundamento na violação aos direitos previstos na Quarta Emenda.

testes para avaliar a aplicação ou não da regra de exclusão⁴⁷. A Suprema Corte dos Estados Unidos também desenvolveu a sua técnica de análise de custos e benefícios como critério para decidir sobre a aplicação da *exclusionary rule*.

Assim, considerando a proeminência do fundamento da dissuasão, a Suprema Corte analisa, no caso concreto, se a exclusão da prova é pertinente para fins de dissuasão e se o efeito dissuasório se sobrepõe aos custos decorrentes da perda da prova. Além disso, a Corte considera que o interesse da sociedade em coibir a conduta policial ilegal e o interesse público de que os juízes recebam todo o material probatório de um crime devem ser sopesados, de modo que a acusação não seja colocada em uma situação pior do que se o ato ilegal não tivesse ocorrido⁴⁸. Com isso, a Suprema Corte busca equilibrar dois interesses relevantes e legítimos, tendo como referência as circunstâncias do caso concreto. Embora a prevalência do fundamento dissuasório tenha acentuado o uso desta técnica, *não se pode esquecer que o argumento de integridade judicial não impedia o uso da ponderação*, mesmo no período da Corte Warren, em que o respeito aos direitos individuais era o fundamento de maior peso nas decisões.

É a partir dessas bases – fundamento da exclusão, âmbito de aplicação da norma e *balancing test* – que a regra de exclusão e a doutrina dos frutos da árvore envenenada se desenvolveram nos Estados Unidos, com seus temperamentos e limitações.

4.4 A teoria dos frutos da árvore envenenada e as suas limitações

A doutrina dos frutos da árvore envenenada (*fruit of the poisonous tree doctrine*) refere-se ao conjunto de regras jurisprudenciais segundo o qual a regra de exclusão se estende às provas que, embora tenham

47 Para um estudo de direito comparado a respeito dos testes utilizados pelos tribunais para a aplicação da regra de exclusão, vide THAMAN, 2013. Com relação ao teste desenvolvido pelo Tribunal Penal Internacional, vide ZILLI, 2013, p. 89-133.

48 *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984): “The independent source doctrine teaches us that the interest of society in deterring unlawful police conduct and the public interest in having juries receive all probative evidence of a crime are properly balanced by putting the police in the same, not a worse, position that they would have been in if no police error or misconduct had occurred”.

sido obtidas licitamente, são derivadas da prova colhida com violação aos direitos do investigado. Nas palavras do juiz Holmes, o fundamento da extensão da ilicitude é que “a essência da norma que proíbe a obtenção de provas de uma determinada maneira não é somente que as provas assim obtidas não devam ser utilizadas perante o Tribunal, mas que essas provas não devam ser utilizadas em absoluto”⁴⁹.

A proibição do uso da prova derivada foi elaborada no âmbito da Quarta Emenda, mas já teve a sua aplicação reconhecida para casos de violação ao direito à assistência de advogado, contido na Sexta Emenda. Com relação aos direitos protegidos pela Quinta Emenda, a Suprema Corte distingue os casos em que a confissão foi efetivamente forçada daqueles em que há apenas falhas na Advertência Miranda. O efeito extensivo se aplica somente à primeira situação⁵⁰. Quanto ao objeto, a Corte entende que são considerados frutos da árvore envenenada tanto objetos materiais quanto declarações e informações que permitam seguir uma linha de investigação que conduza a novas provas⁵¹.

No sistema norte-americano, a qualificação de uma prova como fruto da árvore envenenada não se atém apenas a uma mera relação de causa e consequência, pois a *ausência de uma relação suficientemente forte* implica a não aplicação do efeito extensivo. Segundo a Suprema Corte, não se pode considerar uma informação como fruto da árvore envenenada “simplesmente porque ela não teria vindo à luz não fosse a ação ilegal da polícia”. Para a Corte, o importante é distinguir quando as provas derivadas foram obtidas mediante a *exploração* da atuação ilícita originária, daqueles casos em que a informação foi obtida por meios suficientemente distintos para purgar o veneno decorrente da violação ao direito do acusado⁵². Por isso, a Suprema

49 *Silverthorne Lumber Co. v. United States* 251 U.S. 385 (1920): “The essence of a provision forbidding the acquisition of evidence in a certain way is that not merely evidence so acquired shall not be used before the Court but that it shall not be used at all”.

50 *United States v. Patane*, 542 U.S. 630 (2004).

51 GALLARDO, 2003, p. 436.

52 *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963): “We need not hold that all evidence is ‘fruit of the poisonous tree’ simply because it would not have come to light but for the illegal actions of the police. Rather, the more apt question in such a case is ‘whether, granting establishment of the primary illegality, the evidence to which instant objection is made has been come at by exploitation of that illegality or instead by means sufficiently distinguishable to be purged of the primary taint’”.

Corte dos Estados Unidos elaborou uma série de critérios segundo os quais se pode entender que a cadeia lógica de causas e consequências entre a prova ilícita e a prova derivada acabou rompida ou não é suficientemente sólida para justificar a sua exclusão. Ademais, conforme evidenciam as sentenças analisadas a seguir, a Suprema Corte sempre leva em consideração os custos e benefícios da exclusão da prova derivada. Esses critérios de não extensão da ilicitude originária para as demais provas do processo, são os seguintes⁵³:

- a) Doutrina da fonte independente (*independent source doctrine*): entende-se por fonte independente a prova obtida com o respeito aos direitos do investigado e que não esteja relacionada com a ilegalidade originária. Essa doutrina normalmente é utilizada nos casos em que a informação tem duas fontes, estando uma delas viciada e a outra não. No caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*⁵⁴ (1920), a Suprema Corte deixou expresso que os dados obtidos ilicitamente não se convertem em sagrados ou inacessíveis, pois, caso o seu conhecimento seja alcançado mediante uma fonte independente, a informação pode ser incorporada ao processo como qualquer outra⁵⁵. No caso *Nix v. Williams* (1984), utilizando a técnica da ponderação, a Corte afirmou que a exclusão de provas obtidas a partir de uma fonte independente colocaria a polícia em uma situação pior do que se não houvesse violado o direito do investigado⁵⁶. Em *Murray*

53 As exceções da fonte independente e da descoberta inevitável foram expressamente inseridas no art. 157, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal. A respeito da definição constante da lei, são pertinentes as críticas da doutrina nacional. Por todos, OLIVEIRA; FISCHER, 2012, p. 313-327.

54 O caso trata da conduta de agentes federais que obtiveram documentos incriminatórios a partir da realização de uma busca e apreensão realizada na empresa investigada sem autorização judicial. Atendendo ao pedido da defesa, o juiz determinou a devolução dos documentos. No entanto, o Ministério Público abriu uma nova investigação e utilizou como prova a cópia dos documentos obtidos ilegalmente. No novo processo, o Tribunal determinou que a empresa apresentasse os documentos originais. Ao negar-se a apresentá-los, os seus representantes foram processados e condenados por desobediência (*contempt of court*). A condenação foi anulada pela Suprema Corte. Na ocasião, a sentença fixou as bases da teoria dos frutos da árvore envenenada e a exceção da fonte independente.

55 Nesse sentido, o voto do juiz Holmes em *Silverthorne Lumber Co. v. United States* 251 U.S. 385 (1920): “Of course this does not mean that the facts thus obtained become sacred and inaccessible. If knowledge of them is gained from an independent source they may be proved like any others [...]”.

56 *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984): “When the challenged evidence has an independent source, exclusion of such evidence would put the police in a worse position than they would have been in absent any error or violation”.

v. *United States*⁵⁷ (1988), a Suprema Corte considerou que a doutrina da fonte independente permite a introdução de uma evidência inicialmente descoberta mediante violação ao direito à privacidade do acusado, caso posteriormente esta prova seja alcançada por meio de uma busca amparada por mandado validamente obtido e totalmente independente do ato ilícito⁵⁸.

- b) Doutrina da descoberta inevitável (*inevitable discovery exception*): em *Nix v. Williams*, a Suprema Corte entendeu que a prova não deve ser excluída quando a acusação consegue demonstrar, segundo o *standard* da preponderância das provas, que a informação obtida com a ilegalidade originária seria inevitavelmente alcançada posteriormente pelos meios legais. Nesse julgado, o acusado *Williams*, em conversa informal com policiais, confessou o crime e informou o paradeiro do corpo de uma criança de 10 anos de idade que ele havia sequestrado. A prova foi obtida com violação à Sexta Emenda, pois o acusado não estava acompanhado por advogado enquanto falava com os policiais. No entanto, a Suprema Corte considerou que o corpo da vítima seria encontrado de qualquer forma, pois havia uma investigação em andamento e mais de 200 voluntários estavam vasculhando a região e se aproximando do local em que o corpo estava escondido. Esta exceção tem aplicação nos casos em que a acusação consegue demonstrar que a ilegalidade teve apenas o efeito de acelerar uma descoberta que seria feita naturalmente pela investigação em andamento.
- c) Doutrina da conexão atenuada (*attenuated connection doctrine*): em *Nardone v. United States*⁵⁹ (1939), a Suprema Corte afirmou

57 No caso examinado, a polícia tinha elementos suficientes (*probable cause*) para acreditar que havia drogas em um depósito que era mantido sob vigilância. Mesmo sem um mandado de busca, os agentes entraram no local e encontraram grande quantidade de maconha. Somente após a violação ao direito protegido pela Quarta Emenda, a polícia pediu a expedição de um mandado e instruiu o pedido com as informações que detinha antes da busca realizada ilegalmente, ou seja, não mencionou o que havia encontrado dentro do depósito.

58 *Murray v. United States*, 487 U.S. 533 (1988): “The Fourth Amendment does not require the suppression of evidence initially discovered during police officers’ illegal entry of private premises if that evidence is also discovered during a later search pursuant to a valid warrant that is wholly independent of the initial illegal entry”.

59 Neste caso, a acusação não fez uso das conversas telefônicas interceptadas ilegalmente, mas arrolou uma testemunha descoberta a partir do monitoramento ilegal. A questão levada à

que a conexão entre a informação obtida por meio de uma interceptação telefônica ilícita e as provas que demonstram a culpa do acusado pode ter se tornado tão atenuada a ponto de purgar o veneno originário⁶⁰. Aplicando esse precedente ao caso *Wong Sun v. United States* (1963), a Corte considerou válido o depoimento incriminatório prestado pelo acusado de forma voluntária, dias após ele ter sido preso ilegalmente e liberado. Segundo a decisão, a conexão entre a prisão ilegal e as declarações do acusado estava tão atenuada que esta prova não poderia ser considerada fruto da árvore envenenada⁶¹. Neste julgado, a Corte apontou dois elementos para considerar a conexão atenuada⁶². Primeiro, a prova impugnada não pode ter se originado da *exploração* da informação obtida ilícitamente. Assim, se a polícia não se aproveita da sua própria conduta ilícita, a conexão entre a ilicitude original e a prova derivada é atenuada⁶³. Segundo, a intervenção posterior e voluntária do investigado pode ser a fonte da descontaminação.

Em *Brown v. Illinois*⁶⁴ (1975), a Corte estipulou quando uma confissão posterior pode ser considerada um ato voluntário capaz de re-

Corte era se as normas que regulamentavam a interceptação telefônica proibiam o uso somente da conversa interceptada ou também das provas obtidas a partir dela. A Suprema Corte entendeu que também os frutos estavam viciados, mas, considerando a exceção da fonte independente, caberia ao tribunal recorrido decidir se havia relação entre a interceptação e a prova que se pretendia ver excluída. Este exame deveria ser realizado em três fases: primeiro, se a polícia fez uso de uma interceptação ilegal; segundo, se uma “porção substancial” do caso é produto do monitoramento ilegal; terceiro, se a evidência que se pretende excluir tem uma origem independente da interceptação ilícita. Como o tribunal recorrido não havia feito essa análise, a Corte determinou a devolução do caso. A respeito do caso e da doutrina da conexão atenuada, vide STRATTON, 1984, p. 139-165.

60 *Nardone v. United States* 308 U.S. 338 (1939): “Sophisticated argument may prove a causal connection between information obtained through illicit wiretapping and the Government’s proof. As a matter of good sense, however, such connection may have become so attenuated as to dissipate the taint”.

61 *Wong Sun v. United States* 371 U.S. 471 (1963): “For Wong Sun’s unsigned confession was not the fruit of that arrest, and was therefore properly admitted at trial. On the evidence that Wong Sun had been released on his own recognizance after a lawful arraignment, and had returned voluntarily several days later to make the statement, we hold that the connection between the arrest and the statement had ‘become so attenuated as to dissipate the taint’”.

62 Conforme STRATTON, 1984, p. 146.

63 Neste sentido, o trecho da sentença transcrito na nota 52.

64 O Tribunal de Illinois havia considerado que a aplicação da Advertência Miranda atenuava a conexão entre a prisão ilegal e as declarações do acusado perante a polícia. A Suprema Corte, no entanto, revisou a decisão e considerou a confissão como fruto da ilicitude policial, tendo em vista que (a) a Advertência Miranda não é suficiente, por si só, para romper a conexão entre

mover a mancha decorrente de uma prisão ilegal. Posteriormente, em *United States v. Ceccolini*⁶⁵ (1978), a Suprema Corte estendeu o teste desenvolvido em *Brown* para outras provas derivadas de condutas policiais impróprias. Assim, para determinar se a prova foi obtida mediante a exploração de uma conduta ilegal da polícia, a Suprema Corte adota um *four-factor test of attenuation*⁶⁶, que pode ser resumido nos seguintes critérios⁶⁷: (1) a proximidade temporal entre a ilegalidade originária e a obtenção das provas derivadas; (2) a existência de acontecimentos intervenientes entre a ilegalidade original e a obtenção das provas derivadas (o caso mais comum é a confissão posterior e voluntária do investigado); (3) a gravidade da violação originária – quanto mais envenenada estiver a árvore, mais difícil será que os frutos estejam incólumes; (4) a natureza da prova derivada – para a Suprema Corte é mais fácil considerar uma confissão ou um depoimento testemunhal voluntário como lícito do que a descontaminação de evidências materiais colhidas por derivação.

É importante destacar, que no caso *Brown*, a Corte fundamentou a doutrina da atenuação na ponderação entre os custos decorrentes da perda da prova e os benefícios pedagógicos sobre a atuação da polícia. Segundo o voto do juiz Powell⁶⁸, a regra de exclusão impõe grandes custos na atividade legítima de aplicação da lei, que somente podem ser justificados em razão do seu efeito dissuasório. Por isso, conclui o juiz, a doutrina da atenuação pretende marcar o ponto da balança em que as consequências prejudiciais da ação ilegal da polícia foram atenuadas o suficiente para que o efeito dissuasório da regra de exclusão não justifique seu custo.

a ilicitude praticada pela polícia e a confissão do investigado; (b) entre a prisão e a confissão havia se passado apenas duas horas; (c) não sobreveio qualquer circunstância posterior; e (d) a ilegalidade praticada pela polícia foi intencional.

65 Nesse caso, a Corte entendeu que era admissível o depoimento de uma testemunha que estava presente no momento da busca realizada ilegalmente.

66 Expressão utilizada por STRATTON, 1984, p. 147-151.

67 Conforme GALLARDO, 2003, p. 441-442.

68 *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590 (1975): “[...] in some circumstances strict adherence to the Fourth Amendment exclusionary rule imposes greater cost on the legitimate demands of law enforcement than can be justified by the rule’s deterrent purposes. The notion of the ‘dissipation of the taint’ attempts to mark the point at which the detrimental consequences of illegal police action become so attenuated that the deterrent effect of the exclusionary rule no longer justifies its cost”.

Em 2006, a Suprema Corte aplicou a regra da conexão atenuada a uma situação diferente das anteriores. Em *Hudson v. Michigan*, discutiu-se a aplicação da regra de exclusão em razão do descumprimento da *knock-and-announce rule*⁶⁹, segundo a qual, antes de entrar em uma residência, a polícia deve dar a oportunidade aos ocupantes de autorizarem o seu ingresso, evitando assim a entrada pela força. A Corte de Michigan entendeu que a polícia havia violado essa regra, pois ingressou na casa de três a cinco segundos após anunciar a entrada. Ao analisar o caso, a Suprema Corte concordou que a conduta policial violou a Quarta Emenda, mas entendeu que essa violação não acarreta a supressão das provas obtidas durante a busca. A decisão está amparada em três fundamentos. Primeiro, não há relação causal entre a maneira de entrar na casa e a obtenção da evidência, ou seja, mesmo que houvesse o anúncio, as drogas e a arma seriam encontradas. Segundo, ainda que houvesse relação causal, a prova seria admitida em razão da conexão atenuada, pois esta doutrina é aplicada em duas situações: (1) quando não há uma relação causal forte entre a violação e a prova derivada e (2) quando o interesse protegido pela garantia constitucional não é pertinente à finalidade da exclusão da prova. No caso, o interesse protegido pela *knock-and-announce rule* é evitar a violência e proteger o patrimônio do investigado, finalidade que não guarda relação com os objetivos da exclusão da prova. E, finalmente, a Corte considerou que o custo social da perda da prova, neste caso, é maior do que o efeito dissuasório da exclusão sobre a conduta policial⁷⁰.

69 *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006).

70 A respeito dos dois últimos fundamentos, seguem os argumentos do juiz Scalia: "The interests protected by the knock-and-announce rule include human life and limb (because an unannounced entry may provoke violence from a surprised resident), property (because citizens presumably would open the door upon an announcement, whereas a forcible entry may destroy it), and privacy and dignity of the sort that can be offended by a sudden entrance. But the rule has never protected one's interest in preventing the government from seeing or taking evidence described in a warrant.

[...]

The social costs to be weighed against deterrence are considerable here. [...] The value of deterrence depends on the strength of the incentive to commit the forbidden act. That incentive is minimal here, where ignoring knock-and-announce can realistically be expected to achieve nothing but the prevention of evidence destruction and avoidance of life-threatening resistance, dangers which suspend the requirement when there is 'reasonable suspicion' that they exist, *Richards v. Wisconsin*, 520 U. S. 385, 394".

4.5 Exceções à regra de exclusão

A jurisprudência da Suprema Corte norte-americana estabeleceu três exceções à regra de exclusão, casos em que a fonte de prova deve ser admitida e valorada no julgamento da causa, embora tenha sido obtida com violação ao direito constitucional do investigado.

A exceção de boa-fé (*good faith exception*), construída a partir do caso *United States v. Leon* (1984), consiste na admissão da prova obtida com violação ao direito à privacidade, previsto na Quarta Emenda, quando a polícia tenha agido acreditando na validade de uma autorização judicial previamente obtida e que posteriormente é declarada nula⁷¹. Trata-se de mais um exemplo da utilização da ponderação de interesses na aplicação da regra de exclusão. Segundo a Corte, nessas situações, a regra de exclusão da prova não surtiria nenhum efeito dissuasório e, portanto, a sua aplicação não seria capaz de compensar os custos decorrentes da perda de provas que poderiam ser decisivas para demonstrar a culpa do acusado⁷².

Para avaliar a boa-fé na execução da ordem judicial, a Suprema Corte utiliza um critério objetivo, examinando se, no caso concreto, um agente de polícia bem treinado teria condições de saber que a busca era ilegal, apesar da autorização judicial. A Quarta Emenda estabelece que o mandado de busca ou de prisão será considerado válido se for emitido por um magistrado neutro e independente; com base em uma declaração juramentada; fundamentado em indícios reais da prática de um crime (*probable cause*); e delimitando com precisão o local, a pessoa e os elementos que serão arrecadados. Assim, para a Suprema Corte, não poderá ser considerada a boa-fé do agente que cumpriu o mandado se for flagrante a ausência de algum desses elementos⁷³.

71 Na doutrina nacional, Eugênio Pacelli (2015) defende raciocínio semelhante ao da exceção de boa-fé, afirmando que “no campo da produção de provas o ato ilícito será sempre doloso” e que “não se pode considerar como ilícita a prova obtida mediante autorização judicial”. Para melhor compreensão dos argumentos, vide OLIVEIRA, 2015, p. 900-904.

72 *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984): “We conclude that the marginal or nonexistent benefits produced by suppressing evidence obtained in objectively reasonable reliance on a subsequently invalidated search warrant cannot justify the substantial costs of exclusion”.

73 *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

Em *Massachusetts v. Sheppard* (1984), a Suprema Corte aplicou a exceção de boa-fé para um caso em que houve erro do juiz no momento do preenchimento do mandado, erro este que não influenciou a execução da busca por parte da polícia⁷⁴. Ao julgar *Illinois v. Krull* (1987), a Corte novamente admitiu a aplicação da exceção de boa-fé para manter nos autos provas obtidas por policiais que realizaram a busca domiciliar sem mandado, considerando que a diligência, nestas condições, era permitida por uma lei estadual posteriormente declarada inconstitucional⁷⁵. Em *Arizona v. Evans* (1995), a polícia prendeu um suspeito sem saber que o mandado de prisão havia sido revogado, pois a sua base de dados não tinha sido atualizada⁷⁶. Em *Herring v. United States* (2009), por sua vez, um policial abordou o suspeito com base em um mandado de prisão inexistente, mas que constava erroneamente no sistema da polícia⁷⁷. A Suprema Corte entendeu, nos dois casos, que o policial agiu de boa-fé e que a prova obtida com a prisão não deveria ser excluída.

A segunda exceção estabelecida na jurisprudência norte-americana é a possibilidade de a acusação aportar aos autos provas obtidas ilicitamente e já excluídas para os fins de atacar a credibilidade das declarações do acusado (*impeachment exception*). A justificativa da *impeachment exception* é evitar que o réu se aproveite da proteção da regra de exclusão e subverta as garantias processuais, violando o juramento de dizer a verdade e cometendo perjúrio. Assim, caso o réu faça afirmações contrárias às provas excluídas, a acusação poderá apresentá-las para o fim estrito de afastar as declarações do acusado⁷⁸.

Essa exceção deve ser analisada com cuidado no direito brasileiro, pois, ao contrário do direito norte-americano, o acusado não presta juramento de dizer a verdade em seu interrogatório judicial. No entanto, o caso *Kansas v. Ventris* (2009) envolve uma situação em

74 *Massachusetts v. Sheppard*, 468 U.S. 981 (1984).

75 *Illinois v. Krull*, 480 U.S. 340 (1987).

76 *Arizona v. Evans*, 514 U.S. 1 (1995).

77 *Herring v. United States*, 555 U.S. 135 (2009).

78 Em *James v. Illinois* (1990), a Suprema Corte negou a possibilidade da aplicação da *impeachment exception* para atacar a veracidade do depoimento de uma testemunha.

que poderia se especular a respeito da admissão da prova obtida ilicitamente no processo penal brasileiro. Nesse julgamento, a Suprema Corte admitiu a reintrodução de uma prova obtida ilicitamente pela polícia, mas que poderia provar a culpa do acusado, que mentiu em juízo, e a inocência da corré. No caso, Donnie Ventris e Rhonda Theel foram acusados pelo homicídio de Ernest Hicks. Na prisão, a polícia infiltrou um informante na cela de Ventris para obter informações sobre o crime. Segundo o informante, Ventris confessou que foi ele quem atirou na cabeça e no peito da vítima. O depoimento do informante, no entanto, foi obtido em violação à Sexta Emenda, considerando que o acusado havia feito as declarações sem o acompanhamento de um advogado. Diante dos jurados, Ventris culpou Theel pelo assassinato. Nesse momento, a acusação apresentou o depoimento do informante, para fins de minar a credibilidade das declarações de Ventris. Apesar dos protestos da defesa, o Tribunal admitiu a prova e Ventris foi condenado. No entanto, a Suprema Corte do Kansas reverteu a condenação, entendendo que a prova era ilícita. O caso chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos, que decidiu pela admissão da prova, pois “o interesse resguardado pela exclusão de uma prova viciada para impugnar a declaração do acusado é superado pela necessidade de prevenir o perjúrio e assegurar a integridade do julgamento”⁷⁹.

A *impeachment exception* revela que o conceito de integridade judicial utilizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos não se aplica apenas às condutas processuais da acusação, mas também da defesa, de modo que o acusado não possa se beneficiar da própria torpeza para obter vantagens processuais.

Por fim, a exceção de erro inócuo (*harmless error exception*). Caso uma prova obtida com violação aos direitos do acusado não tenha sido devidamente excluída do processo que resultou na sua condenação, a sentença não será anulada quando o Tribunal entender que este defeito foi irrelevante para o resultado final da causa. Cabe à acusação provar que este erro não influenciou no resultado do julgamento.

79 *Kansas v. Ventris* 556 U.S. 586 (2009): “The interests safeguarded by excluding tainted evidence for impeachment purposes are ‘outweighed by the need to prevent perjury and to assure the integrity of the trial process’”.

4.6 A regra de exclusão para os casos de grave violação aos direitos do investigado

No Brasil, a doutrina e a jurisprudência apresentam uma preocupação muito grande com a relativização da regra de exclusão em casos graves, como a obtenção de confissão mediante tortura⁸⁰. Para situações de especial gravidade, em que os limites e as formalidades da *exclusionary rule* não ofereçam uma resposta satisfatória, a Suprema Corte dos Estados Unidos desenvolveu uma norma de exclusão independente, baseada diretamente nas exigências materiais do devido processo legal previsto na Décima Quarta Emenda da Constituição⁸¹.

Em *Rochin v. California*, a Suprema Corte deixou assentado que, independentemente de outras considerações, devem ser inadmitidas no processo penal provas obtidas mediante condutas que “abalem a consciência” (*shock the conscience*), por serem contrárias ao senso de justiça e decência dos povos de tradição anglo-saxã⁸².

Rochin, sem dúvida, foi um caso de grave violação aos direitos do investigado. Policiais do Estado da Califórnia receberam uma informação imprecisa relatando que uma pessoa, Antonio Rochin, era traficante de drogas. Entraram na casa do suspeito sem mandado e, ao chegar no quarto, o encontraram parcialmente vestido, ao lado de sua esposa. No criado-mudo, estavam duas cápsulas, que foram engolidas pelo suspeito. Os policiais tentaram arrancar as cápsulas à força. Não conseguindo, levaram o suspeito ao hospital e ordenaram a um médico que introduzisse uma sonda estomacal provocando vômito no preso. Expulsas as cápsulas, constatou-se que era morfina, substância considerada droga pela legislação da Califórnia. Rochin

80 GOMES FILHO, 2010, p. 393.

81 GALLARDO, 2003, p. 429.

82 Na época do julgamento (1952), uma das principais limitações à aplicação da regra de exclusão era o entendimento de que ela se aplicava apenas a condutas ilegais praticadas por *agentes federais* em *processos federais*. Isso porque os direitos previstos nas dez primeiras emendas da Constituição norte-americana foram concebidos para controlar os abusos do governo federal. Foi em *Mapp v. Ohio* (1961) que a Suprema Corte passou a aplicar a regra de exclusão a todos os processos penais que tramitassem no território dos Estados Unidos, independentemente do seu caráter federal ou estadual, tendo como fundamento a vertente material do direito ao devido processo legal, previsto na Décima Quarta Emenda, uma das “emendas da reconstrução”. Por isso, a Suprema Corte teve de se utilizar de um critério tão extremo, como o da “conduta ilegal que abala a consciência dos povos ingleses”, para estender a regra de exclusão a provas obtidas ilícitamente em um âmbito não aplicável até então.

foi condenado em primeira e segunda instância, pois os Tribunais da Califórnia entendiam que o modo de obtenção de provas era irrelevante para a sua admissibilidade e que Rochin poderia se utilizar de ações civis e penais para reparar o seu direito violado.

A partir de outros precedentes a respeito do devido processo legal, a Suprema Corte afirmou que essa cláusula impõe que os juízes e tribunais verifiquem se o procedimento que levou a uma condenação ofende os cânones de decência e correção que expressam a noção de justiça dos povos que falam inglês, até mesmo para os acusados pelos crimes mais hediondos⁸³.

Conforme observa Carlos Fidalgo Gallardo, a extensão da aplicação da regra de exclusão decorrente da Quarta Emenda aos Estados, por força da decisão proferida em *Mapp v. Ohio*, e a ampla proteção contra confissões forçadas, elaborada em *Miranda v. Arizona*, reduziram as hipóteses de aplicação da doutrina criada em *Rochin*. Por outro lado, permanece o interesse na aplicação desta regra especial para a exclusão de provas obtidas mediante violência⁸⁴.

Esse critério também tem sido adotado pela comunidade internacional. A proibição contra a tortura ou outro tratamento desumano é considerada um limite absoluto ao uso da prova obtida por meios ilícitos. A Convenção contra a Tortura enuncia no seu art. 15 que “cada Estado Parte assegurará que nenhuma declaração comprovadamente obtida sob tortura possa ser admitida como prova em qualquer processo, exceto contra uma pessoa acusada de tortura, como prova de que tal declaração foi dada”⁸⁵.

83 *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952): “However, this Court too has its responsibility. Regard for the requirements of the Due Process Clause ‘inescapably imposes upon this Court an exercise of judgment upon the whole course of the proceedings [resulting in a conviction] in order to ascertain whether they offend those canons of decency and fairness which express the notions of justice of English-speaking peoples even toward those charged with the most heinous offenses.’ *Malinski v. New York*, supra, at 324 U. S. 416-417.

These standards of justice are not authoritatively formulated anywhere as though they were specifics. Due process of law is a summarized constitutional guarantee of respect for those personal immunities which, as Mr. Justice Cardozo twice wrote for the Court, are ‘so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked as fundamental.’ *Snyder v. Massachusetts*, 291 U. S. 97, 291 U. S. 105, or are ‘implicit in the concept of ordered liberty.’ *Palko v. Connecticut*, 302 U. S. 319, 302 U. S. 325”.

84 GALLARDO, 2003, p. 430-433.

85 Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991.

5 Conclusão

A doutrina da *exclusionary rule* desenvolvida pela Suprema Corte dos Estados Unidos é de excepcional importância, na medida em que criou um instrumento de proteção dos direitos fundamentais, ao vedar a admissão, no processo, das provas obtidas por condutas ilícitas. Por outro lado, a leitura dos precedentes da mais alta Corte norte-americana evidencia que a regra de exclusão não pode servir de escudo para a impunidade.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal adota somente uma parte da doutrina norte-americana, sem atentar para o conjunto de normas que estabelece o seu fundamento, âmbito de aplicação e limites. Do mesmo modo, a técnica de análise dos frutos da árvore envenenada utilizada pelo Supremo é distinta da adotada pela Suprema Corte, pois não examina a existência de concausas idôneas com aptidão para romper ou atenuar a conexão entre a violação original e as provas derivadas.

O modelo nacional é agravado, ainda, se considerarmos que as teses a respeito da irregularidade da atuação policial, normalmente amparadas em argumentos abstratos, podem ser levadas aos tribunais por meio do *habeas corpus*, ação que não permite a análise de provas, tampouco a verificação com segurança se as alegadas provas obtidas ilícitamente são as únicas a fundamentar a denúncia ou a sentença condenatória.

Existem posições doutrinárias razoáveis defendendo que o juiz leve em consideração as circunstâncias do caso concreto e as consequências da exclusão da prova no momento da aplicação da norma prevista no art. 5º, LVI da Constituição Federal⁸⁶. Entretanto, na visão do Supremo Tribunal Federal, a flexibilização da regra de exclusão traria riscos em um país com uma “trajetória inconsistente de respeito aos direitos individuais”⁸⁷.

86 Prevalece no Brasil a tese defendida por Robert Alexy (2002, p. 86), no sentido de que os direitos fundamentais são mandamentos de otimização do sistema, “caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida devida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”. Segundo o professor da Universidade de Kiel, “el ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos”. Defendendo a aplicação da ponderação de interesses em situações excepcionais, como critério para a aplicação da regra de exclusão, no direito brasileiro, cf. MOREIRA, 1997 e OLIVEIRA, 2004.

87 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. Recurso Extraordinário n. 251.445/GO. Relator: Ministro Celso de Mello. 21.6.2000. *DJ*, 3 ago. 2000.

Não se trata de advogar o retorno ao período do *male captum bene retentum*, mas de buscar a construção de uma teoria que, sem descuidar dos direitos fundamentais, contemple o interesse da sociedade em uma justiça criminal eficaz, evitando assim a criação de um ambiente de impunidade decorrente da subversão de garantias processuais ou em razão de irregularidades pouco significativas ocorridas durante a investigação criminal.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

AMBOS, Kai. A teoria do efeito extensivo no direito processual penal estadunidense e sua aplicação ao processo penal alemão. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coord.). *Proibições probatórias no processo penal: análise do direito brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 47-88.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições da prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 1992.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BELING, Ernst Ludwig. Von. As proibições da prova como limite para averiguação da verdade no processo penal. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coord.). *Proibições probatórias no processo penal: análise do direito brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 2-45.

CAMMACK, Mark E. The United States: the rise and fall of the constitutional exclusionary rule. In: THAMAN, Stephen C. (Org.). *Exclusionary rules in corporative law*. Dordrecht: Springer, 2013.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2015.

CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal – um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 12, p. 162-200, out./dez. 1995.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo*. Prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DEU, Teresa Armenta. *A prova ilícita*. Um estudo comparado. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GALLARDO, Carlos Fidalgo. *Las “pruebas ilegales”*: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (exclusionary rule). *Revista dos Tribunais*, v. 809, p. 474-484, mar. 2003.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 85, p. 393-410, jul./ago. 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. 12. ed. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações telefônicas e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93. *Revista Ajuris*, v. 66, p. 61-84, mar. 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Processo e hermenêutica na tutela dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOARES, Gustavo Torres. *Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

STRATTON, Brent D. The attenuation exception to the exclusionary rule: a study in attenuated principle and dissipated logic. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 75, p. 139-165, 1984.

THAMAN, Stephen C. Balancing truths against human rights: a theory of modern exclusionary rules. In: _____. (Org.). *Exclusionary rules in comparative law*. Dordrecht: Springer, 2013.

ZILLI, Marcos. Apresentação. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coord.). *Proibições probatórias no processo penal: análise do direito brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. Provas ilícitas no processo penal brasileiro e no direito penal internacional: duas cabeças, duas sentenças. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coord.). *Proibições probatórias no processo penal: análise do direito brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

Crimes do colarinho branco e delinquência econômica: punição perante a Constituição e impunidade

Júlio Carlos Schwonke de Castro Júnior

Sumário: 1 Introdução. 2 Conceito do crime de colarinho branco. 2.1 Histórico – definição criada por Sutherland. 3 Crime de colarinho branco é crime? 4 Constituição Federal e crimes de colarinho branco. 5 Criminalidade de colarinho branco e evolução legislativa brasileira. 6 Delinquência econômica e crimes de colarinho branco. 6.1 Intersecção entre crimes econômicos e crimes de colarinho branco. 6.2 Os bens jurídicos tutelados nos delitos econômicos: titularidade transindividual. 7 Conclusão.

1 Introdução

A presente dissertação procurará analisar a criminalidade de colarinho branco, sua aproximação com o conceito de criminalidade econômica, suas características, com base principalmente na obra de Edwin Sutherland, publicada há quase oitenta anos. Durante o desenvolvimento do estudo e de sua conclusão, tentar-se-á explicar por quais fatores a criminalidade de colarinho branco recebe tratamento diferenciado – por parte do legislador e do julgador – da criminalidade comum, “das ruas”.

Inicia-se o artigo com a intenção de verificar se a principal razão para o citado tratamento diferenciado tenha origem no fato de que a criminalidade do colarinho branco envolve a elite – em amplo sentido – da sociedade, enquanto a criminalidade “das ruas” geralmente tem como seus autores integrantes dos setores menos privilegiados da comunidade.

Ao longo do texto pretende-se fazer um sucinto estudo do crime de colarinho branco, desde o surgimento do conceito, o contexto histórico no qual foi elaborado, a – eventual – aplicação do conceito à realidade

brasileira, com a inserção da criminalidade de colarinho branco dentro do tema da delinquência econômica.

É nossa pretensão demonstrar, com o auxílio de contribuições doutrinárias, a imperatividade da criminalização pela legislação brasileira das condutas que constituem os denominados crimes de colarinho branco; procuraremos evidenciar quais os principais diplomas que tratam da punição no âmbito criminal da criminalidade de colarinho branco e da criminalidade econômica, vinculando-os, conforme nosso entendimento e apoiados pela doutrina de diversos autores, ao texto constitucional.

Tentaremos também tratar, na esteira do conceito original, quais as principais dificuldades e resistências à efetiva punição dessas condutas, não só no que diz respeito ao plano teórico, mas também na realidade brasileira.

A questão que surge como um bordão é que enquanto pobres são presos em massa, nenhum homem rico e poderoso conhecerá nossas cadeias. Será tal visão condizente com nossa realidade? Ou pelo menos parcialmente correta? Tais questões foram enfrentadas por Edwin H. Sutherland quando da realização da pesquisa que deu origem ao conceito do crime de colarinho branco, permanecendo atuais até hoje, em nosso País ou em qualquer outro.

Essa, de maneira sucinta, a forma como pretendemos estruturar nosso texto, não se desejando (pois tarefa impossível) esgotar qualquer tema a ser enfrentado, mas sim, de forma condizente às pretensões e aos limites desta dissertação, abordar alguns dos tópicos mencionados.

2 Conceito do crime de colarinho branco

2.1 Histórico – definição criada por Sutherland

O criador do conceito de crime de colarinho branco, Edwin Hardin Sutherland (1883-1950), iniciou sua carreira como docente na Willian Jewell College, de Missouri (1913-1919), na University of Illinois (1919-1926), prosseguindo na University of Minnesota

(1926-1929), na University of Chicago (1930-1935) e na Indiana University (1935-1949), tendo sido também professor visitante em universidades de outros estados.

O objeto de seus estudos científicos inicialmente não tinha ligação com a questão criminal; seu primeiro trabalho no tema denominava-se *Criminology* (1924), quando já estava trabalhando em Illinois; após uma visita à Europa (e às prisões do continente), escreveu *The prison as a criminological laboratory* (1931).

A obra que reúne suas principais concepções na tentativa de explicar os processos de formação delinquente recebe o nome de *Princípios de criminologia* (*Principles of criminology*), cuja primeira edição é de 1934. Essa obra foi um marco no desenvolvimento de sua teoria a respeito da criminalidade de colarinho branco.

Os rumos de sua pesquisa passaram a se relacionar com a criminalidade dos ricos, sobretudo a partir de um estudo biográfico que serviu de base para o livro *The professional thief* (1937).

Sutherland anuncia publicamente seu interesse por uma investigação de maior fôlego sobre crimes das classes poderosas no momento em que assume a cadeira de presidente da Sociedade Sociológica Americana (*American Sociological Society*); quando de sua posse em 1939, o autor profere uma histórica palestra perante seus pares sob o título “O criminoso de colarinho branco” (“*The white collar criminal*”), que seria publicada na forma de artigo no ano seguinte pela revista *American Sociological Review* com o nome de “Criminalidade de colarinho branco” (“*White-collar criminality*”).

Foi nesse mesmo ano de 1939 que Sutherland lançou a terceira edição do seu livro *Princípios de criminologia*, obra que organiza as bases fundamentais da sua principal premissa científica: teoria da associação diferencial. Os estudos sobre a criminalidade dos poderosos produziram forte influência na sua mudança de perspectiva teórica, e descobrir o desvio criminoso em meio ao colarinho branco forçou uma remodelagem de sua visão geral da delinquência.

Quando da publicação da quarta edição de *Princípios de criminologia* (1947), Edwin Sutherland apresentou suas considerações sobre

o aprendizado criminoso, dando vazão aos seus famosos nove princípios da teoria da associação diferencial:

- 1) A conduta criminosa se aprende, como qualquer outra atividade.
- 2) O aprendizado se produz por interação com outras pessoas em um processo de comunicação.
- 3) A parte mais importante do aprendizado ocorre nos grupos pessoais íntimos.
- 4) O aprendizado do comportamento criminoso abrange tanto as técnicas para cometer o crime, que às vezes são muito complicadas e outras, muito simples, quanto a direção específica dos motivos, atitudes, impulsos e racionalizações.
- 5) A direção específica dos motivos e impulsos se aprende de definições favoráveis ou desfavoráveis a elas.
- 6) Uma pessoa se torna delinquente por efeito de um excesso de definições favoráveis à violação da lei, que predominam sobre as definições desfavoráveis a essa violação.
- 7) As associações diferenciais podem variar tanto em frequência como em prioridade, duração e intensidade.
- 8) O processo de aprendizagem do comportamento criminoso por meio de associação com pautas criminais e anticriminais compreende os mesmos mecanismos abrangidos por qualquer outra aprendizagem.
- 9) Se o comportamento criminoso é expressão de necessidades e valores gerais, não se explica por estes, uma vez que o comportamento não criminoso também é expressão dos mesmos valores e necessidades.

Posteriormente à publicação de obra que trouxe a teoria da associação, Sutherland lançou o que seria o seu último livro: *Crime de colarinho branco* (*White Collar Crime* – 1949). Resultado de dezessete anos de pesquisa, o livro congregou dados cuidadosamente recolhidos sobre as práticas criminosas das setenta maiores empresas norte-americanas da época, com coleta das evidências que deram suporte ao trabalho. Próximo ao lançamento da obra, a editora Dryden Press convocou o autor e pediu-lhe que a obra omitisse os nomes das

empresas investigadas, por receio de ações judiciais e, mais ainda, com base no fato de que a Universidade de Indiana temia que seus doadores se afastassem depois da publicação. O autor se viu forçado a concordar com a censura, sendo a obra publicada com os nomes das empresas substituídos por números.

A censura perdurou até 1983, quando a Yale University Press decidiu quebrar o sigilo e publicar a versão sem cortes, dividida em quatro partes: 1) Introdução; 2) Registros de setenta grandes empresas; 3) Empresas de utilidade pública; 4) Interpretação. Cerca de 75% do livro se concentram na segunda e terceira partes, que são justamente as responsáveis por indicar os números concretos que comprovam o volume e o estilo da criminalidade de colarinho branco no país. A quarta parte é uma conclusão teórica que invoca percepção do autor sobre as mudanças de paradigmas às quais a criminologia teria que se submeter a partir das constatações registradas na obra.

O conceito do “crime de colarinho branco” proposto pelo autor não está exclusivamente relacionado a crimes econômicos. A definição por ele apresentada é composta por dois elementos cumulativos: a condição pessoal do agente (deve ser “pessoa de respeitabilidade e alto *status* social”) e o caráter criminoso (deve ser praticado “no curso de sua atividade”).

Obviamente que a apresentação da teoria causou enorme impacto na comunidade acadêmica; a teoria da conduta criminosa do colarinho branco elaborada por Sutherland, por tentar explicar a prática de delitos cometidos por delinquentes de alto *status* social, diferenciava-se enormemente das pesquisas tradicionais, que ficavam restritas aos crimes praticados por pessoas socioeconomicamente desfavorecidas.

A obra de Sutherland avançou no sentido de não limitar sua pesquisa a pessoas efetivamente condenadas, o que poderia esvaziá-la tendo em vista o tema. Ele não se restringiu ao estudo daqueles selecionados pelo sistema de justiça criminal, até porque logicamente o crime permanece ainda quando o agente permanece impune.

Esse propósito de explorar a chamada “cifra negra” foi um mérito da obra de Sutherland, pois se a criminalidade dos ricos é tão ou mais frequente que a dos pobres, ela geralmente não chega

às estatísticas criminais. A pesquisa efetuada para a obra utilizou como bases de dados acordos extrajudiciais, decisões administrativas, processos extintos sem julgamento de mérito, entre outras fontes de informações que revelavam a prática de crimes, mesmo que tal fato não fosse declarado por uma sentença judicial.

A pesquisa do autor se concentrou principalmente em sete crimes, mais próximos das camadas privilegiadas da sociedade que os tradicionais homicídios e tráfico de drogas: restrição de comércio, uso de rebote, violação de direitos autorais, propaganda enganosa, violação de direitos trabalhistas, manipulação financeira e violações das leis de guerra. Nenhum desses delitos era cometido por delinquentes em má ou péssima situação financeira; não havia relação entre crime e pobreza ou aplicação do paradigma criminológico da patologia pessoal, o que é fundamental ser mencionado, uma vez que à época se verificava o auge do positivismo criminológico. Nesse ponto, os estudos promovidos por Sutherland chegaram às seguintes conclusões: 1) empresas praticavam certos crimes e se abstinham de outras práticas criminosas conforme o ramo em que atuavam, ainda quando seus gestores eram as mesmas pessoas; e 2) executivos com personalidades completamente diferentes acabavam praticando os mesmos crimes quando estavam em um mesmo ramo empresarial.

A questão da patologia pessoal em muito influenciava as pesquisas criminológicas, considerando que se atribuía, não raras vezes, uma “inferioridade” às classes menos abastadas da sociedade, não só pelo cometimento de delitos como também pelo fato de não terem sucesso profissional no mundo capitalista. Condições individuais inferiores exerceriam um determinismo que empurraria pessoas inevitavelmente à pobreza e quase que certamente ao crime. Com a pesquisa de Sutherland, quebra-se esse paradigma.

Lembre-se, ainda, que a abertura de um ambiente de maior preocupação com as práticas ilícitas das elites financeiras resultou, primeiramente, da brutal crise econômica de 1929 e, após, dos desdobramentos do New Deal em território estadunidense.

Consoante refere Sutherland em sua obra, a respeito de estudos anteriores realizados sobre o tema e do corte realizado por ele em suas pesquisas:

A tese deste livro é de que essas patologias sociais e pessoais não são uma explicação adequada do comportamento criminoso. As teorias gerais do comportamento criminoso que retiram seus dados da pobreza e das condições relacionadas a isto são inadequadas e inválidas, primeiro, porque as teorias não se encaixam consistentemente nos dados de comportamento criminoso; e, segundo, porque os casos nos quais estas teorias estão baseadas são amostras tendenciosas do conjunto total de atos criminosos¹.

Mais adiante, após reforçar sua discordância em relação à vinculação entre pobreza e prática de crimes, Sutherland escreve:

a) Pessoas de classe socioeconômica mais alta são mais poderosas politicamente e financeiramente e escapam da condenação em maior escala que pessoas que carecem deste poder. Pessoas abastadas podem contratar advogados habilidosos e outras vezes podem influenciar a administração da justiça em seu próprio favor de maneira mais efetiva que pessoas da classe socioeconômica mais baixa. Os criminosos profissionais, que possuem poder político e econômico, escapam da prisão e da condenação de forma mais efetiva que os criminosos amadores e eventuais que têm pouco poder econômico e político. Esta propensão, mesmo que indubitável, não tem recebido grande importância do ponto de vista teórico.

b) E muito mais importante é a análise da administração da justiça criminal na aplicação de leis ligadas aos negócios e às profissões apenas relacionadas à classe econômica superior. Pessoas que violaram leis relativas às restrições de comércio, de publicidade, de saúde na alimentação e medicamentos [...] não são presas por policiais fardados, não são julgadas em tribunais criminais, e não são confinadas às prisões; estes comportamentos ilegais recebem a atenção das comissões administrativas e dos tribunais que operam sob “civil jurisdiction” [...]; tais violações [...] não estão incluídas nas estatísticas criminais [...]. A parcela dos comportamentos criminosos na qual as teorias são fundadas está relacionada de maneira tendenciosa ao status socioeconômico [...]. A proposição é quase tão certa quanto seria se os cientistas tivessem selecionado apenas os criminosos ruidos para estudar e alcançassem a conclusão de que a vermelhidão do cabelo foi a causa dos crimes².

Sutherland afirmava que as pesquisas na forma como eram realizadas anteriormente não forneciam dados confiáveis sobre os crimes de colarinho branco.

1 SUTHERLAND, 2012, p. 30.

2 Ibidem, p. 32-33.

Uma das principais dificuldades encontradas no momento da mensuração dos crimes do colarinho branco é o fato de as vítimas, geralmente, não reconhecerem sua condição de vítima. Consoante preleciona Coleman:

[...] Por exemplo, praticamente todos os leitores deste livro são vítimas da fixação corporativa e preços quando adquirem alguma mercadoria, mas poucos de nós sabemos disso. O mesmo vale para as vítimas dos crimes ambientais ou dos eleitores cujas preocupações são ignoradas pelo político que utiliza sua influência para atender a interesses financeiros próprios. Pessoas que ignoram serem vítimas de um crime obviamente não podem relatar a respectiva transgressão a pesquisadores ou à polícia. Sabendo disso, a *National Crime Victimization Survey* nem mesma pergunta sobre os mais importantes crimes de colarinho branco. Por vezes, o Departamento de Justiça publica alguns dados sobre a forma como os crimes do colarinho branco são notificados à polícia. Mas, infelizmente, a maioria dos crimes incluídos nessa classificação nada mais são do que crimes de rua não violentos e não poderiam ser considerados crimes do colarinho branco na definição de Sutherland. [...] as fontes tradicionais de dados sobre os crimes de rua não nos fornecem muitas informações úteis sobre a maioria dos tipos de crimes do colarinho branco³.

O conceito de crime de colarinho branco é assim apresentado na obra de Sutherland:

A tese deste livro, proposta positivamente, é de que pessoas da classe socioeconômica mais alta estão engajadas em muitos comportamentos criminosos; que este comportamento criminoso se difere do comportamento criminoso da classe econômica mais baixa principalmente por conta dos procedimentos administrativos usados para lidar com os infratores, e as variações nos procedimentos estatais não são significantes do ponto de vista da causação do crime. [...] Essas violações da lei praticadas por pessoas da classe socioeconômica mais alta são, por conveniência, chamados “crimes de colarinho branco”. Este conceito não pretende ser definitivo, mas meramente chamar a atenção aos crimes que não estão ordinariamente incluídos no escopo da criminologia. *Crime de colarinho branco pode ser definido aproximadamente como um crime cometido por uma pessoa de respeitabilidade e alto status social no curso de sua atividade.* Consequentemente isso exclui muitos crimes da classe mais alta tais como os casos de homicídio, envenenamento, adultério, eis que estes não fazem parte das atividades profissionais. Ainda, isso exclui os

3 COLEMAN, 2005, p. 13.

jogos de lealdade dos membros ricos do submundo, já que eles não são pessoas de respeitabilidade e alto status social⁴. [Grifos nossos].

No original, o conceito assim foi descrito no idioma de origem do autor: “White collar crime may be defined approximately as a crime committed by a person of respectability and high social status in the course of his occupation”⁵.

Conforme preleciona Daniel Salgado:

Vislumbra-se, destarte, que as pesquisas de Sutherland conseguiram demonstrar que os cidadãos economicamente mais abastados podem cometer, tanto quanto os comuns, infrações penais, não havendo, desse modo, motivos racionais de cunho político-criminal para que inexistisse um rígido controle penal sobre os delitos por aqueles cometidos.

Passados, entretanto, quase setenta anos desde o início da “revolução copérnica” viabilizada por Sutherland, os elaboradores e os seus aplicadores continuam, frequentemente, a conferir um tratamento favorecido e desigual ao delinquente econômico, se comparado ao criminoso comum⁶.

Assim, deve-se reconhecer que os conceitos trazidos por Sutherland acabaram por, pioneiramente, definir um conceito que, ainda que discutível e criticável, introduziu uma nova categoria de crimes; as críticas dirigidas a Sutherland e seu conceito tiveram por objeto as definições de “respectabilidade” e “alto *status* social”, as quais por certo não são de fácil concretização na aplicação prática.

Tais críticas e outras remanesceram até os dias atuais, uma vez que as práticas ilícitas dos criminosos de colarinho branco restam, em grande parte, impunes, com o direito penal alcançando somente os delinquentes de classes sociais mais desfavorecidas.

3 Crime de colarinho branco é crime?

Aqui surge outra controvérsia no que diz respeito aos crimes de colarinho branco. Muitas das condutas tipificadas nessa seara sofrem,

4 SUTHERLAND, 2012, p. 33-34.

5 SUTHERLAND apud FELDENS, 2002, nota de rodapé, p. 116.

6 SALGADO, 2010, p. 52-53.

no que diz respeito ao seu sancionamento na seara penal, restrições quanto à sua inserção no campo punitivo criminal, isso de parte tanto da doutrina quanto de nossos Tribunais. Não raro se defende tão somente sancionamento administrativo ou civil de tais condutas, defendendo-se, ainda, a análise de eventual prática de ilícitos por órgãos não pertencentes ao Judiciário.

Não se pode negar que, da década de 1940 para cá, houve mudanças na realidade criminoso, notadamente pela influência da globalização, que derrubou fronteiras e amplificou ainda mais o fenômeno relativo a delitos cometidos por aqueles que estão acomodados nos mais altos estratos econômicos; os crimes dos ricos e poderosos passam a ser cometidos não só em escritórios fechados, mas utilizam cada vez mais o meio virtual para o cometimento de ilícitos que causam prejuízos a milhares de consumidores, acionistas, participantes de fundo de pensão etc. Se delitos desse tipo já eram intrinsecamente mais complexos que os crimes comuns quando da criação do conceito por Sutherland, hoje tal fator aumentou de maneira exponencial.

Adicione-se a isso outro fator: crimes de colarinho branco não causam a mesma comoção que os delitos, por exemplo, contra a vida ou o tráfico de drogas; tal distanciamento, em que nem mesmo as próprias vítimas dos crimes de colarinho branco assim conseguem se identificar, acaba por favorecer a impunidade de tais ilícitos.

Sutherland, além de demonstrar a lesividade das condutas praticadas pelos criminosos de colarinho branco, também acabava por demonstrar a seletividade penal nos processos de criminalização, a que chamou de “implantação diferencial da lei”. Esse mecanismo é decorrente, segundo o autor, da aceitação social dos crimes do colarinho branco, os quais acabariam, quando muito, sancionados na esfera administrativa.

Ao tratar das normas que na realidade norte-americana sancionavam os delitos qualificados por ele como de colarinho branco, Sutherland afirma:

Violações dessas leis, claramente, não provocam comoção como o homicídio ou o estupro, mas nem todas as normas do Código Penal envolvem idêntica comoção pública. Nós dividimos os crimes entre “felonies”, que produzem mais comoção e “misdemeanors”, que produzem menor

comoção. Dentro de cada uma dessas classes, ainda, as várias normas podem ser arrançadas de acordo com o nível de atrocidade. Crimes de colarinho branco, presume-se, estariam na parte mais baixa da classificação, mas não inteiramente fora da classificação. Além disso, muito pouco dos crimes comuns resulta efetivamente em grande comoção [...]. O cidadão médio, lendo em seu jornal matinal no qual se diz que a casa de uma pessoa desconhecida foi roubada por outra pessoa desconhecida, não sofre aumento [...] na pressão sanguínea. Medo e comoção se desenvolvem na cidade moderna principalmente como o resultado de uma acumulação de crimes, podendo ser retratados pelos índices de criminalidade ou em descrições gerais. A comoção se desenvolve a partir dessas duas circunstâncias, tanto nos crimes de colarinho branco como nos demais crimes. Finalmente, nem todas as partes da sociedade reagem da mesma maneira acerca da violação de uma norma específica. É verdade que alguns comerciantes não consideram a violação das regras de comércio como algo atroz. Também é verdade que moradores de certas favelas não consideram um furto cometido por seus vizinhos como algo atroz [...]⁷.

Qual seria, então, o motivo da aplicação diferencial da lei? Sutherland enumera três fatores: o *status* de homem de negócios, a tendência de tais condutas permanecerem longe de punições e a pouca expressividade da comoção pública contra os crimes de colarinho branco.

O primeiro fator, relativo ao *status* social dos agentes criminosos, influi na persecução e na sanção estabelecida com relação às condutas, pois os agentes do Legislativo, Judiciário e Executivo costumam ter (na avaliação de Sutherland) uma postura mista de medo e admiração frente ao empresariado. O medo tem origem no fato de que entrar em confronto com homens de negócios pode resultar em prejuízo às suas carreiras, além de que uma postura incisiva contra esse tipo de delinquência gere uma arrecadação menor nas próximas eleições (isso em um país onde os promotores públicos são eleitos). Esses dois fatores, em que pese tenham menor influência em países onde juízes e promotores não sejam eleitos, não podem ser de todo descartados em nossa realidade, notadamente no que diz respeito a prejuízos na carreira e mesmo na vida pessoal.

Por outro lado, no que se refere à admiração que agentes públicos possam nutrir com relação aos habituais criminosos de colarinho branco, essa adviria de uma identificação entre os legisladores, juízes

7 SUTHERLAND, 2012, p. 98-99.

e outros personagens do sistema de justiça com os bem-sucedidos homens de negócios, além de um mesmo histórico de formação entre membros dos Poderes Constituídos e empresários.

A segunda razão trazida pelo autor norte-americano para aplicação diferenciada da lei em relação aos crimes de colarinho branco é a tendência de reduzir a incidência de normas penais sobre delitos dessa natureza. Ainda que tenha havido, no desenrolar da história, o abandono da utilização da legislação penal (*ultima ratio*) em relação ao cometimento de vários ilícitos, em nenhuma outra área isso se efetivou de maneira tão constante como nos crimes de colarinho branco. Em nenhum outro tipo de delinquência houve tal imposição da ideologia de um direito penal mínimo, impulsionado pelo fracasso do Direito Penal como forma de conter a criminalidade ou mesmo diminuir a reincidência. Essas são algumas razões, mas não são as únicas que trazem uma ideologia de descriminalização da criminalidade das classes mais abastadas. No tema, Daniel Salgado preleciona o seguinte:

Mesmo luzente a gravidade que permeia tais condutas, a leniência legislativa é assombrosa. Vislumbra-se uma política reducionista, de clara aproximação das sanções penais às sanções cíveis. Em resumo: um típico processo de despenalização e descriminalização, sob o manto de uma propalada civilização do direito penal. Entretanto, o que mais chama atenção é que a maior parte desse “processo civilizatório” beneficia, como não poderia deixar de ser, o colarinho branco⁸.

No que diz respeito a esse aspecto, deve ser mencionada a tentativa não raro eficaz de afastar os criminosos que integram nossas elites da incidência de normas penais com a proliferação de doutrinas que de maneira conservadora sustentam unicamente a legitimidade de um sistema penal ultraliberal, o qual tutelaria somente bens ou interesses eminentemente individuais, com a punição unicamente dos delitos tradicionais que ferem a liberdade, a propriedade e a vida, entre outros bens jurídicos. Novamente cumpre trazer a acertada manifestação de Daniel Salgado:

Com efeito, alicerçados no individualismo monista da escola de Frankfurt, autores preceituam não existir legitimidade em um direito penal que vise à tutela de bens ou interesses capazes de extrapolar o círculo

8 SALGADO, 2010, p. 60.

eminentemente individual. A tutela de bens jurídicos coletivos remanescentes, por seu turno, somente seria admissível se condicionada a serviço de algum bem jurídico individual.

Hassemer, uma das referências dessa escola, defende não sejam qualificados como injustos penais condutas lesivas a objetividades jurídicas difusas, valores que, caso tutelados por essa seara do direito, o levaria a fugir da tradicional esfera autor-vítima à qual deveria estar sempre vinculado.

Entretanto, esse predomínio do discurso doutrinário liberal da criminalidade esconde a resistência ao necessário desenvolvimento de um direito/processo penal em conformidade com o sistema material de garantias políticas do Estado Social e Democrático de Direito. Como consequência, fomenta a manutenção de um direito/processo penal que exclui do discurso de criminalidade quase todo o sistema de ação materialmente criminosa das classes mais abastadas⁹.

Com efeito, o discurso de descriminalização dos crimes de colarinho branco, pelos fatores ligados ao controle da produção legislativa pelas classes mais privilegiadas, encontra grande acolhida na doutrina.

Outro fator enumerado por Sutherland com relação à aplicação diferenciada da lei na área do crime do colarinho branco é a relativa ausência de comoção pública diante desses crimes. Três fatores colaborariam para tanto: o primeiro deles, a complexidade dos crimes de colarinho branco – de maneira geral – e a dispersão de seus efeitos, existindo, consoante já mencionado, uma dificuldade de as próprias vítimas desses delitos assim se identificarem. Sutherland explica que muitos dos delitos praticados nessa seara, além de não decorrerem de um ataque direto contra pessoa específica, só podem ser identificados por pessoas especialistas na atividade onde ocorreu o delito. Conforme preleciona o citado autor: “Os efeitos desses crimes podem ser difundidos por um longo período de tempo e talvez recaiam sobre milhões de pessoas, mas não gera muito sofrimento para uma pessoa específica num momento específico”¹⁰.

Uma segunda razão apontada por Sutherland para a falta de repercussão dos delitos de colarinho branco é a ausência de empenho dos meios de comunicação em organizar o sentimento da comunidade

⁹ SALGADO, 2010, p. 67.

¹⁰ SUTHERLAND, 2012, p. 103.

contra os *white collar crimes*. Isso ocorre em parte pela natural complexidade dos delitos dessa natureza, o que dificulta sua apresentação pelos veículos de comunicação. Entretanto, talvez mais importante do que isso seja o fato de que, tanto na época da elaboração do conceito quanto na atualidade, muitas vezes as agências de comunicação – nas palavras de Sutherland – ou a grande mídia, em nossos tempos, sejam controladas (verbas de publicidade etc.) ou pertençam diretamente a homens de negócios que estão, por meio de suas empresas, violando as mesmas leis que os delinquentes apanhados pelos órgãos de repressão penal.

A terceira causa apontada por Sutherland para a falta de repercussão dos crimes de colarinho branco diz respeito ao pouco tempo de existência das normas que sancionam delitos dessa natureza, se comparadas àquelas que tipificam delitos tradicionais, como homicídio, roubo, entre outros. Isso traria como consequência o fato de que a sociedade em geral ainda está assimilando a ideia de que condutas que eram comumente praticadas anteriormente sob o manto da impunidade, não raro às claras e sob o aplauso de muitos – uma vez que eram consideradas elementos intrínsecos do empreendedorismo próprio do capitalismo –, hoje acabam por se inserir em um contexto de delinquência.

Apresentadas as causas que impedem que os crimes de colarinho branco causem na sociedade a mesma comoção que a criminalidade tradicional, conclui Sutherland:

A relação entre a lei e os costumes, finalmente, tende a ser circular. As leis, numa extensão considerável, são a cristalização de costumes, e cada ato de concretização das leis tende a reforçar costumes. As leis relacionadas aos crimes de colarinho branco, as quais ocultam o caráter criminal do comportamento, têm sido menos efetivas que outras leis criminais na tarefa de reforçar costumes¹¹.

A pergunta formulada – se crime de colarinho branco é realmente crime – deve ser respondida afirmativamente, ainda que seja perceptível, tanto na época em que elaborado o conceito como atualmente, a dificuldade relativa à tipificação, ao sancionamento e à persecução em juízo de ilícitos penais cometidos pelos poderosos; mas isso não afasta – ao contrário – a necessidade de o legislador

11 SUTHERLAND, 2012, p. 105.

tratar a conduta do colarinho branco como crime, não só pelos elementos integrantes do conceito que demonstram a ilicitude e a danosidade de tais práticas, como também pela necessária punição de tal delinquência, inclusive, no contexto brasileiro, frente às previsões de nosso texto constitucional.

A fim de clarificar o que afirmamos, valemo-nos do auxílio precioso do próprio Sutherland para responder – afirmativamente – ao questionamento que abre este tópico. Com efeito, o autor norte-americano, ao enfrentar o mesmo questionamento em sua obra, traz argumentos sólidos para responder positivamente à questão “O crime de colarinho branco é crime?”. Nesse sentido:

Primeiro, os crimes de colarinho branco discutidos nesse livro estão submetidos aos critérios gerais de uma conduta criminosa, ou seja, possuem definição legal de afetação social e previsão de sanção penal, e, portanto, se encontram em posição semelhante a outros crimes. Segundo, esses crimes de colarinho branco normalmente são reconhecidos pelos criminólogos como semelhantes aos outros crimes e dentro do escopo das teorias do comportamento criminoso, porque seus procedimentos administrativos e judiciais têm sido diferentes dos demais. Terceiro, essa regulação diferenciada da lei penal aplicável ao homem de negócios é explicada pelo seu *status*, pela tendência geral de descrença nos métodos punitivos e pela relativa falta de coação pública relacionada a esses crimes¹².

Sutherland termina a explanação referente à definição de condutas empresariais como crimes fazendo uma digressão pertinente à responsabilização das pessoas jurídicas no âmbito do direito norte-americano, a qual surgira recentemente no contexto histórico impulsionada pela Grande Depressão – e que no Brasil só encontra amparo constitucional e legal na seara dos delitos ambientais.

Na realidade, a tentativa de afastar a aplicação de sanções penais aos delitos da espécie insere-se em todo um contexto de *neutralização* referente ao ideário que cerca tais ilícitos. Não por acaso, o fato de serem cometidos “sem violência”, afastando de si, quando menos, a pena privativa de liberdade, já é um primeiro passo no sentido de torná-los um crime “menos grave” no ideário social.

12 SUTHERLAND, 2012, p. 105.

Nessa linha, as teorias preventivas da função da pena acabam por ter aplicabilidade reduzida quanto aos crimes do colarinho branco, uma vez que o índice de identificação e punição desses delitos é extremamente baixo, de modo que o caráter preventivo não pode ser medido, especialmente em razão da racionalidade de custo e benefício que ampara tal criminalidade.

4 Constituição Federal e crimes de colarinho branco

Uma questão que surge diante da atual Constituição Federal e de seu conteúdo é se as condutas ilícitas de que ora tratamos encontrariam no texto da Lei Maior a previsão de sua penalização, o que embasaria a legislação infraconstitucional sancionatória do crime de colarinho branco. Tal debate se revela importante, na medida em que, consoante refere Luciano Feldens:

A formação da lei, como ato dotado de significação jurídica, deve externar uma relação de estreita conformação não apenas formal, mas igualmente material à Constituição, instrumento político-normativo que se qualifica como o fundamento de validade da legislação ordinária¹³.

Inegável que a Constituição de 1988 trouxe a conformação de um Estado Social e Democrático de Direito, com o acolhimento pelo Constituinte de direitos sociais, coletivos e difusos. Ainda que haja claramente maior proteção aos direitos e às garantias individuais (veja-se, por exemplo, o extenso rol existente no art. 5º de nossa Constituição), há outros mandamentos e princípios explicitados – ou implícitos – em nossa Lei Maior que impõem o alargamento do Direito Penal, considerando a necessidade da tutela de novos bens jurídicos. Nesse ponto calha trazer a lição de Douglas Fischer:

[...] Ao tempo em que as Constituições [...] continuam [...] estabelecendo cláusulas para a proteção de garantias individuais, há também novos preceitos e princípios que têm implicado o alargamento da atuação do Direito Penal [...]. Significa que, enquanto os princípios liberais defendem procedimentos para a descriminalização de certas condutas, as instâncias basilares do Estado Social implicam a criminalização de outras¹⁴.

13 FELDENS, 2002, p. 66.

14 FISCHER, 2006, p. 115.

É sabido que o Direito Penal, tal como outros ramos do Direito (Civil, Administrativo etc.), é veiculado por legislação ordinária, de hierarquia inferior à norma constitucional. Por esse viés, deve ter a norma penal uma relação de conformidade com a norma constitucional, sob pena de inconstitucionalidade formal e material. Não só isso: a norma penal não apenas deve guardar conformidade com as normas constitucionais mas também com os princípios inscritos em nossa Constituição.

Em realidade, a Constituição não traz somente regras e princípios como também um sistema de valores, o que, na lição de Douglas Fischer em relação à delinquência econômica – a qual é bastante próxima da do colarinho branco em termos conceituais –, acaba por tornar as prescrições insertas na Lei Maior como conformadoras de parâmetros necessários à imposição de sanções penais a esse tipo de criminalidade:

[...] as soluções para os problemas que se apresentam na discussão da delinquência econômica perante um sistema Social e Democrático devem ser buscadas no quadro de regras, princípios e valores contidos em comandos da Constituição, explicitamente em princípios influentes em matéria penal, os quais irão fixar os parâmetros para a ação do Legislador e a conformação, se necessária, pelo Judiciário¹⁵.

A afirmativa do autor com relação à criminalidade econômica é aplicável à espécie do crime de colarinho branco. A necessidade de tutela de bens jurídicos surgidos com o advento de direitos de segunda, terceira e quarta gerações, não existentes quando da edição das Constituições de matiz liberal, acaba impondo o sancionamento de condutas que refogem ao antigo Direito Penal, o qual existia unicamente para proteção de interesses e valores de cunho individual.

Ainda que a maioria das Constituições modernas tenha-se preocupado de maneira predominante com a questão dos direitos fundamentais, deixando em segundo plano aparentemente a questão dos deveres do indivíduo inserido em um Estado Social de Direito, isso não impede que se extraia do texto constitucional que conforma o Estado brasileiro a necessidade de criminalização dos atos que atentem contra bens de sustentação da sociedade. Aqui novamente citamos Douglas Fischer:

¹⁵ FISCHER, 2006, p. 118.

[...] à luz de uma ordem constitucional com feições democráticas e sociais, exponenciada pelo Princípio da Solidariedade, estando em voga delitos econômicos, que atingem frontal e intensamente interesses da coletividade, fundamental é superar-se a análise do Direito Penal sedimentado em visão puramente iluminista, de cunho meramente individual. Esse novo paradigma decorre do fato de que os direitos fundamentais não podem mais ser vistos apenas como direito de defesa frente apenas ao Estado, mas como verdadeiros princípios objetivos e direitos de defesa em face de ataques a bens jurídicos fundamentais que lhe são dirigidos por quaisquer pessoas, cabendo ao Estado a função de tornar eficaz a proteção constitucional¹⁶.

No ponto relativo aos deveres fundamentais, explicita Luciano Feldens:

Exprimindo a Constituição, portanto, de maneira explícita ou implícita, um rol de deveres fundamentais – mínimos que sejam – cuja nota de essencialidade decorre da própria necessidade de manutenção dos valores cunhados por esta mesma ordem constitucional, afigura-se-nos de todo recomendável que reconheçamos nessa categoria jurídica dos deveres fundamentais um relevante paradigma para o exercício (positivo e negativo) da atividade legislativa incriminadora, notadamente, quando os bens jurídicos (*v.g.*, a ordem econômica e tributária) em face da imposição desses deveres (*v.g.*, dever fundamental de pagar impostos) postam-se de forma a identificar-se aos próprios fins perseguidos pelo Estado Democrático de Direito, presente a noção que se vem de sustentar de um Direito Penal funcionando como um instrumento de proteção de valores essenciais¹⁷.

E citamos mais uma vez Douglas Fischer para reforçar nosso argumento no sentido da necessidade de penalização dos crimes de colarinho branco (ainda que o autor mencionado trate aqui da delinquência econômica) conforme os princípios, as regras e os valores constantes na Constituição Federal:

O Estado de Direito não é meramente um Estado de Legalidade estrita, encontrando sua legitimação na ideia de justiça material, circunstância na qual o bem jurídico deve ser considerado como uma unidade de função social, tendo a norma constitucional como parâmetro basilar.

Historicamente os direitos fundamentais têm sido concebidos como direitos de defesa perante o Estado. O problema acerca das limitações

16 FISCHER, 2006, p. 120.

17 FELDENS, 2002, p. 93.

legislativas não implica somente obrigação positiva do legislador, mas também impõe, como já referido, que deva atuar ativamente para proteção dos direitos fundamentais¹⁸.

Em conclusão, parece-nos claro que, diante da Constituição de 1988, por todos os argumentos aqui trazidos, inescapável a penalização das condutas ofensivas a bens de titularidade difusa e coletiva, o que é uma característica inafastável da criminalidade de colarinho branco.

5 Criminalidade de colarinho branco e evolução legislativa brasileira

Diploma legal que se insere no quanto até aqui afirmado a respeito da necessária penalização dos crimes de colarinho branco com base na Constituição Federal, impondo a tutela e proteção de bens jurídicos de titularidade transindividual, é a Lei n. 7.492, de 16.6.1986, que já foi chamada de “Lei dos Crimes de Colarinho Branco” por parte da doutrina. Como afirma Luciano Feldens¹⁹, ao definir os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (SFN), a Lei n. 7.492/1986 tutelou o interesse difuso subjacente, uma objetividade jurídica com feição constitucional, diretamente vinculada aos objetivos fundamentais da República previstos no art. 3º e incisos da Constituição Federal, e tutelando a previsão do art. 192, *caput*, da nossa Carta Magna, o qual justamente afirma que o sistema financeiro é estruturado de forma a servir aos interesses da coletividade.

Também no que diz respeito à ordem econômico-tributária, a legislação penal existente tutela o quanto previsto no art. 1º da Constituição Federal, em relação aos fundamentos do Estado Social e Democrático de Direito, assim como os objetivos da ordem econômica previstos no art. 170 da Constituição. Tais previsões constitucionais recebem proteção legal pela Lei n. 8.137/1990, entre outros diplomas, em que pese seja notório que as imposições penais decorrentes da aplicação desse diploma tenham sido fragilizadas em período não tão recente, não só pelo advento de outros

18 FISCHER, 2006, p. 125.

19 FELDENS, 2002, p. 107.

diplomas de conteúdo descriminalizante como também por várias decisões de nossas Cortes Superiores.

A Lei n. 8.137/1990, assim como qualquer diploma normativo que tenha por objetivo tutelar na seara penal a ordem econômico-tributária, deve ter em vista o fato de que em um Estado Social e Democrático como o configurado pela Constituição Brasileira existe a inafastável obrigação (dever) de pagar impostos para justamente financiar as prestações sociais devidas pelo Estado; os direitos fundamentais previstos na Carta Magna terão fatalmente custos a serem suportados pelo erário, e, nessa realidade orçamentária, surge o dever fundamental de o cidadão, ao mesmo tempo que credor de prestações estatais, contribuir para o pagamento dessas prestações em conformidade com sua capacidade tributária.

É evidente que, em um país onde os recursos públicos são administrados da forma como são no Brasil, surge com força o discurso a respeito da elevada carga tributária, não somente amparado pela costumeira corrupção e inépcia dos governantes, mas também pela baixíssima qualidade – quando não completa ausência – dos serviços públicos prestados. Traduzindo: se o Estado não cumpre minimamente com as obrigações que lhe são demandadas e ainda é governado por incompetentes e desonestos, não seria legítima a cobrança de tributos, legitimando-se, de maneira inversa, a inadimplência e mesmo a sonegação.

Nessa seara, novamente recorreremos a Douglas Fischer, que bem explica a questão:

[...] algumas considerações merecem ser trazidas, porque se tem difundido alhures que, se o Estado não realiza suas funções, não haveria legitimidade em exigir do cidadão sua coparticipação na sustentabilidade do Estado. Não seria legítima a exigência do Estado, devendo o cidadão se auto-eximir de seus deveres constitucionais, ensejando verdadeira situação de desobediência civil. Nesse compasso, Figueiredo Dias e Costa Andrade, abordando as denominadas técnicas de neutralização (fenômenos que, para o juízo de censura do delinquente, tornam a violação legal algo aceitável e até recomendável), referem o tipo que se caracteriza como *negação da responsabilidade*: o agente nega sua identificação com os fatos e os atribui a circunstâncias irresistíveis²⁰. [Grifos no original].

20 FISCHER, 2006, p. 133.

Apesar de toda a resistência à tipificação de condutas da natureza das que ora tratamos, vai-se consolidando um rol de normas inseridas no próprio Código Penal ou muitas vezes em legislação extravagante, que sancionam o tipo de conduta próprio dos criminosos de colarinho branco, especialmente aqueles que delinquem na área econômica. Nessa lista (exemplificativa), inserem-se as já citadas Lei n. 7.492/1986 e Lei n. 8.137/1990, a Lei n. 8.078/1990, nosso Código de Defesa do Consumidor, que trata de crimes contra as relações de consumo (que já eram tuteladas na Lei n. 8.137/1990), a Lei n. 9.613/1998 (fortemente alterada pela Lei n. 12.683/2012) e o próprio Código Penal, em artigos como o 168-A e o 337-A (em que se tutela o interesse patrimonial da previdência social) e os artigos 359-A e 359-H, em que se tutelam a Administração Pública e o interesse econômico do Estado.

6 Delinquência econômica e crimes de colarinho branco

6.1 Intersecção entre crimes econômicos e crimes de colarinho branco

Uma das searas do Direito Penal em que mais se verifica a ocorrência de delitos inseridos no contexto dos *white collar crimes* é a da criminalidade econômica. Isso ocorre por razões conhecidas, até porque pela natureza do delito econômico aplica-se, em grande parte dos ilícitos, a perspectiva subjetivo-profissional – no que diz respeito aos autores – criada por Edwin Sutherland, referente a pessoas dotadas de respeitabilidade e elevado *status* social, no âmbito do seu trabalho.

Tal fato faz com que muitas vezes a expressão *crimes de colarinho branco* seja utilizada como sinônimo de delinquência econômica. Nesse particular, Luciano Feldens bem avalia a questão:

Ainda no que concerne à sua referenciabilidade, a denominação criminalidade do “colarinho branco” disputa território com a nomenclatura delinquência econômica. Ambas cedem e ganham espaço reciprocamente. Em termos práticos, quer-se designar a mesma classe de infrações penais, do que decorre, portanto, uma hipótese de simples alternatividade, para não dizermos pura preferência. Se avançarmos na discussão, talvez possamos concluir, como fazem alguns, que a relação seria de espécie para gênero, tudo a depender,

também, da amplitude maior ou menor que se venha conferir ao conceito de criminalidade econômica²¹.

Em conformidade com o autor citado, entendemos que muitas vezes se utiliza como sinônimo uma expressão pela outra, querendo exprimir, se não o mesmo conceito, ao menos os mesmos fatos concretos.

No entanto, com amparo na doutrina citada, parece-nos que o crime de colarinho branco é espécie que abarca os crimes econômicos, em que pese haja uma aproximação extremada entre os dois conceitos, até porque as características atribuídas por grande parte da doutrina a ambos afastam as duas categorias dos crimes funcionais, dos crimes profissionais, que abarcariam também os *blue collar crimes*, praticados por profissionais de estratos sociais mais baixos na hierarquia social, ou mesmo os “crimes de cavaleiros” (*delincuencia de caballeros*), que englobam os crimes próprios da criminalidade “das ruas” cometidos por integrantes de altos estamentos sociais.

Também se teoriza a respeito de uma intencional aproximação do conceito de delito de colarinho branco com o crime econômico, com o objetivo de esvaziar a carga ideológica contida no conceito original de Sutherland, retirando a natureza de delito cometido por uma classe social específica. Tal intento não se revela exitoso quando se verifica a existência, ainda hoje, de categorias de delitos que são praticados, sim, por um grupo específico, como os já citados delitos funcionais, cujas características remetem aos ilícitos penais praticados pelos funcionários públicos contra a própria Administração.

Uma das características que aproxima os delitos econômicos da categoria de crimes de colarinho branco é a dificuldade de aferição dos efeitos danosos da criminalidade econômica, a qual guarda semelhança com o colarinho branco no sentido de ser cometida contra um bem jurídico de titularidade indefinida (difusa ou coletiva, nas figuras comumente adotadas em nosso ordenamento), com suas vítimas tendo enorme dificuldade de assim se identificarem e, mais ainda, sem o uso da violência (ao menos aquela comumente visualizada nos delitos comuns). Some-se a isso o tipo de criminoso que atua nesse campo do ilícito, o que nos encaminha para o próximo tópico.

21 FELDENS, 2002, p. 116.

6.2 Os bens jurídicos tutelados nos delitos econômicos: titularidade transindividual

Como se mencionou relativamente aos crimes de colarinho branco, nos quais estariam inseridos os delitos econômicos, em que pese estes tenham um custo econômico e social muito mais elevado do que a criminalidade comum, causam muito menos comoção que aqueles. Isso não esconde o fato de que os crimes econômicos violam diretamente a estrutura do Estado Social e Democrático de Direito, que tem entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e como um de seus objetivos a promoção do bem de todos e dos direitos fundamentais.

As leis existentes em nosso ordenamento que tutelam esse tipo de bem jurídico obviamente devem guardar conformidade com a Constituição, na maneira como referimos anteriormente. Inescapável que ao assim fazerem acabarão por proteger – em tese – bens jurídicos escolhidos pelo Poder Constituinte como passíveis de serem tutelados pela norma penal. É contraditório, mas previsível, que justamente esses bens, que possuem assento constitucional, acabem tendo maior dificuldade de aferição pela sua titularidade difusa e coletiva.

Obviamente que nem todos os bens e direitos previstos em nosso texto constitucional são de titularidade difusa ou coletiva, uma vez que a vida, por exemplo, é um direito (e um bem jurídico) de titularidade individual, justamente tutelado pela norma penal que impõe a punição pelo homicídio.

Assim, ao se atentar contra as finanças públicas, ao se sonegar tributos, ao não se recolher as contribuições devidas à Seguridade Social, o dano causado em valores supera muito o dos crimes tradicionais. Saliente-se, no entanto, que não só ao campo propriamente econômico se resume a maior danosidade desse tipo de criminalidade: também no que diz respeito à própria estrutura social, o prejuízo é maior. Ao não se realizarem as finalidades do Estado por falta de recursos para o seu financiamento, sonegam-se aos cidadãos os direitos fundamentais previstos no que diz respeito a educação, saúde, moradia, segurança pública, previdência e assistência social, entre outras previsões constitucionais.

A péssima prestação estatal nas áreas citadas ou mesmo a inexistência efetiva de serviço público têm danosidade intensa, aumentando, em seus

efeitos, os níveis da criminalidade comum. Conforme ressalta Douglas Fischer quanto às consequências dos delitos econômicos:

[...] a trilha a ser percorrida nessa seara é de difícil exploração, mas uma advertência exordial parece prudente e relevante: a potencialidade lesiva dos *delitos econômicos* merece ser mensurada não no momento de sua realização, mas pelos efeitos que serão produzidos no futuro²². [Grifo no original].

No que se insiste em diversas oportunidades ao longo deste texto é que embora os delitos econômicos não causem o alarme social trazido pela criminalidade “das ruas”, as consequências desse tipo de ilícito é muito mais trágica do que as dos crimes “de sangue”. Essa realidade, para ser alterada, necessitaria de uma mudança radical não só entre os operadores do Sistema de Justiça, mas também na sociedade da qual são egressos.

Enquanto isso não ocorre, continua campeando a impunidade em relação aos criminosos econômicos e de colarinho branco. Esse tipo de delinquente encontra acolhimento e aceitação em todos os locais que frequenta, não raro assumindo funções de destaque no mundo empresarial e/ou político. O Judiciário o trata melhor e a sociedade o trata com respeito e admiração, formando um contexto em que a impunidade de tais delitos não causa a indignação que deveria gerar.

7 Conclusão

Na conclusão deste texto, após todos os argumentos apresentados, a respeito dos crimes praticados pelos ricos e poderosos, mesmo com as mudanças ocorridas desde o surgimento do conceito de crime de colarinho branco, a dificuldade em se punir o delinquente nessa matéria pouco mudou, remanescendo um desalentador quadro de impunidade.

Os fatores que asseguram que tais delinquentes escapem da persecução e da devida condenação em nações inseridas no Primeiro Mundo se aguçam e se potencializam em nosso País, onde, diferentemente de nações desenvolvidas, ocorreu a apropriação dos recursos do Estado por uma elite econômica aliada a um sistema político cheio de vícios.

22 FISCHER, 2006, p. 135.

Dentro desse quadro típico de países de desenvolvimento econômico tardio como o Brasil, o sistema penal acaba sendo conformado pela elite dominante quase sempre como garantidor de privilégios de uma classe abastada e específica. Não há, verdadeiramente, a aplicação dos princípios e valores republicanos contidos em nossa Constituição quando se constata que nossas prisões encontram-se lotadas na sua quase totalidade por pessoas pobres, pardas ou negras, sendo duvidoso que, ao se fazer uma pesquisa minuciosa em todo o território nacional, encontre-se algum integrante da elite econômica ou política cumprindo pena já transitada em julgado pelo cometimento de algum crime do colarinho branco.

Ainda que se saiba que os delitos do colarinho branco causam muito maior prejuízo que os delitos de outras espécies, retirando do Estado recursos que poderiam ser aplicados em áreas fundamentais da cidadania, os delinquentes da elite quase nunca são presos ou condenados – e quando os dois fatores ocorrem, as sentenças são suspensas ou, em última hipótese, jamais serão cumpridas em regime que imponha a privação da liberdade.

Outra característica dos crimes das elites que se constata cotidianamente é que os delinquentes de colarinho branco possuem uma “tropa de choque” para defendê-los na mídia (abastecida por verbas publicitárias), no grande empresariado, na classe política; ainda participam dessa técnica de neutralização advogados de renome disseminando doutrinas que servem não apenas para assegurar a impunidade de seus atuais clientes, mas de todos aqueles poderosos e ricos que cometerão crimes de tal natureza no futuro.

O quadro se revela mais entristecedor quando os mesmos que participam, ativamente, dessa estratégia de “neutralização” dos efeitos da criminalidade de colarinho branco – a qual retira recursos que serviriam para manter os serviços públicos e entregar as prestações prometidas pela nossa Constituição Cidadã – acusam nossa Carta Magna de estar inadequada à realidade orçamentária atual; defendem a impunidade daqueles que impedem a realização dos valores e princípios consagrados na Constituição, ao mesmo tempo em que a criticam e postulam sua reforma por não existirem recursos para assegurar os direitos previstos na Lei Maior.

Dentro do mesmo contexto, a influência política na formação das altas cortes de nosso País acaba por ser, também, um fator assecuratório da impunidade dos poderosos não tanto pelo fato de que o nosso sistema de “freios e contrapesos” acaba atribuindo ao Legislativo e ao Executivo o poder de nomear ou vetar as indicações para nossas Cortes Superiores, mas sim porque qualquer dos pretendentes a um lugar em nossos Tribunais deve passar por uma extensa rotina de “visitas” a parlamentares e integrantes dos mais altos cargos da Administração, a fim de ver seu nome escolhido e aprovado nos termos previstos na Constituição.

Tal fato, que se repete de nomeação em nomeação, faz com que em futuros julgamentos se tenha maior sensibilidade por parte dos nomeados com os delitos praticados pelos poderosos. Em que pese esse fenômeno também ocorra nas primeiras instâncias do Judiciário, a verdade é que o discurso liberalizante com relação aos delitos econômicos e de colarinho branco acaba encontrando maior defesa na jurisprudência de nossos Tribunais Superiores.

Como se não bastasse, no quadro de inadequação legislativa (mencionado por Daniel Salgado em artigo já citado neste texto²³) que sempre proporcionou, por meio de legislações criadas a “toque de caixa” e votadas inapelavelmente em “regimes de urgência”, a leniência e a brandura com a atividade delituosa dos integrantes de nossas elites, agora, diante de tímidos avanços na luta contra a impunidade, surgem projetos que defendem anistias dos poderosos e sancionamento de “abusos” cometidos pelos agentes públicos envolvidos na persecução de tais delitos.

Parlamentares das mais diversas legendas, de todo o espectro político, com base na existência de um fictício “estado policial” e em uma nítida estratégia de retaliação, acabam por tentar criar uma legislação que intimide todos aqueles que tentem mudar o quadro existente e proporcionar um Sistema de Justiça mais republicano.

Essa mudança, ainda que tímida e incipiente, revela-se inaceitável para os cultores de tal iniciativa legislativa e outras semelhantes

23 SALGADO, 2010, p. 58-63.

(assim como para seus apoiadores, incrustados em diversos setores da sociedade e do próprio Judiciário), uma vez que se pretende a impunidade dos membros de nossas elites que cometam crimes, devendo as punições, sempre, restringirem-se àqueles provenientes dos setores menos favorecidos de nossa população, autores dos crimes “de sangue” que povoam nossos noticiários.

No Brasil, não só se enfrentam os duros obstáculos que – em âmbito mundial – são encontrados no combate ao crime das elites, mas surgem outros, patrocinados justamente pelos poderes Legislativo e Executivo, visando a manter o quadro de total impunidade que vigorava sem qualquer exceção até pouco tempo atrás.

Nossa realidade acaba não dando muitas esperanças de mudança relativamente a um futuro próximo, com a confirmação das previsões insertas no texto da Constituição Federal de 1988.

Urge combater os fatores apontados a perenizar tal situação lamentável, a fim de não permanecermos eternamente à deriva em um mar de lamentações a respeito dos destinos do País. Infelizmente, sem um esforço por parte daqueles que tenham o objetivo da mudança, dentro do estabelecido pelas nossas leis e pela Constituição, nada se transformará, mantendo-se o sempre presente mito do “estado policial” que ressuscita a cada vez que algum poderoso é incomedado em sua atividade delituosa.

Referências

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COLEMAN, James Willian. *A elite do crime*. Para entender o crime do colarinho branco. Traduzido por Denise R. Sales. 5. ed. Barueri: Manole, 2005.

DE SANCTIS, Fausto Martin. *Crime organizado e lavagem de dinheiro*. Destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FELDENS, Luciano. Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e Estado Social e Democrático de Direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecânicos legais*. São Paulo: Atlas, 2015.

SALGADO, Daniel de Resende. A elite do crime: discurso de resistência e laxismo penal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). *Garantismo penal integral*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 51-71.

SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco*. Versão sem cortes. Traduzido e apresentado por Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2012.

O capitalismo de laços no Brasil: a expansão do modelo institucional de fato sob a ótica da teoria criminológica genética de Edwin Sutherland

Leandro Bertolucci Desbrousses Monteiro

Sumário: 1 Introdução. 2 A criminalidade do colarinho branco e a teoria criminológica genética. 2.1 O processo de desorganização social – organização social diferencial. 3 Modelos econômicos. 4 O capitalismo de laços. 4.1 Capitalismo de laços no Brasil. 4.2 A elite político-econômica e a teoria da associação diferencial. 5 Conclusão.

1 Introdução

Desde a década de 1990 vem chamando a atenção de estudiosos o fenômeno político-econômico denominado *crony capitalism*, cuja tradução não foi definida em português, mas no âmbito desse trabalho será traduzido como *capitalismo de laços*.

O fenômeno foi inicialmente objeto de estudo por parte de economistas que o conceituaram como modelo econômico no qual o sucesso empresarial está diretamente relacionado com as conexões políticas do agente econômico. A partir dessa ótica, na origem as análises foram direcionadas no sentido de revelar as consequências do modelo para o desenvolvimento econômico dos Estados em que esse sistema se instalou.

Mais recentemente, a questão transcendeu o âmbito das ciências econômicas e passou a ser estudada em seu viés político, assim passando a ser entendida como uma ordem institucional na qual o Estado é controlado por elites político-econômicas informais, engendradas em uma rede de relações delituosas para benefício mútuo.

As relações entre os integrantes dessa elite se baseiam em trocas de favores entre políticos e empresários, configurando um sistema que mina as bases da própria democracia, que se transfigura

em um modelo institucional em que o poder se perpetua nas mãos de um grupo bastante restrito.

Esse estado de coisas se sustenta mediante condutas delitivas para manutenção das posições das partes envolvidas. Em linhas gerais, grandes empresários transferem recursos aos políticos para enriquecimento pessoal ou para custeio de campanha e, em contra partida, os detentores de mandato agem para beneficiar a elite econômica por meio do que se chamará de medidas restritivas ao mercado.

A proliferação desse sistema ilegítimo será analisada à luz da criminologia de Edwin Sutherland, construída sobre a análise histórica ou genética, que estuda o comportamento criminoso como consequência de fatores que levam o indivíduo a aderir a padrões de conduta delitivos pelo processo de associação diferencial.

Em suma, a teoria criada por Sutherland parte do princípio de que a conduta criminal é aprendida em grupos de convivência. Assim, pretende-se aqui traçar o modo pelo qual o modelo institucional do capitalismo de laços se prolifera pelo globo, tomando-se por pressuposto que o comportamento criminoso é adotado por processos de aprendizagem das práticas que lhe são inerentes – o que se viabiliza pela associação diferencial –, até chegar ao Brasil, onde se encontra em franca expansão por conta das condições favoráveis que se apresentam, notadamente pelo modelo econômico intervencionista e o sistema político-eleitoral constitucionalmente estabelecidos.

Não é o caso de sustentar que a corrupção e a promiscuidade entre setor público e privado no Brasil tenham surgido apenas recentemente, uma vez que, pouco depois de reinstalado o Estado Democrático, iniciou-se e expandiu-se o processo de institucionalização do capitalismo de laços, hoje notabilizado pelas grandes operações que tomam as manchetes.

2 A criminalidade do colarinho branco e a teoria criminológica genética

Conforme a descrição introdutória, como se demonstrará adiante, constitui o capitalismo de laços um sistema político-econômico

de fato, inerentemente corrupto, baseado em associações informais constituídas para o cometimento de crimes.

Os agentes dos delitos especificados não se encontram entre aqueles dados como menos favorecidos pela sociedade; pelo contrário, são integrantes das classes mais altas e privilegiadas – grandes empresários e a classe política – com grande acesso a conhecimento e recursos, empregados para a prática e acobertamento de suas ações.

Trata-se portanto de criminalidade do colarinho branco, conceituado introduzido originariamente por Sutherland, cujos elementos são:

a) é um crime; b) cometido por pessoas respeitáveis e c) com elevado *status* social; d) no exercício da sua profissão. Para além disso, constitui, normalmente, uma violação da confiança¹.

Como se vê, os fatores distintivos da criminalidade conceituada são apenas acidentais em comparação com os crimes comuns. Não há portanto distinção ontológica entre esses crimes e aqueles apanhados nas estatísticas criminais².

O conceito foi lançado na década de 1940 por ter o autor identificado que a conduta criminosa ia muito além dos dados estatísticos, em que se tomavam por base exclusivamente aqueles crimes detectados pelo sistema criminal.

A categoria delitiva identificada por Sutherland, ainda que amplamente disseminada³ no ambiente empresarial e político, sequer

1 FERRO, 2008, p. 26 apud MANNHEREIN, 1984-85, p. 724.

2 This analyses of the criterion of white-collar criminality results in the conclusion that a description of white-collar criminality in general terms will be also a description of the criminality of the lower class. The respects in with the crimes of the two classes differ are the incidentals rather than the essentials of criminality (SUTHERLAND, 1940, p. 7).

3 Em seu artigo sobre a criminalidade do colarinho branco, Sutherland demonstra dados e percepções que apontam a alta incidência delitiva nas classes empresarial e política: The Federal Trade Commission in 1920 reported that commercial bribery was prevalent and common practice in many industries. In certain chain stores, the net shortage in weights was sufficient to pay 3.4 percent on the investment in those commodities. In Indiana, during the summer of 1934, 40 percent of the ice cream samples tested in a routine manner by the Division of Public Health were in violation of law. The Comptroller of the Currency in 1908 reported that violations of law were found in 75 percent of the banks examined in a three-month period. Lie detector tests of all employees in several Chicago banks, supported in almost all cases by confessions, showed that 20 percent of them had stolen bank property. A public accountant estimated, in the period prior to the Securities and Exchange Commission, that 80 percent of the financial statements of corporations were misleading [...]. White-collar criminality in politics, which is generally recognized as fairly

era àquele tempo percebida pela sociedade como tal ou detectada pelo sistema criminal por conta do fenômeno por ele denominado de “implementação diferencial da lei”⁴, que consiste no tratamento diferenciado na aplicação da lei penal em razão da classe social do agente – fator incidental – de maneira que este permaneça livre da estigmatização social do crime⁵.

De acordo com o autor, mesmo que prescritos como atos criminosos, os autores desses delitos não são alcançados pela persecução criminal. Quando identificadas suas condutas, ainda que ontologicamente idênticas àquelas previstas como crimes comuns, são tratadas pelo Estado como meros ilícitos cíveis ou administrativos.

Essa implementação diferencial da lei penal, como mencionado, fazia com que os delitos do colarinho branco não fossem computados nas estatísticas estatais, fonte usada pelos estudiosos até então. Por consequência eram excluídos da investigação científica os crimes praticados pelas altas classes da sociedade. Por conta desse recorte, as escolas tradicionais foram incapazes de formular teorias que pudessem explicar as causas do comportamento criminoso em sua generalidade⁶.

prevalent, has been used by some as rough gauge by which to measure white-collar criminality in business. James A. Farlay said, ‘The standards of conduct are as high among officeholders and politicians as they are in comercial life’ and Cermak, while mayor of Chicago, said, ‘There is less graft in politics than in the business.’ John Flynn wrote, ‘The average politician is the merest amateur in the gentle art of graft’ [...]. (SUTHERLAND, op.cit., p. 3).

4 Sobre a implementação diferencial da lei, Sutherland conclui: [...] They differ principally in the implementation for the criminal laws which apply to them. The crimes of the lower class are handled by police man, prosecutors, and judges, with penal sanctions in the form of fines, imprisonment, and death. The crimes of the upper class either result in no official action at all, or result in suits for damages in civil courts, or are handled by inspectors, and by administrative boards or commissions with penal sanctions in the form of warnings, orders to cease and desist, occasionally the loss of a license, and only in extreme cases by fines or prison sentences (SUTHERLAND, op. cit., p. 7-8).

5 This differential implementation of the law as applied to the crimes of corporations eliminates or at least minimizes the stigma of crime. This differential implementation of the law began with the Sherman Antitrust Act of 1890. As previously described, this law is explicitly a criminal law and a violation of the law is a misdemeanor no matter what procedure is used. The customary policy would have been to rely entirely on criminal prosecution as the method of enforcement. But a clever invention was made in the provision of an injunction to enforce a criminal law; this was an invention in that it was a direct reversal of previous case law. Also, private parties were encouraged by treble damages to enforce a criminal law by suits in civil courts. In either case, the defendant did not appear in the criminal court and the fact that he had committed a crime did not appear on the face of the proceedings. The Sherman Antitrust Act, in this respect, became the model in practically all the subsequent procedures authorized to deal with the crimes of corporations. (FERRO, op. cit., p. 152 apud SUTHERLAND, 1992, p. 53-54)

6 The criminal statistics show unequivocally that crime, as a popularly conceived and officially measured, has high incidence in the lower class and a low incidence in the upper class; less

Com efeito, as escolas clássica, positiva e suas derivadas, que explicavam criminalidade como decorrência fatores inatos (biológicos) e/ou sociais (pobreza), não lograram explicar a incidência da criminalidade do colarinho branco. São, por conseguinte, inválidas para oferecer uma explicação idônea para o comportamento criminoso em geral.

[T]he conception and explanations of crime which have just been described are misleading and incorrect, that crime is in fact not closely correlated with poverty or with the psychopathic and sociopathic conditions associated with poverty [...]⁷.

A teoria lançada por Sutherland surge com a intenção de corrigir o erro fundamental das escolas clássicas, inaugurando uma teoria capaz de explicar as causas da criminalidade considerada em todo o seu espectro.

O autor elenca duas abordagens possíveis para explicação do comportamento criminoso. A primeira delas foca as circunstâncias observadas no momento do cometimento do crime (situacional), e a segunda (histórica ou genética) leva em consideração as experiências de vida do agente.

Segundo afirma, as circunstâncias do delito em concreto são importantes para explicação do comportamento delitivo na medida em que, do ponto de vista do agente, indicam a oportunidade para o cometimento do crime. Todavia, dependendo do observador, as mesmas circunstâncias podem não ter o mesmo significado.

Isso quer dizer que a interpretação da situação depende de fatores relacionados ao histórico de vida individual. Dessa forma, Sutherland constrói uma teoria criminológica genética centrada nos fatores históricos individuais, na qual o comportamento criminoso se explica por um processo social, marcado por nove elementos caracterizadores, quais sejam: 1. o comportamento criminoso é aprendido; 2. é aprendido pela interação com pessoas pelo processo de comunicação;

than two percent of the persons committed to prisons in a year belong to the upper class. These statistics refer to criminals handled by the police, the criminal and juvenile courts, and the prisons, and to such crimes as murder, assault, burglary, robbery, larceny, sex offenses, and drunkenness, but exclude traffic violations. The criminologists have used the case histories and criminal statistics derived from these agencies of criminal justice as their principal data. From them they derived general theories of criminal behavior. These Theories are that, since crime is concentrated in the lower class, it is caused by poverty or personal and social characteristics believed to be associated statistically with poverty, including feeble-mindedness, psychopathic deviations, slum neighborhoods, and "deteriorated" families [...]. (SUTHERLAND, 1940, p. 1).

7 SUTHERLAND, 1940, p. 2.

3. o comportamento é aprendido pelo contato íntimo entre as pessoas (excluindo-se, assim, o contato com filmes, livros etc); 4. o aprendizado inclui técnicas de cometimento e diretivas específicas de motivações, desígnios, racionalizações e atitudes; 5. as diretivas específicas de motivações e desígnios são aprendidas das indicações das normas legais como favoráveis ou desfavoráveis; 6. uma pessoa se torna delinquente quando seus critérios favoráveis à violação da lei são superiores aos critérios desfavoráveis ao comportamento conforme a lei; 7. a associação diferencial pode variar em frequência, duração, prioridade e intensidade; 8. o processo de aprendizado do comportamento criminoso por associação envolve os mesmos mecanismos presentes em qualquer tipo de aprendizado; 9. mesmo sendo o comportamento criminoso uma expressão de necessidades e valores, aquele não pode ser explicado por essas necessidades e valores, pois são os mesmos expressados no comportamento conforme a lei⁸.

Nessa esteira, o fator fundamental para incidência de delitos em geral é a *associação diferencial*, que explica a prática criminal como comportamento aprendido pelo indivíduo por adesão a um grupo no qual a prática criminosa é padrão de conduta, o que explica a prática delitiva independentemente da classe social ou características inatas do perpetrador.

Segundo o autor, associação diferencial é oportunizada graças ao que chama de organização social diferencial⁹, ambiente em que se lançam as raízes do comportamento criminoso.

A organização social diferencial se diferencia pela coexistência de diversos grupos marcados por padrões próprios de conduta, muitas vezes conflitantes, alguns organizados para o comportamento criminoso, outros para o comportamento conforme a lei e, outros ainda, a maior parte deles do ponto de vista do autor, para ambos¹⁰.

Assim, a existência desses diversos grupos propicia a disseminação do comportamento criminoso, na medida em que a convivência persistente com um desses grupos, cujo arranjo visa o cometimento de crimes, é que determina o comportamento criminoso individual¹¹.

8 SUTHERLAND, 1960, p. 77-79.

9 Ibidem, p. 80.

10 Ibidem.

11 Ibidem.

A formação da organização social diferencial, segundo o autor, é consequência do processo de desorganização social, decorrente da competição, mobilidade e conflito característicos da civilização ocidental contemporânea. Em sua visão essas características são interligadas à ideologia individualista, que dá legitimidade ao comportamento típico da sociedade de economia capitalista, que aduz ser lógica e intelectualmente compatível com o comportamento criminoso¹².

Nesse ambiente produzido pelo domínio do ideário liberal, a mesma pessoa convive com grupos que manifestam comportamentos muitas vezes diametralmente opostos, alguns afeitos à criminalidade e outros ao comportamento legal. O autor ilustra essa asserção mencionando o próprio caso de criminosos do colarinho branco, que participam de um grupo caracterizado pelo comportamento criminoso em seu ambiente profissional e, do mesmo modo, podem tomar parte em associações voltadas para prevenção da criminalidade juvenil, por exemplo.

2.1 O processo de desorganização social – organização social diferencial

Conforme descrito, os indivíduos na sociedade contemporânea travam contato com diversos padrões comportamentais devido ao convívio com os diversos grupos que adotam distintos paradigmas de conduta, ao contrário do que ocorria nos arranjos sociais antigos.

Sutherland explica que nas sociedades iletradas, os indivíduos viviam cercados por grupos isolados, com padrões de comportamento restritos, sempre voltados a consecução de finalidades sociais bem definidas, onde sobrava pouco espaço para o comportamento individualista.

De acordo com sua teoria, a situação atual produziu-se pelo processo de desorganização iniciado com a crise sistema feudal e o início do período colonial. Como consequência da derrocada do antigo modelo, houve o rompimento do equilíbrio econômico mundial, da posse limitada de terras e do sistema instituído de obrigações mútuas entre as classes sociais¹³.

12 SUTHERLAND, 1960, p. 84.

13 Ibidem, p. 85.

Mais adiante, quando se inicializou a era industrial, viabilizada pelo grande salto tecnológico observado na época, no entorno das fábricas formaram-se cidades pela aglomeração de trabalhadores que se deslocaram do campo. Ganharam corpo nesse período as ideologias liberais, que patrocinaram a ideia de que o comportamento egoístico é o melhor meio para atingir o bem-estar social. Com isso a vida passou a gravitar em torno de seu aspecto econômico, pautado pelo cenário de competição entre os indivíduos, no qual o comportamento competitivo se tornou um imperativo moral.

Assim a conduta humana deixou de ser orientada às finalidades sociais, para se dirigir a consecução de objetivos individuais.

O novo modelo econômico trouxe consigo implicações na estrutura do sistema político. A nova classe industrial passou a se opor aos regimes considerados autoritários que vigiam a época e, com isso, advieram as revoluções liberais que implantaram o regime de Estado mínimo, no qual a livre empresa e o livre mercado se desenvolveram sem interferência estatal.

No entanto, o liberalismo político-econômico se mostrou favorável à ascendente classe industrial apenas até certo ponto. Dotados agora de grande poder econômico, a principal beneficiária do novo sistema viu no poder político uma forma de assegurar seu domínio e, por conta disso, passou a fomentar medidas restritivas à competição, visando a garantia de sua hegemonia.

The democratic revolutions, with accompanying ideologies of natural and inalienable rights, cannot be clearly separated from this economic revolution. The participants in the relatively new economic system resisted any measures which would inhibit free competition, and the slogan 'the least government the best' was given homage. Each participant rebelled against restrictions on his own behavior and therefore attempted to keep government weak. However, as competition developed it became apparent that competitive advantages could be secured through governmental manipulation. Individuals and industries secured tariffs, franchises, patents and other special privileges. Driven by competition they often resorted to bribery and fraud in order to secure favorable legislation¹⁴.

14 SUTHERLAND, 1960, p. 85.

Nada obstante, o individualismo instalado (princípio negativo de organização), útil durante o processo revolucionário, não pôde ser revertido e continuou sendo a ideologia predominante na sociedade, cenário em que a reorganização social se verifica impraticável, uma vez que as finalidades sociais continuam preteridas pelos objetivos individuais.

Assim sendo, as regras impostas pelo intervencionismo econômico são tidas por muitos como empecilho à consecução de seus objetivos privados. Desse modo, obedecer ou não a lei torna-se questão da valoração individual, vinculado à utilidade do comportamento legal em face dos interesses pessoais, o que implica novo salto nos índices de criminalidade.

Em conformidade com esse pensamento, o autor identifica no gângster e no homem de negócios a característica comum, consonante com as ideologias liberais, a habilidade de empregar bens e pessoas em seu próprio benefício, pautando suas ações pelas normas apenas quando oportuno¹⁵.

Sutherland ainda enumera, além do individualismo, dois outros fatores decorrentes do liberalismo político e econômico como potencializadores do comportamento criminoso: a mobilidade e o conflito cultural.

Em linhas gerais, a mobilidade resultou na extinção da família patriarcal e na vizinhança homogênea, principais grupos de controle social no período anterior à industrialização. Tiveram então lugar a consolidação da família nuclear e das vizinhanças heterogêneas, nas quais as condutas individuais deixaram de ser objeto de apreciação dos grupos sociais, de onde emergem diversos padrões de comportamento em coexistência próxima, que podem ser facilmente acessados pelo contato interpessoal¹⁶.

De seu lado, o conflito cultural se estabelece pela migração e colonização, quando normas culturais de diferentes grupos entram em contato pela proximidade geográfica, ocasionando saltos de

15 SUTHERLAND, 1960, p. 85.

16 *Ibidem*, p. 88.

criminalidade onde o choque entre normas culturais se constitui. Segundo Sutherland, o conflito cultural se produz em áreas contíguas com normas culturais distintas; pela imposição de normas culturais de colonizadores a colonizados; e pela migração de comunidades para áreas sujeitas a normas culturais incompatíveis com a dos migrantes.

Em suma, segundo Sutherland, o processo que produziu a desorganização social formadora da organização social diferencial, ambiente em que se produz a associação diferencial, está intimamente ligado com a instalação do modo de produção capitalista e as consequentes alterações no sistema político e cultural.

Como visto, o liberalismo econômico se mostrou favorável à classe industrial apenas por um período. Logo após ter alcançado a hegemonia na economia, a elite passou a agir no sentido de defender seu *status* pela defesa de medidas restritivas ao mercado, o que acabou por ser mais um fator de impulso ao comportamento criminoso.

Desde então não houve arrefecimento da tendência de entrelaçamento entres as elites políticas e econômicas. Pelo contrário, hoje se verifica que o processo desencadeado pelo interesse de manutenção do poder econômico pela aquisição de vantagens competitivas resulta no aprofundamento desse entrelaçamento e culmina no que ora se denomina *capitalismo de laços*.

3 Modelos econômicos

Pelo que se deseja demonstrar, faz-se necessária uma breve descrição dos modelos econômicos identificados contemporaneamente. Pretende-se, assim, corroborar que a corrupção institucionalizada que hoje se observa é dependente de um modelo econômico de fato que se produz do desvirtuamento do capitalismo de mercado obstruído ou desenvolvimentista.

Sem pretensões de avaliar a eficiência dos diversos modelos do ponto de vista econômico, apenas por uma questão de clareza de linguagem, livre de tecnicismos, acessível a leigos em ciências econômicas, será adotada a descrição dos sistemas de economia política

implementados desde a revolução industrial da perspectiva de Ludwig Von Mises, patrono da Escola Austríaca de Economia, de cunho liberal.

Feitas essas considerações, o capitalismo moderno, como tradicionalmente entendido, é o sistema econômico surgido na Inglaterra do século XVIII, caracterizado pela produção em massa, ou seja, pelos produtos produzidos pela emergente planta industrial, que se destinavam a atender as necessidades de toda a população, independente de classe social.

O advento de tal sistema de produção, como concebido, foi um importante agente de mudança da sociedade, que teve seu modo de vida radicalmente transformado de uma economia basicamente rural de subsistência para uma economia de mercado, capaz de gerar grande abundância material:

O desenvolvimento do capitalismo consiste em que cada homem tem o direito de servir melhor e/ou mais barato o seu cliente. E, num tempo relativamente curto, esse método, esse princípio, transformou a face do mundo, possibilitando um crescimento sem precedentes da população mundial¹⁷.

Assim, em tal modo de produção, os agentes econômicos são livres para produzir sem se sujeitar a qualquer força externa, em uma ordem espontânea sujeita única e exclusivamente às denominadas forças de mercado:

Este sistema é guiado pelo mercado. O mercado orienta as atividades dos indivíduos por caminhos que possibilitam melhor servir as necessidades de seus semelhantes. Não há, no funcionamento do mercado, nem compulsão nem coerção. O Estado, o aparato social de coerção e compulsão, não interfere nas atividades dos cidadãos, as quais são dirigidas pelo mercado. O Estado utiliza o seu poder exclusivamente com o propósito de evitar *que as pessoas empreendam ações lesivas à preservação e ao funcionamento regular da economia de mercado. Protege a vida, a saúde e a propriedade do indivíduo contra a agressão violenta ou fraudulenta por parte de malfetores internos e de inimigos externos [...]*. O mercado é um processo, impulsionado pela interação das ações dos vários indivíduos que cooperam sob o regime da divisão do trabalho¹⁸. [Grifo nosso].

17 MISES, 2009, p. 16.

18 Idem, 2010, p. 315.

No trecho transcrito, fica clara a visão de Estado segundo a ideologia liberal, o costumeiramente denominado Estado Mínimo ou Estado Polícia, no qual as forças de mercado operam livres de qualquer interferência de origem política.

O nítido entusiasmo do autor com o modelo se dá pelas vantagens econômicas que identifica no livre mercado, o que não o impede de admitir que os particulares cometem crimes e que o Estado deve atuar para impedir essas ações (conforme trecho acima destacado), de forma repressiva e punitiva.

Segundo Mises (2010, p. 316), mercado é um processo de cooperação social resultante dos atos de produzir, comprar, vender e consumir, entendido como

[...] o ajustamento das ações individuais dos vários membros da sociedade aos requisitos da cooperação mútua. Os preços de mercado informam aos produtores o que produzir como produzir e em que quantidade. O mercado é o ponto focal para onde convergem e de onde se irradiam as atividades dos indivíduos.

Portanto, nesse modelo, a atividade econômica se desenvolve de forma totalmente apartada das forças estatais, que devem concentrar suas ações em atividades entendidas como próprias de Estado pelo liberalismo político, deixando ao mercado a função de regular a atividade econômica.

Além do capitalismo de livre mercado, Mises identifica em sua principal obra, *Tratado da Ação Humana*, dois outros modelos econômicos.

O primeiro deles, a reação mais radical ao novo sistema de produção, é o sistema socialista, popularizado com a publicação do Manifesto do Partido Comunista, de autoria de Karl Marx e Friedrich Engels, que difundiu o conceito de socialismo, segundo o qual o funcionamento da sociedade se explica a partir da luta de classes entre burgueses e proletários, cuja dinâmica resultaria inevitavelmente, de acordo como pensamento dialético, representado no marxismo pelo materialismo histórico, no sistema de produção socialista, caracterizado pelo monopólio dos meios de produção pelo Estado, que regeria a economia a partir de um planejamento central, o que implicaria uma completa abolição do mercado:

O traço característico do socialismo é a unidade e a indivisibilidade da vontade que dirige todas as atividades econômicas do sistema social. Quando os socialistas afirmam que a “ordem” e a “organização” devem substituir a “anarquia” de produção, que a ação consciente é preferível à alegada falta de planejamento do capitalismo, a verdadeira cooperação à competição, a produção para o uso à produção para o lucro, o que na realidade estão defendendo é a substituição da infinidade de planos dos consumidores individuais e daqueles que atendem os desejos dos consumidores – os empresários e os capitalistas – pelo poder exclusivo e monopolístico de uma única agência de governo. A essência do socialismo é a completa eliminação do mercado e da competição cataláctica. O sistema socialista é um sistema sem mercado, sem preços de mercado e sem competição [...] ¹⁹.

Segundo Mises, a abolição do sistema de mercado tem um problema insanável, que inviabiliza inexoravelmente seu funcionamento: a impossibilidade do cálculo econômico.

O segundo modelo, e mais relevante para os fins desse artigo, o intervencionismo estatal ou economia de mercado obstruído, que tem como seu principal teórico John Maynard Keynes, lança as condições necessárias para a ascensão do capitalismo de laços (*crony capitalism*) à categoria de sistema político-econômico de fato, como se verá mais adiante.

Nesse modelo de mercado obstruído, a economia continua funcionando pelas forças de mercado, que, no entanto, sofrem interferência estatal mediante a expedição de normas restritivas à atividade econômica.

De acordo como o autor, tais restrições são impostas com a intenção de produzir determinado efeito na produção social, para que esta tome uma direção diferente da que tomaria caso sujeita exclusivamente às forças de mercado. Tais medidas invariavelmente implicariam consequências indesejáveis por impedirem que os agentes econômicos empreguem os meios que têm disponíveis para satisfação das necessidades dos consumidores, reduzindo, desse modo, a riqueza material da sociedade. Outro resultado colateral do sistema, segundo Mises, é a percepção de privilégios pelos setores beneficiados pelas

¹⁹ MISES, 2010, p. 803.

medidas em detrimento dos demais. No entanto, tais efeitos são vistos como um mal menor frente aos resultados que se tem a intenção de atingir pelas restrições implementadas.

As pessoas divagam sobre o que imaginam ser incentivos do governo à produção. Mas o governo não tem o poder de incentivar um setor de produção, a não ser restringindo outros. Retira os fatores de produção de setores em que seriam empregados se não houvesse obstrução ao mercado, para empregá-los em outros setores. Importa pouco o tipo de procedimentos administrativos que são usados para obter esse resultado. Pode-se subsidiar diretamente ou disfarçar o subsídio estabelecendo-se tarifas; de qualquer forma o consumidor é quem paga a conta. O que importa é o fato de que as pessoas são forçadas a renunciar a algumas satisfações a que atribuem maior valor em troca de satisfações a que atribuem menor valor. Na raiz de todo raciocínio intervencionista está sempre a ideia de que o governo ou o estado é uma entidade que paira fora e acima do processo de produção, que possui alguma coisa que não tenha sido extraída dos cidadãos e que pode gastar essa alguma coisa mítica para atingir determinados fins. Essa é a fábula de Papai Noel, elevada por lord Keynes à dignidade de *doutrina econômica, entusiasticamente apoiada por todos aqueles que esperam obter vantagens pessoais com os gastos do governo* ²⁰[...].

O autor assevera que toda medida restritiva de produção (taxação, subsídios, protecionismo, etc) invariavelmente produz desigualdades, com um setor privilegiado em detrimento de toda a sociedade, que arca com os custos de tais privilégios, uma vez que custeia subsídios, ou paga por produtos mais caros em decorrência da restrição do acesso a produtos mais baratos pela imposição de barreiras.

Apesar das consequências negativas, Mises destaca que grupos de interesse fomentam a implementação de medidas intervencionistas por identificarem nelas a possibilidade de obtenção de vantagens pessoais mediante ações estatais, conforme destaque no trecho acima transcrito.

4 O capitalismo de laços

A própria existência do denominado capitalismo de laços (*crony capitalism*) é dependente da preexistência da concepção de um sistema intervencionista, pois aquele só pode existir se travestido do segundo

20 MISES, 2010, p. 844.

em seu aspecto econômico. A diferença fundamental entre os dois reside na motivação dos atos restritivos. Se no sistema de mercado obstruído, as restrições são produzidas com a intenção de gerar um benefício específico à sociedade, no capitalismo de laços elas se tornam mercadorias negociadas com empresários que se beneficiam de tais restrições. Vale dizer, aquelas que seriam as consequências menores e indesejadas passam a ser as finalidades dos atos governamentais, que são expedidos mediante paga pelos agentes econômicos beneficiados.

O fenômeno do cronismo foi inicialmente detectado por estudiosos da área econômica que identificaram como traço marcante do modelo a necessidade de proximidade com os governantes para obtenção de sucesso econômico:

Crony capitalism is usually thought of as a system in which those close to the political authorities who make and enforce policies receive favors that have large economic value. These favors allow politically connected economic agents to earn returns above those that would prevail in an economy in which the factors of production were priced by the market²¹.

Originalmente o sistema foi distinguido pela observação das causas da crise dos países do leste da Ásia, os então chamados Tigres Asiáticos por conta do espantoso crescimento econômico que experimentaram a partir do final da década de 1980.

South Korea (Korea hereafter, except occasionally), together with Taiwan, has been praised by many scholars as a model developmental state with a competent and uncorrupt bureaucracy (Johnson 1987; Amsden 1989; Evans 1995; Wade 1990). Since the financial crisis of 1997, however, Korea has often been labeled crony capitalism, together with other Asian countries like the Philippines²². [Grifo nosso].

Note-se que, antes de serem caracterizados como sistema de capitalismo de laços, os regimes econômicos dos países mencionados eram tidos como casos bem-sucedidos do modelo desenvolvimentista (o Keynesianismo, referido por Mises como capitalismo de mercado obstruído), até que, com a crise, analistas se debruçaram sobre os dados da realidade fatural e identificaram na realidade institucional

21 HARBER, 2002, p. 72.

22 YOU, 2005, p. 2.

daqueles países o arranjo político-econômico que passou a ser denominado capitalismo de laços.

Apesar de identificado inicialmente nos países do leste Asiático, o advento do modelo é atribuído ao processo de reabertura político-econômica da Rússia pós-comunista.

I begin with the premise that the post-communist transformation in Russia resulted in the emergence of a crony capitalist system – a distinct institutional order characterized by the domination of informal elite groups that I refer to as economic-political elite networks (EPNs)²³.

A instalação do modelo ter-se-ia iniciado ainda sob o governo Gorbachev, com o início do processo de privatização das empresas públicas, cuja propriedade foi transferida a cidadãos bem relacionados com agentes políticos.

Instituído o processo eleitoral, deu-se a consolidação do sistema com o início das relações de cooperação entre políticos e empresários. Por um lado os políticos necessitavam ser reeleitos e, por outro, a elite empresarial necessitava de garantias de proteção de seus direitos patrimoniais recém-adquiridos, iniciada assim a instituição do processo de contrapartidas que deram forma às redes político-econômicas – EPNs (tradução livre) naquele país.

The economic-political networks – often referred to as “clans” in Russia – bring together politicians and businessmen linked through special relationships of mutual support. The formation of such groups started under Gorbachev during the process of spontaneous privatization and accelerated later, with the economic reforms of the 1990s (Goldman 2003, Hoffman 2002, Freeland 2000, Klebnikov 2000). These networks embodied the common interests of the politicians, who faced the necessity of being reelected, and the economic actors who sought property as well as protection of their property rights. These informal structures are well recognized in popular perception²⁴.

Segundo Gulnaz Sharafutdinova, o arranjo formado no capitalismo de laços implica a deslegitimação do próprio processo democrático.

No arranjo os políticos têm uma motivação extra para alcançar ou manter o poder em suas mãos, uma vez que poder político se

23 SHARAFUTDINOVA, 2007, p. 2.

24 Ibidem, p. 6.

traduz em riqueza material, o que implica a condução de campanhas eleitorais negativas, baseadas em acusações e chantagens de parte a parte, e o consequente descrédito das instituições e de toda classe política pela baixaza com que as campanhas são conduzidas.

Desde seu advento, o arranjo característico desse modelo institucional de fato vem-se difundindo pelo mundo, identificados traços até mesmo em Estados tidos como bastiões do liberalismo econômico, como os Estados Unidos da América²⁵.

A título de exemplo, estudo realizado sobre a ascensão do capitalismo de laços no Estado do Novo México demonstrou, entre outras trocas de favores entre empresas e políticos, relação direta entre contribuições para campanhas políticas e volume de subsídios concedidos a empresas contribuintes.

[T]he industries and companies that receive the subsidies contribute to the campaigns of the public officials that write the subsidies. While this does not necessarily imply a quid pro quo relationship, it does suggest the presence of crony capitalism. That is, companies that contribute are more likely to receive subsidies than those who do not ²⁶.

No entanto, argui-se que o crescimento do capitalismo de laços encontra barreiras que impedem sua institucionalização em países com um sistema político autolimitado, como é o caso da própria América, onde as ações de agentes políticos encontram-se submetidas a mecanismos de controle postos à disposição de agentes estatais com poder de vetá-las. Com isso, em países com instituições democráticas funcionais, previne-se a instalação do capitalismo de laços como sistema, apesar de identificadas ações pontuais relacionadas ao modelo.

These countries solve the commitment problem through the creation of limited governments. Limited governments are understood as those that respect due process and universal individual political and economic rights – and that are bound to respect these rights through sets of self-enforcing institutions²⁷.

Certamente não é o caso da América Latina, onde em grande parte dos países vigem sistemas democráticos ainda em processo

25 SHARAFUTDINOVA, 2007, p. 5.

26 COMMITTEE FOR ECONOMIC DEVELOPMENT, 2016, p. 2.

27 HARBER, 2002, p. 93.

de consolidação. Foi nesse continente que o sistema lançou raízes mais profundas e é considerado por estudiosos como laboratório ideal para estudos acerca do modelo, conforme observado por Stephen Harber, organizador do livro *Crony Capitalism and Economic Growth in Latin America*.

Second, Latin America provides an ideal natural laboratory to study the causes and consequences of cronyism. Indeed, there is perhaps no region of the world in which crony arrangements have been as fundamental a feature of the economy as in Latin America²⁸.

4.1 Capitalismo de laços no Brasil

É certo que a percepção popular da existência de ligações ilícitas entre empresários e políticos não é nova no Brasil. No entanto, no período recente estas ligações se institucionalizaram e notadamente se ampliam, conforme revelado em minúcias pelas grandes operações levadas a efeito pelo sistema criminal.

O ordenamento jurídico pátrio estabelece um estado fortemente intervencionista. O Estado possui empresas e participa de outras, estabelece setores de atuação monopolística, mantém bancos estatais, entre eles o BNDES, que tem a função precípua de conceder empréstimos subsidiados a empresas, detém agências reguladoras de vasta gama de atividades econômicas²⁹, nas quais atuam empresas sob sistema de concessões estreitamente normatizado.

O interesse de agentes econômicos em subverter o sistema foi anteriormente explicitado. Além de obter empréstimos subsidiados, as regulações permitem que empresas ou grupos de empresas dominem grandes segmentos econômicos, possibilitando que obtenham retornos maiores do que obteriam se submetidos às forças de mercado.

Do lado dos políticos, além da percepção de renda ilícita, própria e de parentes, há interesse no arranjo para perpetuação dos agentes em

28 HARBER, 2002, p. 70.

29 O setor de telecomunicações por exemplo: BRASIL. *Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997*. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n. 8, de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm>. Acesso em: 9 jul. 2017.

cargos públicos, o que se procede por abuso de poder econômico³⁰, viabilizado por doações de campanha, tanto formalmente lícitas – antes da nova restrição de contribuição por parte de empresas – quanto ilícitas.

No Brasil a institucionalização do capitalismo de laços encontra mais um fator favorável. Aqui o dinheiro tem influência proeminente no processo eleitoral nacional, muito além do que se observa em outros países³¹. Segundo Daniel Samuels, que estuda o processo eleitoral brasileiro, atribui-se ao próprio sistema eleitoral os exorbitantes custos das campanhas eleitorais³². Para ele, no Brasil os partidos são entes desorganizados, sem programas bem definidos, por essa razão incapazes de atrair votos com base em programas e plataformas, o que faz com que os candidatos dependam de doações de campanha para contratação de serviços de propaganda capazes de influenciar o eleitorado:

[O] relativo pouco comprometimento com programas da maioria dos partidos brasileiros resulta em que os candidatos não dependam muito de organizações partidárias fortes para obter votos, não podendo fazer campanha em cima dos “programas” ou “plataformas” de seus partidos. A maioria dos candidatos acaba dependendo de máquinas pessoais que funcionam de forma clientelista. Esse tipo de atividade eleitoral é bastante intensiva em capital. Se os eleitores brasileiros pensassem nos partidos de forma diferente, ou se os partidos tivessem uma organização eleitoral forte em nível nacional, os candidatos não teriam de levantar e gastar tanto dinheiro. Em vez disso, eles poderiam depender da organização partidária para atrair eleitores³³.

Ficam, desse modo, estabelecidas as condições ideais para a instalação de um sistema que enlaça fortemente as elites econômicas e políticas em uma rede que mantém o controle do poder estatal nas mãos de um mesmo grupo político simpático aos interesses da elite econômica, desfigurando em suas bases o regime democrático:

A importância do dinheiro para o sucesso eleitoral também enfraquece a vitalidade do que inicialmente é um sistema político bastante

30 BRASIL. *Artigo 247 da Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 9 jul. 2017.

31 SAMUELS, 2006, p. 15.

32 AGÊNCIA SENADO. Eleições no Brasil são as mais caras do mundo. *Senado Federal*, Brasília, 16 set. 2014. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/09/15/eleias-saues-no-brasil-sapso-as-mais-caras-do-mundo>>. Acesso em: 9 mar. 2017.

33 SAMUELS, 2006, p. 15.

competitivo, pois faz com que a balança pese a favor do candidato que tiver a seu lado contribuintes endinheirados. O dinheiro acentua a viabilidade das candidaturas e a sua falta a limita enormemente a competitividade dos candidatos. A pobreza de alguns candidatos significa a riqueza de outros. Os dados do TSE fornecem uma base empírica para uma visão da forma com que a elite econômica brasileira, altamente concentrada e politicamente esperta, tenta modelar ações do governo por meio dos custos de campanha [...] ³⁴.

O próprio Samuels menciona que, na campanha de 1994 para a presidência da república, empresas interessadas na privatização das estatais de telecomunicações compunham um dos principais grupos de doadores do Presidente Fernando Henrique Cardoso. Coincidência ou não, foram essas empresas as formadoras dos consórcios vencedores dos leilões das empresas do Sistema Telebras³⁵.

Depois disso diversos casos de grande notoriedade demonstraram as relações entre empresários e políticos, entre elas a Operação Satiagraha, a Ação Penal n. 470³⁶ (popularmente conhecida por Mensalão) e, até o momento a mais notória, a operação Lava Jato e seus diversos desdobramentos.

O que se notabiliza atualmente é que as relações delituosas inerentes ao capitalismo de laços se proliferaram nas mais diversas esferas.

Operações que envolvem fraudes de menor vulto financeiro, como o caso da Operação Fratelli, que investigou crimes da que se convencionou chamar “máfia do asfalto”³⁷, e a Operação Alba Branca, são exemplos de esquemas instalados em escala estadual, envolvendo verbas federais, estaduais e agentes municipais.

No caso da primeira, um grupo empresarial especializado em obras de recapeamento e pavimentação asfáltica, em um curto intervalo de seis anos, devido seu envolvimento com parlamentares

34 SAMUELS, 2006, p. 23.

35 Ibidem.

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Relatório da Ação Penal 470/MG*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianticiastf/anexo/relatoriomensalao.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2017.

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Habeas Corpus 131.452 MC/SP*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308331956&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2017.

da esfera estadual e federal, assumiu o controle virtualmente monopolístico dos contratos firmados pelos municípios paulistas para aquele tipo de empreita.

Na segunda, no relatório final da CPI instalada na Assembleia Legislativa de São Paulo, fala-se em uma complexa rede organizada em forma de cartel³⁸ que, entre outras práticas, desviou recursos destinados à agricultura familiar por meio do FNDE para grandes empresas produtoras de suco de laranja³⁹.

Não foi descrita a participação de detentores de mandato eletivo no relatório da mencionada CPI, no entanto houve homologação judicial de delação premiada quanto à participação de agentes políticos⁴⁰.

O sucesso até agora alcançado pela operação Lava Jato pode ser um marco no combate a esse tipo de prática, mas ainda é cedo para dizer.

Assim, constitucionalmente instituído um sistema de capitalismo predominantemente intervencionista, são ilimitadas as possibilidades de estabelecimento de relações de interesse entre agentes econômicos e estatais.

4.2 A elite político-econômica e a teoria da associação diferencial

Do exposto, pode-se tranquilamente concluir que o capitalismo de laços e suas práticas delituosas estão em franca expansão no mundo e, notadamente, em regimes democráticos incipientes, especialmente no Brasil.

A tendência globalizante em que hoje se inserem as nações viabiliza uma intensa troca de informações e a convivência próxima entre agentes políticos e econômicos.

38 SÃO PAULO (Estado). Assembleia Legislativa Estadual. Comissão Parlamentar de Inquérito. *Relatório Final*, p. 54. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/12/RELATO%CC%81RIO-FINAL-CPI-MERENDA.pdf>>.

39 *Ibidem*, p. 191.

40 LARA, Wallace. Lobista diz que Capez pediu dinheiro para agilizar contrato de merenda. *G1*, São Paulo, out. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/10/lobista-diz-que-capez-pediu-dinheiro-para-agilizar-contrato-de-merenda.html>>. Acesso em: 9 mar. 2017.

É razoável, portanto, segundo a teoria da associação diferencial, asseverar que as práticas cuja origem se atribuem à Rússia, tenham-se disseminado pelo globo mediante a transmissão de experiência entre políticos e empresários, que se reúnem em fóruns, organizações transnacionais e congressos pelo mundo, e realizam negócios que transcendem fronteiras.

Considerando a cronologia do desenvolvimento do capitalismo de laços, crescente no mundo desde o início da década de 1990, a tese de ocorrência de associação diferencial corresponde à situação fática descrita. O mesmo pode-se dizer do caso brasileiro ao se observar o progresso dessas práticas e o seu viés de capilarização, dado que as práticas, inicialmente detectadas em grupos econômicos de importância nacional em cooperação com políticos da esfera federal, vêm sendo adotadas entre empresas e agentes políticos de influência local e regional.

A amplitude da disseminação do comportamento criminoso entre os grupos empresariais, notadamente grandes empreiteiras, que têm em sua principal fonte de faturamento os contratos firmados com o Estado, e entre a classe política, já que virtualmente todos os partidos com representação no Congresso Nacional contam com envolvidos em esquemas de corrupção e caixa dois, exposta em toda sua amplitude pela operação Lava Jato, alinha-se plenamente com a teoria da associação diferencial de Sutherland.

Tomando-se o comportamento criminoso como aquele aprendido no seio de grupos sociais que adotam padrões de comportamento criminoso, dirigidos ao atendimento de interesses meramente privados, pode-se concluir que as condutas características do capitalismo de laços se disseminam pelos partidos e grupos empresariais, deitando raízes em todas as esferas governamentais, alcançando grupos econômicos de expressão regional.

Em sua obra, Sutherland tem como principal enfoque o modo pelo qual o comportamento delitivo se reproduz e se prolifera pelo ponto de vista histórico ou genético, sem contudo ignorar que o estudo do fenômeno criminoso pode se dar sob o prisma circunstancial ou situacional.

O modelo de capitalismo intervencionista e o sistema eleitoral fornecem acesso facilitado ao objeto dos delitos, gerando um ambiente em que a criação de restrições de mercado que privilegiam a elite econômica está disponível para ser negociada em troca de bens e valores que são empregados para enriquecimento e manutenção do poder político.

Posto isso, as denominadas EPNs (redes político-econômicas) encontram vasto campo de atuação, que, pela associação diferencial, mantido o atual cenário institucional amplamente favorável, tende a se proliferar.

5 Conclusão

De todo exposto conclui-se que o Brasil se encontra em uma situação de complexidade extrema, para a qual não cabem soluções simples.

Sob o ponto de vista situacional, ou seja, da abundância de oportunidades para o cometimento de crimes associados ao modelo político-econômico, viu-se que no Brasil, tanto sob o aspecto político-eleitoral quanto do modelo econômico, é oferecida uma ampla gama de situações que viabilizam o desenvolvimento de condutas que levam à perpetuação do capitalismo de laços.

No que toca o sistema eleitoral, foram dois os pontos considerados fulcrais para que o poder econômico de um candidato seja decisivo para o seu sucesso: o sistema de lista aberta e a desorganização e descomprometimento dos partidos com plataformas e programas.

Com relação ao sistema eleitoral, existem muitos estudos que relacionam os níveis de corrupção dos governos com os sistemas eleitorais e partidários, consideradas as múltiplas⁴¹ variáveis envolvidas: sistema distrital *vs.* majoritário *vs.* proporcional; em lista aberta *vs.* lista fechada; multipartidário *vs.* bipartidário; financiamento de campanha público *vs.* privado. Por esses estudos se verifica uma relação complexa entre as diversas variáveis e os níveis de corrupção observados em função das diversas combinações possíveis.

41 CHARRON, 2010, p. 3.

No caso brasileiro, como já mencionado, coexistem o sistema eleitoral proporcional e o voto em lista aberta, o que, na visão de Samuels, leva à condução de campanhas eleitorais individuais cujo sucesso está fortemente ligado ao montante dos recursos financeiros empregados, abrindo-se assim uma importante via para a corrupção.

Com efeito, a visão de Samuels se confirma em estudo conduzido pela Universidade de Michigan, que correlaciona modelo eleitoral adotado e os níveis de corrupção verificados. Segundo esse estudo, observa-se, nos Estados de modelo eleitoral de representação proporcional, maior nível de corrupção quando combinado com o modelo de lista aberta, a depender de uma terceira variável: o tamanho do distrito eleitoral.

A conclusão a que se chega na mencionada pesquisa é de que, em distritos eleitorais grandes, o sistema em lista aberta leva a um incremento nos níveis de corrupção, inversamente do que ocorre em caso de distritos eleitorais menores.

Os distritos eleitorais brasileiros, entendidos como base territorial sobre a qual um grupo de candidatos disputa votos, nas eleições federais e estaduais coincidem com a área territorial dos estados. Portanto adota-se no País o sistema proporcional, em lista aberta e de distritos eleitorais de grande magnitude, o que é tido, segundo bases empíricas e teóricas levadas em consideração no referido estudo, como cenário próprio ao desenvolvimento da corrupção⁴².

Assim, com relação ao sistema eleitoral, pode-se dizer que duas soluções alternativas poderiam ser aplicadas com vistas a reduzir as práticas do capitalismo de laços: a redução do tamanho dos distritos eleitorais ou a adoção do modelo em lista fechada.

O segundo aspecto eleitoral apontado como determinante para a proliferação do capitalismo de laços, a fraca organização partidária e falta de comprometimento dos partidos com programas e plataformas capazes de atrair votos, da mesma forma, contribui para a proeminente importância do dinheiro nas campanhas eleitorais.

42 CHANG, 2005, p. 3.

Uma solução que pode ser discutida foi aquela adotada nos Estados Unidos da América no século XX. Com o crescimento da população e da urbanização, os candidatos deixaram de ser pessoas conhecidas de seus eleitores, o que foi visto como um problema, solucionado pela adoção de eleições primárias obrigatórias.

A disputa intrapartidária de candidatos gera as seguintes consequências positivas: 1) a melhoria da qualidade da plataforma partidária e a quantidade de informações disponíveis, uma vez que é obrigatório a apresentá-las em detalhes à base partidária; 2) a escolha do eleitor comum, menos informado, melhora com a confiança depositada na pré-seleção realizada pela base partidária; 3) a competição interna demanda um esforço extra dos pré-candidatos envolvidos na disputa⁴³.

No arranjo atual os partidos têm ampla liberdade para formular sua organização interna, inclusive no processo de escolha de candidatos (arts. 14 e 15, inciso VI, da Lei n. 9096/1995). Segundo mencionado, a obrigatoriedade de realização de eleições prévias poderia impactar positivamente no comprometimento dos partidos com plataformas e programas bem definidos segundo o ideário político a que se filiam⁴⁴.

Do ponto de vista do modelo econômico adotado, segundo o que foi descrito, o sistema desenvolvimentista empregado no Brasil oferece os instrumentos necessários para que a classe política retribua à elite empresarial os favores financeiros recebidos. Por decorrência lógica, extrai-se que um processo de liberalização da economia implicaria a inviabilização de muitas das práticas inerentes ao sistema, o que não se mostra de modo algum interessante às elites político-econômicas.

Todas as referidas medidas são dependentes de inovações legislativas e não é de se esperar que partam dos políticos iniciativas contrárias aos seus próprios interesses. A não ser que uma vigorosa pressão popular se sobreponha à vontade das elites dominantes, mormente quando se leva em consideração, como é de conhecimento público, que o Legislativo Federal está em sua grande maioria tomado por mandatários implicados em casos de corrupção

43 CASTANHEIRA; CRUTZEN; SAHUGET, 2010, p. 3.

44 *Ibidem*.

característicos do sistema de capitalismo de laços, do qual dependem para manutenção dos cargos e aumento patrimonial.

Pelo contrário, o esforço empreendido na tentativa de desfiguração, pela Câmara dos Deputados, do projeto de lei que ficou conhecido como *10 Medidas Contra a Corrupção*, e que, caso prosperasse, enfraqueceria o Ministério Público e o Judiciário na execução de suas atribuições no combate a esse tipo de delito, invertendo em sentido diametralmente oposto a finalidade da proposta, demonstra o comprometimento dos congressistas com seus interesses pessoais acima da vontade popular. Embora, ao menos por hora, tenha prevalecido o clamor popular nessa questão⁴⁵.

À parte da perspectiva situacional, há um processo já em curso que pode impactar na retração do capitalismo de laços no Brasil.

Segundo o que se denomina, em tradução livre, modelo princípio-agente (*principle-agent model*), pesam na decisão do eleitor, além da afinidade ideológica, a integridade e a competência do candidato. Assim, o agente político cujas práticas delitivas vêm a público tende a não ser eleito para novos mandatos⁴⁶. Dessa forma, caso se torne a Operação Lava Jato paradigma dos órgãos do sistema de justiça criminal, é provável que os agentes políticos se abstenham de engajar-se em crimes em sua atuação, fazendo retrair o modelo institucional fático atual.

Por fim, partindo-se da teoria de Sutherland, a redução drástica de qualquer espécie de criminalidade é a implementação de um princípio reorganizador capaz de reorientar os padrões de conduta no sentido do bem comum.

Como exposto anteriormente, a criminalidade disseminada é decorrência do processo de associação diferencial, que se desenvolve num ambiente de desorganização social. Segundo Sutherland, a desorganização social em si é um modo de organização social caracterizado pela ausência de objetivos sociais comuns ou uniformidade de normas nos diversos grupos coexistentes⁴⁷.

45 CONSULTOR JURÍDICO. Deputados incluem abuso de autoridade em pacote anticorrupção. *Boletim de Notícias ConJur*, São Paulo, nov. 2016 . Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-30/deputados-incluem-abuso-autoridade-pacote-anticorruptcao>. Acesso em: 7 mar. 2017.

46 CASTANHEIRA, 2010, p. 5.

47 SUTHERLAND, 1960, p. 84.

Em seu trabalho, Sutherland identificou na sociedade ocidental cinco processos tendentes à reorganização social. O primeiro deles, o corporativismo, substituiu o comportamento individualista pelo coletivo, o qual, no entanto, assevera não ter suplantado plenamente o comportamento individualista dentro das próprias entidades corporativas, muitas vezes com casos de integrantes praticando delitos contra a própria entidade de que participam.

As outras tendências identificadas foram a influência dos meios de comunicação, a implementação de regimes nacionalistas totalitários do século XX, o surgimento dos subúrbios nos EUA e a expansão da atividade intelectual e científica⁴⁸.

Sutherland não se aprofunda na discussão dessas tendências, mas aponta que todas elas foram incapazes de eliminar o princípio individualista e, no caso da atividade intelectual, manifesta que seus efeitos são bastante restritos.

A reorganização social, portanto, seria o resultado de uma verdadeira reforma cultural, capaz de substituir o princípio individualista por outro que oriente as condutas dos indivíduos pertencentes à sociedade no sentido de priorizar os fins sociais, aos quais se sujeitariam os objetivos individuais.

Não é o escopo deste artigo ampliar a discussão nesse aspecto, que, por si só, é digno de ser objeto de estudos muito mais profundos e abrangentes. O que se pode dizer é que no Brasil dos nossos dias não é possível identificar qualquer tendência no sentido dessa unificação, fora, talvez, os movimentos anticorrupção que vez por outra eclodem, mas até o momento não demonstraram fôlego suficiente para dar início a um processo tão amplo de reestruturação da sociedade.

O que se conclui, portanto, é que o principal meio, e o único que se vislumbra viável no momento, para combater a expansão do modelo institucional que ora se denomina capitalismo de laços é o sistema criminal, que deve incorporar os ganhos obtidos com a experiência das grandes operações, principalmente da operação Lava Jato, notadamente no emprego dos instrumentos jurídicos disponibilizados pela Lei de Organização Criminosa. Assim, segundo

48 SUTHERLAND, 1960, p. 93.

o mencionado modelo princípio-agente, pode-se iniciar uma tendência à autolimitação dos agentes políticos à prática de crimes com vistas a evitar o decorrente descrédito destes frente aos eleitores juntamente com sua exclusão da vida pública.

Caso seja bem-sucedido esse processo, pode-se pensar na viabilidade das demais medidas mencionadas, já com uma classe política renovada e com novos padrões de conduta tendentes à realização das assim declaradas finalidades do Estado.

Referências

CASTANHEIRA, Micael. CRUTZEN, Benoît S. Y. SAHUGET, Nicolas. Party organization and electoral competition. *The Journal of Law, Economics & Organization*, Volume 26, Issue 2, 2010.

CHANG, Eric C.C. Electoral system district magnitude and corruption. *British Journal of Political Science*, 2005.

CHARRON, Nicholas. Party system, electoral system and constraints on corruption. *QoG Paper Series.2013:23*, Gotemborg, 2010.

COMMITTEE FOR ECONOMIC DEVELOPMENT. *Corruption and the economy in the State of New Mexico*. Arlington, 2016.

FERRO, Ana Luísa de Almeida. Sutherland, a teoria da associação diferencial e o crime de colarinho branco. *De Jure – Revista Jurídica Do Ministério Público De Minas Gerais*, Minas Gerais, n. 11, 2008.

HARBER, Stephen. *Crony capitalism in Latin America*. Palo Alto: Hoover Institution Press, 2002. (Kindle Edition).

MISES, Ludwig Von. *As seis lições*. 7. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2009.

_____. *Ação humana: um tratado de economia*. 3.1. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

SAMUELS, David. Financiamento de campanhas no Brasil e proposta de reforma. *Suffragium – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, n. 4, v. 3, 2006.

SHARAFUTDINOVA, Gulnaz. Crony capitalism and democracy: paradoxes of electoral competition in Russia's region. *Working Paper #335*, Kellogg Institute, DC, feb. 2007.

SUTHERLAND, Edwin H. White-collar criminality. *American Sociological Review*, n. 1, v. 5, 1940.

_____. *Principles of criminology*. 6. ed, Bombay: The Times of India Press, 1960.

YOU, Jong-Sung. Embedded autonomy or crony capitalism? explaining corruption in South Korea, relative to Taiwan and the Philippines, focusing on the role of land reform and industrial policy. *Annual Meeting of the American Political Science Association*, Washington, DC, 2005.

Legitimidade exclusiva do Ministério Público para requerer medidas cautelares durante a investigação criminal em crimes de ação penal pública

Mário Roberto dos Santos

Sumário: 1 Introdução. 2 Sistema processual penal brasileiro. 3 Medidas cautelares processuais penais. 4 Capacidade postulatória exclusiva do Ministério Público para requerer medidas cautelares durante a investigação criminal em crimes de ação penal pública. 5 Conclusão.

1 Introdução

A Constituição da República de 1988 atribuiu ao Ministério Público a função de promover, privativamente, a ação penal pública, daí resultando interpretações diversas acerca do sistema processual penal adotado e as consequências jurídicas decorrentes, tal como a legitimidade para requerer as medidas cautelares na fase da investigação criminal.

Com efeito, costuma-se afirmar que foi adotado o sistema acusatório, mas não de forma pura, ou, ainda, o sistema misto, diante da existência de uma fase inquisitiva pré-processual.

Dessa forma, importante verificar qual o sistema processual penal brasileiro e aferir os órgãos ou pessoas legitimadas a requerer o deferimento das medidas cautelares necessárias ao oferecimento de ações penais públicas.

2 Sistema processual penal brasileiro

A doutrina costuma classificar os sistemas processuais penais em acusatório, inquisitivo e misto, não havendo, porém, uniformidade entre os conceitos apresentados. Ao contrário, características apontadas

por alguns autores como determinantes do sistema inquisitivo apresentam-se para outros como integrantes do sistema acusatório. Essas divergências se devem, de acordo com Mauro Fonseca Andrade, à importação da Sociologia dos denominados tipos ideais – termo construído a partir dos estudos do sociólogo alemão Max Weber, com o objetivo de separar a crença da ciência –, os quais seriam os “conceitos exagerados, genéricos e abstratos criados pelas mais diversas áreas do conhecimento, e que não representam uma realidade histórica e tampouco autêntica”, possuindo, assim, validade relativa¹.

Por isso, esse autor sustenta que, antes de se apresentar a definição desses sistemas, deve-se verificar o significado de sistema jurídico e, conseqüentemente, de seus subsistemas, entre os quais se inclui o sistema processual penal. Com efeito, conclui que o termo sistema jurídico:

[...] pode ser inicialmente definido como a *reunião, conscientemente ordenada, de entes, conceitos, enunciados jurídicos, princípios gerais, normas ou regras jurídicas, fazendo com que se estabeleça, entre os sistemas jurídicos e esses elementos, uma relação de continente e conteúdo, respectivamente*². [Grifos no original].

Nessa perspectiva, os sistemas jurídicos são formados por diversos elementos, os quais não possuem, contudo, o mesmo grau de importância, dando azo à existência de duas categorias, com funções distintas. A primeira categoria seria formada por aqueles considerados

1 ANDRADE, 2013, p. 43 e 48. A respeito das classificações teóricas sem a necessária correspondência histórica, Luigi Ferrajoli destaca: “A distinção entre sistema acusatório e sistema inquisitivo pode ter um caráter teórico ou simplesmente histórico. É necessário precisar que as diferenças identificáveis no plano teórico não coincidem necessariamente com aquelas verificáveis no plano histórico, não sendo sempre logicamente conexas entre si. Por exemplo, se fazem parte tanto do modelo teórico como da tradição histórica do processo acusatório a separação rígida entre 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: como a discricionariedade da ação penal, a elegibilidade do juiz, a sujeição dos órgãos da acusação ao Poder Executivo, a exclusão da motivação dos julgamentos do jurado dentre outros. Por outro lado, se são tipicamente próprios do sistema inquisitivo a iniciativa do juiz em campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução, não o são institutos que nasceram exclusivamente no seio da tradição inquisitória, como a obrigatoriedade e a irrevogabilidade da ação penal, o caráter público dos órgãos de acusação, a pluralidade dos órgãos de jurisdição e a obrigação do juiz de motivar as suas decisões. Essa assimetria foi fonte de confusões múltiplas, pois frequentemente mantiveram-se como essenciais a um ou a outro modelo teórico elementos de fato pertencentes às suas respectivas tradições históricas, mas logicamente não necessários a nenhum dos dois ou com eles incompatíveis” (FERRAJOLI, 2010, p. 518-519).

2 Ibidem, p. 38-39.

obrigatórios, determinantes da “base axiológica” do sistema jurídico, sem os quais restaria descaracterizado, optando Mauro Fonseca Andrade por denominá-los elementos fixos do sistema, ante a ausência de designação doutrinária. Por outro lado, a segunda categoria desses elementos teria a função de permitir a mobilidade e o funcionamento dos sistemas jurídicos, sem afetar sua existência ou identidade, definindo-os como elementos variáveis³.

Passa-se a demonstrar as características dos sistemas acusatório, inquisitivo e misto, com base nas conceituações doutrinárias, com a preocupação de verificação de sua essencialidade, ou não, para a definição do sistema, segundo a classificação acima, fundamentada na realidade histórica.

Eugênio Pacelli de Oliveira leciona que o sistema acusatório se caracteriza, principalmente, pela atribuição a diferentes órgãos das funções de acusação (e investigação) e de julgamento, iniciando-se o processo penal somente após o oferecimento de uma acusação. Logo, nesse sistema, não competiria ao juiz tutelar a qualidade das investigações, deixando o conhecimento judicial do material probatório para o momento de prolação da sentença. Antes do ajuizamento da ação penal, porém, a colheita de provas deve interessar tão somente ao responsável por promovê-la⁴.

Em sentido semelhante, Luigi Ferrajoli define sistema acusatório como o sistema processual:

[...] que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção⁵.

Nessa ordem de ideias, conclui ser a separação entre juiz e acusação o mais importante de todos os elementos constitutivos do sistema acusatório, sendo um dos axiomas do sistema garantista por ele proposto, representado pelo brocardo latino *nullum iudicium sine*

3 ANDRADE, 2013, p. 41.

4 OLIVEIRA, 2016, p. 10.

5 FERRAJOLI, 2010, p. 519-520.

acusatione, formando a primeira garantia orgânica de seu modelo teórico. Salienta, ainda, que essa garantia representa não só o distanciamento do juiz em relação às partes – garantia orgânica –, mas também pressupõe o ônus da contestação e da prova à acusação – que seriam garantias procedimentais do juízo⁶.

Registre-se, por oportuno, que, após profunda pesquisa histórica, Mauro Fonseca Andrade destaca a existência de apenas dois elementos fixos que conferem identidade ao sistema acusatório, quais sejam, o princípio acusatório, referente ao acusador distinto do juiz, e o efeito produzido pelo ajuizamento da acusação, que acarreta o início do processo. O segundo elemento possui fundamental importância para revelar a natureza administrativa da investigação criminal, significando a abertura do processo acusatório o início do julgamento, mediante apresentação de defesa e produção probatória. Elementos como o contraditório, publicidade, oralidade, entre outros, não são imprescindíveis para sua configuração, podendo integrá-lo como elementos variáveis⁷.

De outro lado, o sistema inquisitivo, no escólio de Eugênio Pacelli de Oliveira, reúne em uma só pessoa ou órgão as funções de acusação e julgamento, atuando o juiz também durante a investigação, daí por que o processo se inicia por *noticia criminis*, seguindo-se investigação, acusação e julgamento. Acrescenta, ainda, algumas características já superadas desse modelo, como o “[...] processo verbal e em segredo, sem contraditório e sem direito de defesa, no qual o acusado era tratado como objeto do processo”⁸.

Na mesma linha de pensamento, Rodrigo Antonio Tenório confere caráter pejorativo ao sistema inquisitivo, destacando que “[...] o termo inquisitorial deriva de ‘Inquisição’, uma das mais poderosas ferramentas utilizadas pela Igreja Católica para – ao menos de acordo com o Vaticano – eliminar os hereges e proteger o Cristianismo”. Não se restringia, porém, a perseguições por ofensas religiosas, servindo para o controle de questões políticas, de crenças e assuntos diversos.

6 FERRAJOLI, 2010, p. 522.

7 ANDRADE, 2013, p. 269.

8 OLIVEIRA, 2016, p. 9-10.

Pontua que um dos traços mais marcantes dos sistemas inquisitoriais é a concentração no juiz dos poderes de coletar provas e julgar⁹.

Com efeito, Mauro Fonseca Andrade sustenta que um sistema processual pode ser considerado inquisitivo “[...] sempre que possuir dois elementos fixos: o caráter prescindível da presença de um acusador distinto do juiz, e o fato de o processo ser instaurado por acusação, *notitia criminis* ou de ofício pelo juiz”¹⁰.

Entretanto, adverte que as características antidemocráticas comumente atribuídas ao sistema inquisitivo relacionam-se com alguns momentos históricos em que houve necessidade de imposição de ideias pelo poder central, encontradas em regimes autoritários, monárquicos ou ditatoriais, sendo verdades aplicáveis a alguns modelos desse processo – notadamente o antigo e medieval –, podendo ele ajustar-se a governos democráticos, com respeito de garantias fundamentais do cidadão¹¹.

Não bastasse, evidencia que diversos abusos estiveram presentes em sistemas acusatórios, inclusive a prática da tortura, concluindo ser equivocada a dicotomia estabelecida entre a associação absoluta do sistema acusatório a regimes democráticos e garantistas, bem como a inerente atribuição do sistema inquisitivo a regimes despóticos. Acrescenta, ainda, que o sistema inquisitivo se apresentou como uma necessidade social na história do processo, em duas oportunidades, como alternativa ao sistema acusatório que ameaçava a organização social e a estabilidade do poder central e que se fundamentava em critérios divinos (ordálias) ou de força (duelos) para os julgamentos. Entre as contribuições desse sistema ao direito processual penal, cita o reconhecimento do princípio da persecução penal pública e oficial. Conclui, todavia, ser inegável que o sistema acusatório garante uma magistratura mais imparcial, não sendo desejável o retorno ao sistema inquisitivo¹².

Quanto ao sistema misto, sustenta-se que surgiu no século XIX, em 1808, com o *Code d’instruction criminelle* francês, no qual a

9 TENÓRIO, 2011, p. 19 e 21.

10 ANDRADE, 2013, p. 395.

11 Ibidem, p. 397.

12 Ibidem, p. 398 e 400.

jurisdição se iniciava na fase de investigação, pois era presidida por um magistrado, tal como ocorre no sistema inquisitório, mas com a peculiaridade de que a acusação criminal ficava a cargo do Ministério Público, nos moldes do sistema acusatório, sendo sua denominação decorrente da junção de elementos essenciais a ambos os modelos¹³.

Existem diversas correntes doutrinárias acerca das características desse sistema, cujas definições não guardam correspondência com a realidade histórica e a essencialidade dos elementos apontados para a sua configuração, motivo pelo qual carecem de base científica¹⁴. Por isso, Mauro Fonseca Andrade salienta que esse sistema somente pode surgir da combinação dos elementos fixos dos sistemas acusatório e inquisitivo, anteriormente citados, que seriam seus elementos fixos, sem prejuízo da presença de elementos variáveis dos dois modelos:

Ao final, a configuração do sistema misto seria construída a partir da soma de um elemento fixo de cada sistema processual, quais sejam: a abertura do processo se daria sem a acusação, podendo ocorrer com uma *notitia criminis* ou de ofício pelo juiz (elemento fixo pertencente ao sistema inquisitivo); e a necessária presença de um acusador distinto do juiz (elemento fixo pertencente ao sistema acusatório)¹⁵.

Diante dessas características, esse autor considera que a origem do sistema misto ocorreu durante a Inquisição Espanhola, notadamente nas Instruções de Fernando de Valdes, de 1561. As aludidas instruções previam uma estrutura bifásica, sendo a primeira fase do processo iniciada com *notitia criminis*, visando ao interrogatório do réu sem defensor e ausente o direito de defesa, seguindo-se a segunda fase, após o oferecimento da acusação, quando então seria concedido advogado ao acusado. Em que pese a divergência quanto a sua origem, reverbera que o grande difusor do modelo foi o *Code* de 1808¹⁶.

Digno de nota o posicionamento de Rodrigo Antonio Tenório, que nega a existência de um sistema misto – ou formalmente acusatório –, afirmando coexistirem apenas os modelos adversariais e não adversariais, representativos dos sistemas acusatório e inquisitivo, respectivamente, apresentando a seguinte distinção:

13 OLIVEIRA, 2016, p. 10.

14 ANDRADE, 2013, p. 398 e 422-424.

15 Ibidem, p. 398 e 425.

16 Ibidem, p. 398 e 427-428.

A descrição dos procedimentos aplicados pela Inquisição ilustra um dos mais importantes traços dos sistemas inquisitoriais: a concentração de poderes no juiz, o qual carrega a responsabilidade de coletar provas e julgar o caso. A quantidade de poderes dados aos juízes é inversamente proporcional à alocada nas partes. Por isso, nos modelos inquisitoriais não se concede às partes poder suficiente para que defendam seus interesses. Outra é a distribuição de poder nos modelos adversariais. As partes passam a ser as únicas responsáveis pela coleta e apresentação das provas, enquanto nos modelos acusatórios o Ministério Público é o único sobre quem recai o ônus de provar que um crime foi cometido pelo réu. Já nos inquisitórios, os juízes têm iniciativa probatória antes e durante o processo. É o juiz, e não as partes, o responsável pela prova dos fatos¹⁷.

Discordamos em parte de suas conclusões no que se refere à afirmação de que um sistema processual que possibilita a produção probatória de ofício pelo juiz, durante a instrução do processo, seja necessariamente inquisitivo. Como visto, diversos sistemas acusatórios representativos do *civil law* – direito continental – conferem a possibilidade de o juiz produzir provas de ofício após o início do processo – de forma supletiva, sem substituir-se às partes¹⁸.

Com efeito, a possibilidade ou impossibilidade de produção de provas pelo juiz durante a instrução processual decorre de opção política, relacionada à visão privatista ou publicista do processo. Essas visões são denominadas doutrinariamente como *adversarial system* e *inquisitorial system*, ambas integrantes do sistema acusatório. No *adversarial system*, encontrado em países de cultura anglo-saxônica, a marcha processual e a produção probatória ficam a cargo das partes, prevalecendo a passividade do julgador, na linha do sistema acusatório clássico, daí resultando a cultura adversarial dos países da *Common Law*. Nesse modelo, não há preocupação com os reflexos sociais das decisões judiciais, importando-se a ideologia privatista e liberal para o processo penal. De outro lado, no *inquisitorial system*, a produção probatória conta com participação mais ativa do juiz, pois entendido o processo penal como de interesse de toda a sociedade, motivo pelo qual também é denominado de processo de desenvolvimento oficial, regra da inquisitividade ou princípio da instrução¹⁹.

17 TENÓRIO, 2011, p. 21.

18 ANDRADE, 2013, p. 398 e 228.

19 *Ibidem*, p. 228.

Contudo, na fase da investigação criminal, é inconcebível a iniciativa probatória do juiz em um sistema acusatório – o que se verifica tanto no sistema acusatório clássico quanto no contemporâneo –, pois vulnera o princípio acusatório, um de seus elementos fixos, o qual determina que a investigação e a acusação sejam promovidas por órgão ou pessoa distinto do juiz, com o intuito de garantir sua imparcialidade, conforme já frisado anteriormente²⁰. Assim, nesse sistema, não compete ao juiz produzir provas na fase pré-processual e, pelos mesmos motivos, tutelar a qualidade das investigações²¹.

Não por acaso, reafirmando a opção constitucional pelo sistema acusatório, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 593727/MG, sob o regime de repercussão geral, reconheceu os poderes investigatórios do Ministério Público, conforme será visto posteriormente.

Fixadas essas premissas, conclui-se que o sistema processual pátrio é nitidamente acusatório, pois conferiu legitimidade privativa ao Ministério Público para a promoção da ação penal pública, nos termos do art. 129, I, da Constituição da República, consagrando o princípio acusatório. Ademais, foram conferidos os poderes instrumentais necessários para o oferecimento da acusação, consistente no poder de requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial, além de confiar-lhe o controle externo da atividade policial, na forma dos incisos VII e VIII do referido artigo²². A possibilidade de oferecimento de queixa-crime, nos casos de ação penal privada, configura verdadeiro resquício da era da vingança privada²³.

3 Medidas cautelares processuais penais

As medidas cautelares processuais penais, previstas no Código de Processo Penal e na legislação especial, visam apurar corretamente o fato delituoso, garantir a aplicação da futura e possível sanção penal,

20 ANDRADE, 2013, p. 247 e 264.

21 OLIVEIRA, 2016, p. 11-12.

22 CALABRICH, 2016, p. 1161-1162.

23 LIMA, Marcellus, 2016, p. 65-66.

proteger a sociedade do risco concreto de reiteração delitiva ou, ainda, garantir o ressarcimento do dano causado pelo ilícito penal²⁴.

Tais medidas destinam-se a evitar os efeitos deletérios do tempo sobre a pretensão que se busca no processo, diante da demora na prestação jurisdicional, conciliando dois valores muitas vezes antagônicos perseguidos pela Justiça, quais sejam, celeridade e ponderação, durante toda a persecução penal²⁵.

Para Renato Brasileiro, não é necessário o exercício de uma ação cautelar autônoma, com procedimento próprio, pois a tutela jurisdicional cautelar é prestada por meio das medidas cautelares preparatórias ou incidentais. São, assim, restrições necessárias do Estado Democrático de Direito para garantir a finalidade do processo, evidenciando sua instrumentalidade, mediante coerção estatal²⁶. No mesmo sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira, com base na natureza administrativa da investigação, conclui não haver processo cautelar propriamente dito, apenas um procedimento cautelar para a obtenção de medidas dependentes de autorização judicial²⁷.

Entretanto, concordamos com a lição de Marcellus Polastri Lima acerca da natureza de ação das medidas cautelares processuais penais:

Não obstante, é dominante hoje na doutrina que à ação penal pode-se aplicar a divisão existente no direito processual civil, a saber: ação de conhecimento, cautelar ou executiva, sendo que as ações de conhecimento se subdividiriam em ação declaratória, ação constitutiva e ação condenatória²⁸.

A esse respeito, importante transcrever a reflexão de Wellington Cabral Saraiva acerca da natureza de ação das cautelares processuais penais, porquanto a instrumentalidade é própria das ações dessa natureza, inclusive no direito processual civil:

Tanto a interceptação de comunicações telefônicas quanto, por exemplo, a busca e apreensão têm a finalidade exclusiva de propiciar a coleta de

24 LIMA, Renato, 2016, p. 805.

25 Ibidem.

26 Ibidem.

27 OLIVEIRA, 2016, p. 527.

28 LIMA, Marcellus, 2016, p. 298-299.

elementos para a posterior promoção da ação penal ou do arquivamento. São, portanto, medidas processuais penais de caráter cautelar, com escopo análogo – guardadas as devidas peculiaridades – ao de medidas cautelares previstas na legislação processual civil, como a cautelar de produção antecipada de prova (Código de Processo Civil, arts. 846 e seguintes), a cautelar de busca e apreensão (CPC, arts. 839 e seguintes) e a de exibição (CPC, arts. 844-845). Todas elas, assim como as medidas processuais penais apontadas, têm como razão de ser a reunião de elementos para permitir que o titular do direito de ação a promova, se for o caso²⁹.

O reconhecimento da natureza jurídica de ação cautelar importa na aplicação das condições da ação ao processo cautelar, consistente na possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade *ad causam*, bem como, na lição de Afrânio Silva Jardim³⁰, uma quarta, autônoma, denominada de justa causa, que seria o suporte probatório mínimo da acusação. Conforme será visto no capítulo seguinte, a natureza jurídica de ação possui reflexos importantes na legitimidade para a causa, notadamente na ação cautelar³¹.

As medidas cautelares podem ser de natureza patrimonial ou real, relativas a provas e pessoais.

As patrimoniais ou reais destinam-se à reparação do dano e ao perdimento de bens, como efeito da condenação, podendo recair sobre o patrimônio lícito do réu ou investigado, quanto sobre produto ou proveito de crimes³². São medidas cautelares dessa natureza – patrimoniais ou reais –, por exemplo, o sequestro, o arresto, a hipoteca legal e a restituição de coisas apreendidas, todas previstas no Código de Processo Penal. Observe-se a seguinte distinção: o sequestro, previsto nos arts. 125 e seguintes, recai sobre bens móveis ou imóveis de origem ilícita, adquiridos com proventos da infração penal (proveito do crime, portanto) – no caso de o bem móvel ser produto do crime ou elemento de prova, deverá ser objeto de busca e apreensão (art. 240, alínea *b*, do Código de Processo Penal)³³. De outro lado, o arresto e a hipoteca legal

29 SARAIVA, 2010, p. 161.

30 JARDIM, 1987, p. 35.

31 LIMA, Marcellus, 2016, p. 271 e 276.

32 MENDONÇA, 2011, p. 24.

33 OLIVEIRA; FISCHER, 2011, p. 259, 260 e 267.

recaem sobre bens necessariamente lícitos, visando à recomposição do dano causado pelo delito na esfera cível (responsabilidade civil). A hipoteca legal e o arresto, este como medida preparatória daquela (hipoteca), incidem sobre bens imóveis. Contudo, o arresto também poderá incidir sobre bens móveis, nos casos em que o acusado não possuir bens imóveis ou sejam eles insuficientes³⁴.

Aquelas relativas a provas, por sua vez, destinam-se a acautelá-las durante o procedimento, evitando que sejam ocultadas, destruídas ou que pereçam³⁵, tal como a busca e apreensão de documentos, busca pessoal e domiciliar, produção antecipada de prova testemunhal, entre outras³⁶.

Por último, as pessoais importam em privação (prisão preventiva, temporária etc.) ou restrição da liberdade (outras medidas cautelares constantes do art. 319 do Código de Processo Penal), ambas de forma temporária e excepcional, visando a assegurar a eficácia do processo³⁷.

Costuma-se atribuir as seguintes características às medidas cautelares: instrumentalidade, acessoriedade, provisoriedade, sumariedade, homogeneidade e variabilidade³⁸.

Como dito anteriormente, a instrumentalidade significa que visa a assegurar a efetividade e utilidade dos provimentos futuros do processo principal. Trata-se de instrumentalidade hipotética, analisada com fundamento na probabilidade de êxito da ação principal³⁹.

A acessoriedade decorre da ausência de autonomia da medida cautelar, a qual depende do processo principal, seja ele de conhecimento ou execução. Entretanto, é possível que seja deferida de forma antecedente ao processo principal, durante a investigação, mas sempre levando em conta a instrumentalidade⁴⁰.

34 OLIVEIRA, 2016, p. 321-322.

35 MENDONÇA, 2011, p. 24.

36 LIMA, Renato, 2016, p. 806.

37 Ibidem.

38 MENDONÇA, 2011, p. 27-29.

39 Ibidem, p. 27.

40 LIMA, Renato, 2016, p. 821-822.

Quanto à provisoriedade, refere-se à limitação temporal de vigência das medidas cautelares, podendo ser determinada por certo período de tempo, não podendo ultrapassar o trânsito em julgado, caso em que serão convertidas em medidas definitivas ou revogadas⁴¹.

Por sua vez, a sumariedade diz respeito à profundidade da cognição exercida pelo Juízo, na medida em que demanda análise mais superficial, não exauriente, própria das decisões urgentes e preventivas, não tendo a fundamentação o rigor que exige uma sentença condenatória ou absolutória, bastando a existência de indícios da prática do crime e autoria, bem como uma situação de risco que exija a cautela⁴².

Ademais, as medidas cautelares não podem ser mais gravosas do que o provimento final a ser aplicado, de acordo com a instrumentalidade hipotética, devendo haver correspondência quanto à intensidade e gravidade da pena que possivelmente será aplicada, daí resultando a homogeneidade. Em outros termos, trata-se da aplicação do princípio da proporcionalidade à medida cautelar, levando em conta o provimento final hipotético⁴³.

Também relacionada ao princípio da proporcionalidade, tem-se a variabilidade, que consiste na possibilidade de que a medida cautelar seja alterada ou revogada, caso modificada a situação de fato que lhe originou, de forma a atender aos princípios da adequação e da necessidade, conforme previsto no art. 282, § 5º, do Código de Processo Penal⁴⁴.

São requisitos ou pressupostos para a decretação de medidas cautelares o *fumus boni iuris* – aparência do direito invocado – e o *periculum in mora* – perigo da demora. Assim, o primeiro requisito consiste na “[...] probabilidade ou verossimilhança da prática de um delito por parte do investigado/réu”, enquanto o segundo significa que “[d]eve se demonstrar que a medida pleiteada é urgente e necessária para evitar um perigo a algum bem jurídico relevante para o processo ou para a sociedade”⁴⁵.

41 MENDONÇA, 2011, p. 28.

42 Ibidem.

43 Ibidem, p. 29.

44 Ibidem, p. 27-29.

45 Ibidem, p. 29-30.

Importante destacar que o sequestro – medida cautelar patrimonial ou real, que incide sobre bens móveis ou imóveis adquiridos com proveito da infração penal, de origem ilícita, portanto – pode inclusive ser deferido se o bem estiver em poder de terceiro de boa-fé, na medida em que o perigo da demora, de acordo com Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer, “[...] reside, primeiro, nas dificuldades de recuperação do bem, quando houver a sua alienação, propiciando o repasse e o incremento de uma cadeia de terceiros de boa-fé”, bem como na necessidade de resguardar os direitos patrimoniais do ofendido. A fumaça do bom direito, por sua vez, significa a demonstração da probabilidade da origem espúria do bem, dispondo o art. 126 que, para o deferimento da medida, é necessária a “[...] existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens”. O terceiro afetado pela medida constritiva poderá opor embargos de terceiro perante o juízo criminal, forte no art. 129 do Estatuto Processual Penal⁴⁶.

Os requisitos ou pressupostos para o deferimento de medidas cautelares são o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e o *periculum in mora* (perigo da demora), sendo o primeiro também comumente denominado de *fumus comissi delicti*, que significa a probabilidade ou verossimilhança da prática de um delito. Em relação às medidas cautelares de natureza pessoal, o perigo da demora também é designado como *periculum libertatis*, isto é, perigo de o investigado/acusado permanecer em liberdade.

Nessa perspectiva, *fumus comissi delicti* decorre da existência de conjunto probatório mínimo que aponte para a responsabilidade penal do agente, demonstrando a existência do crime e indícios razoáveis de autoria, em juízo de cognição sumária, enquanto o *periculum libertatis* consiste na demonstração do risco para o processo em caso de não ser aplicada a medida, isto é, quando houver risco para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal, considerados os parâmetros exemplificativos para a aferição do risco, constantes do inciso II do art. 282 do Estatuto Processual Penal. Pontue-se, aqui, que embora esses requisitos não constem expressamente do art. 282 do Código de Processo Penal,

46 OLIVEIRA; FISCHER, 2011, p. 261 e 263-264.

é aplicável a parte final do art. 312 do mesmo Código, inclusive para as medidas cautelares pessoais diversas da prisão⁴⁷.

Logo, a decretação de medidas cautelares pode perseguir três finalidades, constantes do *caput* do art. 282, I, do *Codex*: aplicar a lei penal, assegurar a investigação ou a instrução criminal e neutralizar o risco de prática de crimes. A primeira finalidade visa a evitar o risco concreto de fuga ou a oposição de obstáculo ao cumprimento de sentença condenatória. A segunda objetiva proteger a investigação ou a ação penal da atuação do investigado ou réu, respectivamente, havendo risco demonstrado de destruição de provas, ameaça ou coação a testemunhas, entre outras. A terceira e última, por sua vez, busca evitar o risco de reiteração criminosa, tal como ocorre na decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, prevista no art. 312⁴⁸.

Outrossim, as medidas cautelares devem ser aplicadas em conformidade com os direitos e garantias fundamentais estabelecidos constitucionalmente, passando a doutrina a destacar alguns princípios aplicáveis. Renato Brasileiro elenca os seguintes princípios reitores das medidas cautelares: a) presunção de inocência (ou da não culpabilidade); b) jurisdicionalidade; c) vedação da prisão *ex lege*; e d) proporcionalidade⁴⁹.

No tocante à presunção de inocência, o art. 5º, LVII, da Constituição da República estabelece que ninguém pode ser considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado da sentença condenatória, daí advindo uma regra probatória ou de juízo, consistente na imputação do ônus da prova da prática do delito exclusivamente à acusação, e outra de tratamento, no sentido de que a restrição da liberdade do acusado seja realizada apenas por meio de medidas cautelares, quando presentes seus requisitos, não apenas para as prisões cautelares, mas para qualquer outra medida cautelar de natureza pessoal⁵⁰.

Com mais razão, também não viola o princípio da presunção de inocência a aplicação de medidas cautelares patrimoniais, pois estas têm caráter meramente assecuratório e são dotadas de

47 FONSECA, 2016, p. 1079-1080.

48 MENDONÇA, 2011, p. 32-33.

49 LIMA, Renato, 2016, p. 809-818.

50 *Ibidem*, p. 809-810.

reversibilidade, conforme decidido, exemplificativamente, pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. MEDIDAS ASSECURATÓRIAS. ARRESTO. VIOLAÇÃO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. INOCORRÊNCIA. EXCESSO DA MEDIDA. INOCORRÊNCIA. APELO DESPROVIDO.

1. O seqüestro, o arresto e a especialização da hipoteca legal são medidas assecuratórias aplicáveis ao processo penal. As medidas acautelatórias, em geral, têm natureza patrimonial, sendo sua finalidade principal garantir o ressarcimento ou a reparação civil do dano causado pela infração penal.

2. Ao contrário do que aduz o apelante, a manutenção das medidas cautelares não representa ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), tampouco antecipação da pena, diante de sua reversibilidade e de seu caráter meramente assecuratório. Ademais, em razão da natureza provisória, as medidas impostas somente repercutirão no patrimônio do apelante caso sobrevenha condenação transitada em julgado.

3. Quanto ao argumento do excesso da medida, o mesmo não procede, diante da informação contida na peça acusatória de que *“os benefícios previdenciários obtidos indevidamente através da intermediação da organização criminosa, com a colaboração dos servidores públicos acima referidos causaram vultoso dano ao patrimônio público, estimado em mais de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais)”*.

4. Considerando que são 18 (dezoito) indiciados e foram arrestados os bens do recorrente consistentes em um veículo Chevrolet Montana LS, ano de fabricação/modelo 2012/2013; um veículo GM Vectra SD Expression, ano de fabricação/modelo 2010/2011; R\$ 13.654,19 em conta bancária do Banco Bradesco; e R\$ 218,09 em conta corrente do Banco Caixa Econômica Federal (fl. 221), não se vislumbra excesso na medida adotada pelo r. Juízo *a quo*.

5. Por fim, persistindo os motivos que ensejaram o decreto de constrição e ausentes as hipóteses previstas nos artigos 131 e 141 do Código de Processo Penal, a medida imposta deve ser mantida.

6. Desprovida a apelação.

(TRF3, Apelação Criminal n. 0019379-53.2015.4.03.9999/SP, rel. des. fed. José Lurnadelli, julgada em 26.1.2016, D.E. em 3 fev. 2016).

Por seu turno, o princípio da judicialidade, mais conhecido como cláusula de reserva de jurisdição, constante do art. 5º, inciso LXI,

da Constituição Federal, impõe que toda medida cautelar pessoal – e não apenas as prisões – seja determinada de forma fundamentada pelo Poder Judiciário. Anote-se que, ressalvadas as exceções constitucionais em relação à prisão em flagrante, transgressão militar ou crime propriamente militar, todas as demais somente podem ser decretadas por juízes⁵¹.

Afinal, conforme o escólio de Renato Brasileiro:

Se a Constituição Federal enfatiza que “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens *sem o devido processo legal*” (art. 5º, LIV), que “ninguém será preso senão em flagrante delito *ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente*” (art. 5º, LXI), que “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre *serão comunicados imediatamente ao juízo competente*” (art. 5º, LXII), que “a prisão ilegal *será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária*” (art. 5º, LXV) e que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, *quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança*” (art. 5º, LXVI), fica evidente que a Carta Magna impõe a sujeição de toda e qualquer medida cautelar de natureza pessoal à apreciação do Poder Judiciário⁵². [Grifos no original].

Todavia, com relação às medidas cautelares pessoais, o delegado de Polícia pode conceder fiança nas hipóteses de prisão em flagrante por crime cuja pena privativa de liberdade não seja superior a quatro anos, com fulcro no art. 322 do Código de Processo Penal, realizando-se, assim, o controle judicial posteriormente. Todas as demais medidas cautelares pessoais submetem-se à determinação judicial anterior⁵³.

Decorre da presunção de inocência e da cláusula de reserva de jurisdição a vedação de prisão *ex lege*, isto é, toda a prisão anterior à condenação definitiva possui natureza cautelar, pautada na “[...] necessidade e indispensabilidade da providência”, tendo a Constituição Cidadã rompido com o juízo de antecipação de culpabilidade que orientou o sistema prisional do Código de Processo Penal de 1941 em sua redação original⁵⁴. Após a Reforma de 1967, permaneceram no Código duas hipóteses de prisão legal: “[...] as decorrentes

51 MENDONÇA, 2011, p. 59.

52 LIMA, Renato, 2016, p. 810.

53 MENDONÇA, 2011, p. 60.

54 OLIVEIRA, 2016, p. 498-500.

de sentença condenatória ou de pronúncia [...], desde que o acusado não fosse primário ou não tivesse bons antecedentes”, o que só veio a ser alterado com as Leis n. 11.689/2008 e n. 11.719/2008. Atualmente, há previsão de vedação de concessão de liberdade provisória no art. 44 da Lei n. 11.343/2006, já tendo o Supremo Tribunal Federal reconhecido sua inconstitucionalidade⁵⁵.

Com efeito, o postulado – ou princípio – da proporcionalidade é importantíssimo para a justificação e aplicação das medidas cautelares, pois dele decorrem, de um lado, a proibição de excesso e, de outro, a proibição de proteção insuficiente, como forma de garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais⁵⁶. Apesar de ser incontroverso seu fundamento constitucional, variam os entendimentos acerca de sua origem, conforme bem esclarece Andrey Borges de Mendonça:

Não há dúvidas de que o princípio da proporcionalidade possui fundamento constitucional – seja como decorrência do Estado de Direito, do princípio do devido processo legal em sentido substancial (art. 5º, inc. LIV) – como entende o STF –, seja “da própria estrutura dos direitos fundamentais”, “verdadeiros mandados de otimização” ou, ainda, do caráter objetivo dos direitos humanos⁵⁷.

O postulado da proporcionalidade impõe que as medidas cautelares sejam adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito. O subprincípio da adequação visa a garantir que a medida seja apta a alcançar a finalidade pretendida. A necessidade, por sua vez, implica a eleição, entre as medidas capazes de alcançar o fim almejado, daquela que cause menos restrições a direitos fundamentais. Nessa ótica, a privação ou restrição da liberdade individual somente se justifica quando não existirem outras medidas cautelares que afetem menos intensamente os direitos individuais do acusado ou investigado, sendo a prisão preventiva a *ultima ratio*⁵⁸. Por último, a proporcionalidade em sentido estrito exige que os benefícios decorrentes da medida cautelar sejam superiores às restrições aos direitos individuais restringidos⁵⁹.

55 LIMA, Renato, 2016, p. 813.

56 OLIVEIRA, 2016, p. 506.

57 MENDONÇA, 2011, p. 38.

58 BOTTINI, 2008, p. 462.

59 LIMA, Renato, 2016, p. 815-816.

Anote-se que a proporcionalidade foi expressamente acolhida pelo Código de Processo Penal, ao vedar a imposição de medidas cautelares de natureza pessoal a crimes para os quais não sejam previstas penas privativas de liberdade, nos termos do art. 283, § 1º. Na mesma linha, entre outros, dispõe o art. 313, inciso I, ser cabível a prisão preventiva apenas nos casos de crimes dolosos contra a vida com previsão de pena máxima superior a 4 (quatro) anos, considerando-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal⁶⁰.

Importante mencionar que, anteriormente à reforma processual promovida pela Lei n. 12.403/2011 no regime das medidas cautelares, o juiz não dispunha de instrumentos suficientes para a observância do princípio ou postulado da proporcionalidade na fixação da cautela, já que não havia a previsão de medida cautelar alternativa à prisão processual. Por isso, Pierpaolo Bottino, ao comentar o Projeto de Lei n. 111/2008, que deu origem à Lei n. 12.403/2011, advertiu que “[...] ou é decretada a privação de liberdade do acusado, ou não se aplica medida alguma. Não há um meio-termo. Não há medida de proporcionalidade possível”. Com o novo regime, o juiz dispõe de uma ampla gama de medidas cautelares para a sua adequação ao caso concreto, possibilitando o atendimento ao princípio da proporcionalidade em suas duas vertentes: proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente. Rompeu-se, portanto, com a dualidade ou bipolaridade então vigente, que consistia na aplicação da prisão processual ou ausência de medidas cautelares⁶¹. Com a redação dada aos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal, ampliou-se sobremaneira o rol de medidas cautelares pessoais à disposição do juízo⁶².

Assim, esses e outros dispositivos concretizam o aludido princípio, contribuindo para que haja homogeneidade entre a medida cautelar eventualmente aplicada e a sanção penal que seria aplicável ao final, com base na instrumentalidade hipotética já mencionada.

60 OLIVEIRA, 2016, p. 508.

61 BOTTINI, 2008, p. 462.

62 LIMA, Renato, 2016, p. 815.

4 Capacidade postulatória exclusiva do Ministério Público para requerer medidas cautelares durante a investigação criminal em crimes de ação penal pública

Discute-se acerca da possibilidade de o delegado de Polícia representar diretamente ao Juízo solicitando o deferimento de medidas cautelares na fase de investigação criminal ou se, diversamente, somente o Ministério Público teria legitimidade para tanto, na condição de titular privativo da ação penal pública.

De fato, a legislação processual penal – editada no ano de 1940, muito tempo antes das novas regras da Constituição Federal de 1988 – expressamente confere ao delegado de Polícia a prerrogativa de representação, conforme previsto nos arts. 127; 282, § 2º; e 311, todos do Código de Processo Penal. Ainda, há previsão semelhante na Lei n. 9.296/1996, art. 3º, I; Lei n. 9.613/1998, art. 4º; Lei n. 11.343/2006, art. 60; Lei n. 12.850/2013, art. 15; entre outros.

Assim, além da previsão expressa em diversos dispositivos legais, argumenta-se que a investigação criminal tem natureza administrativa e, dessa forma, não haveria um processo cautelar propriamente dito, com a autonomia existente no direito processual civil, mas mero procedimento cautelar para o deferimento judicial de medidas que se submetem à cláusula de reserva de jurisdição⁶³. Logo, seriam constitucionais os dispositivos legais que conferem legitimidade ao delegado de Polícia para representar ao juízo pelo deferimento de medidas cautelares⁶⁴.

Contudo, entendemos que essa não é a melhor interpretação, conforme se passa a expor.

A Constituição da República consagrou o sistema processual penal acusatório em seu art. 129, inciso I, ao atribuir ao Ministério Público a função de promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei, com a consequente separação das funções

63 LIMA, Renato, 2016, p. 805.

64 OLIVEIRA, 2016, p. 527.

de investigar, acusar e julgar⁶⁵, daí resultando que “[...] não cabe ao juízo tutelar a qualidade da investigação [...]”, exercendo nessa fase exclusivamente o papel de garantidor das liberdades públicas, ao decidir acerca do deferimento das medidas cautelares pleiteadas submetidas à cláusula de reserva de jurisdição⁶⁶.

O Supremo Tribunal Federal, por ambas as Turmas e pelo Pleno, reconhece a adoção do sistema processual penal acusatório pela Constituição Federal de 1988, conforme se vê das ementas dos seguintes julgados:

PENAL E PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA. CONEXÃO. INEXISTÊNCIA. ADITAMENTO DA DENÚNCIA. SISTEMA ACUSATÓRIO. 1. O princípio acusatório é vulnerado de forma reflexa nas hipóteses em que a decisão do magistrado, após a manifestação do Ministério Público Federal no sentido de remessa dos autos ao juízo competente, determina o aditamento da denúncia para incluir fatos constantes do relatório policial em função da conexão. 2. O sistema acusatório confere ao Ministério Público, exclusivamente, na ação penal pública, a formação do *opinio delicti*, separando a função de acusar daquela de julgar. 3. A conexão permite o Juízo disputar a competência para julgamento do feito, mas não o autoriza, a pretexto do liame probatório, a superar o *dominus litis*, o Ministério Público, e determinar o oferecimento de denúncia contra o impetrante, formulando prévio juízo de culpa, gerador de nulidade processual. 4. A conexão intersubjetiva ou instrumental decorrente de encontro fortuito de prova que nada tem a ver com o objeto da investigação principal não tem o condão de impor o *unum et idem iudex*, máxime com vulneração do princípio acusatório. 5. A conexão no processo dá-se em favor da jurisdição de modo a facilitar a colheita da prova, evitar decisões contraditórias e permitir cognição mais profunda e exauriente da matéria posta a julgamento. O simples encontro fortuito de prova de infração que não possui relação com o objeto da investigação em andamento não enseja o *simultaneus processus*. 6. *In casu*, durante a “Operação Abate” que investigava fraude na obtenção de selo sanitário em frigoríficos no estado de Rondônia, descobriu-se esquema de corrupção envolvendo diversos órgãos federais e estaduais, autarquias e instituições financeiras públicas e privadas com a finalidade de obtenção de vantagem ilícita pelas empresas da família Bihl, no estado do Mato Grosso. O impetrante, ex-funcionário do Ministério da Integração Nacional, supostamente emitiu cartas de anuência mediante fraude para facilitar a formalização de hipo-

65 LIMA, Marcellus, 2016, p. 97.

66 OLIVEIRA, 2016, p. 11.

teca pelas empresas do Grupo Bihl. 7. Recurso parcialmente provido para remeter o aditamento da denúncia, apenas em relação ao recorrente, à Justiça Federal no Distrito Federal, com traslado integral dos autos.

(STF, Primeira Turma, Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 120379/RO, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 26.8.2014, por maioria, publicado no *DJe* em 24 out. 2014).

Resolução nº 23.396/2013, do Tribunal Superior Eleitoral. Instituição de controle jurisdicional genérico e prévio à instauração de inquéritos policiais. Sistema acusatório e papel institucional do Ministério Público. 1. Inexistência de inconstitucionalidade formal em Resolução do TSE que sistematiza as normas aplicáveis ao processo eleitoral. Competência normativa fundada no art. 23, IX, do Código Eleitoral, e no art. 105, da Lei nº 9.504/97. 2. A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal. Precedentes. 3. Parâmetro de avaliação jurisdicional dos atos normativos editados pelo TSE: ainda que o legislador disponha de alguma margem de conformação do conteúdo concreto do princípio acusatório – e, nessa atuação, possa instituir temperamentos pontuais à versão pura do sistema, sobretudo em contextos específicos como o processo eleitoral – essa mesma prerrogativa não é atribuída ao TSE, no exercício de sua competência normativa atípica. 4. Forte plausibilidade na alegação de inconstitucionalidade do art. 8º, da Resolução nº 23.396/2013. Ao condicionar a instauração de inquérito policial eleitoral a uma autorização do Poder Judiciário, a Resolução questionada institui modalidade de controle judicial prévio sobre a condução das investigações, em aparente violação ao núcleo essencial do princípio acusatório. 5. Medida cautelar parcialmente deferida para determinar a suspensão da eficácia do referido art. 8º, até o julgamento definitivo da ação direta de inconstitucionalidade. Indeferimento quanto aos demais dispositivos questionados, tendo em vista o fato de reproduzirem: (I) disposições legais, de modo que inexistiria *fumus boni juris*; ou (II) previsões que já constaram de Resoluções anteriores do próprio TSE, aplicadas sem maior questionamento. Essa circunstância afastaria, quanto a esses pontos, a caracterização de *periculum in mora*.

(STF, Tribunal Pleno, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5104 MC/DF, rel. min. Roberto Barroso, julgamento em 21.5.2014, por maioria, publicado no *DJe* em 30 out. 2014).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. REQUISICÃO DE INDICIAMENTO PELO MAGISTRADO APÓS O RECEBIMENTO DENÚNCIA. MEDIDA INCOMPATÍVEL COM O SISTEMA ACUSATÓRIO IMPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. INTELIGÊNCIA DA LEI 12.830/2013. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. SUPERAÇÃO DO ÓBICE CONSTANTE NA SÚMULA 691.

ORDEM CONCEDIDA. 1. Sendo o ato de indiciamento de atribuição exclusiva da autoridade policial, não existe fundamento jurídico que autorize o magistrado, após receber a denúncia, requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento de determinada pessoa. A rigor, requisição dessa natureza é incompatível com o sistema acusatório, que impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória. Doutrina. Lei 12.830/2013. 2. Ordem concedida.

(STF, Segunda Turma, Habeas Corpus n. 115015/SP, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 27.8.2013, por unanimidade, publicado no *DJe* em 12 set. 2013).

Nesse modelo, destaca Wellington Cabral Saraiva:

[...] a imparcialidade do juiz avulta em importância e ressalta a competência das partes para produzir a prova de suas alegações. [...] A titularidade da acusação implica a atribuição do ônus da imputação (*nullum crimen sine accusatione*) e do ônus probatório (*carga probandi*) ao Ministério Público, um dos elementos essenciais do sistema acusatório, como pondera Ferrajoli. Por conseguinte, é lógica e teleologicamente inevitável que a direção da investigação caiba a quem tem esse ônus, pois é seu interesse a prova da acusação⁶⁷.

Não por acaso, reafirmando a opção constitucional pelo sistema acusatório, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no Recurso Extraordinário n. 593727/MG, sob o regime de repercussão geral, que o Ministério Público dispõe de competência para promover investigações criminais, com a criação de súmula sobre a matéria:

Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Constitucional. Separação dos poderes. Penal e processual penal. Poderes de investigação do Ministério Público. [...]

4. Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação

67 SARAIVA, 2010, p. 152-153.

criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”. Maioria. 5. Caso concreto. Crime de responsabilidade de prefeito. Deixar de cumprir ordem judicial (art. 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei nº 201/67). Procedimento instaurado pelo Ministério Público a partir de documentos oriundos de autos de processo judicial e de precatório, para colher informações do próprio suspeito, eventualmente hábeis a justificar e legitimar o fato imputado. Ausência de vício. Negado provimento ao recurso extraordinário. Maioria.

(STF, Tribunal Pleno, rel. min. Cezar Peluso, rel. para o acórdão min. Gilmar Mendes, julgamento em 14.5.2015, por maioria, publicado no *DJe* em 8 set. 2015).

A propósito, a investigação criminal não tem por finalidade a produção de prova de um crime, mas fornecer os subsídios necessários para o oferecimento de acusação minimamente fundamentada pelo Ministério Público, nos casos de ação penal pública, ou pelo querelante, nos casos de ação penal privada. Busca evitar, assim, acusações temerárias, até porque a comprovação de um crime exige o respeito a todas as garantias constitucionais do réu, a qual somente pode ocorrer em juízo, após a instrução processual. Com esses fundamentos, conclui Bruno Calabrich

[...] que a instrução preliminar tem como objetivo permitir o exercício da ação penal de forma responsável, seja pelo particular, seja pelo Estado. Por esse mesmo fundamento, pode-se afirmar, sem sombra de incertezas, que toda e qualquer investigação criminal é destinada a fornecer subsídios ao ente legitimado à acusação, para que esse legitimado, conforme o caso, promova a ação cabível ou o arquivamento do procedimento apuratório respectivo⁶⁸.

68 CALABRICH, 2010, p. 90-91.

Outrossim, não pode o juiz determinar medidas cautelares de ofício na fase investigatória visando à sua qualidade e eficácia, sob pena de arvorar-se nas atividades do órgão incumbido da acusação – o Ministério Público, nas ações penais públicas –, na medida em que deverá anteciper juízo valorativo acerca da ocorrência do ilícito penal, perdendo, por consequência, sua imparcialidade, ferindo o princípio acusatório, de inspiração garantista. Por isso, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei n. 9.034/1995, nos autos da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 1.570-2, sob o fundamento de que a realização de investigações pessoais por magistrado afeta sua imparcialidade e usurpa função constitucionalmente atribuída ao *Parquet*⁶⁹.

Controverte-se, porém, acerca da possibilidade de determinar, de ofício, a conversão do flagrante em preventiva, conforme prevê o art. 310, II, do Código de Processo Penal. Há quem sustente que a determinação da conversão do flagrante em prisão preventiva, de ofício, pelo juiz, ofende o sistema acusatório, sob o fundamento de que, ao assim agir, “[...] apontando a periculosidade do acusado para a ordem processual ou mesmo sua potencial inclinação para novos delitos, já não está apto a avaliar os fatos com a isenção necessária”⁷⁰. Aliás, essa parece ter sido a opção legislativa materializada no art. 282, § 2º, do aludido *Codex*⁷¹, com o que concordamos. Em sentido diverso, argumenta-se que a conversão da prisão em flagrante em preventiva, para a preservação da ordem pública ou para garantir a aplicação da lei penal, não ofende o sistema acusatório, em razão da gravidade (interesse público) emanada do auto de prisão em flagrante⁷².

A jurisprudência, por sua vez, vem referendando a segunda corrente, que admite a conversão do flagrante em prisão preventiva, de ofício, pelo juiz, conforme se vê, a título exemplificativo, das seguintes decisões do Superior Tribunal de Justiça:

[...] 1. Na fase investigativa da persecução penal, o decreto de prisão preventiva não prescinde de requerimento do titular da ação penal – Ministério Público ou querelante –, ou, ainda, de representação do ór-

69 MENDONÇA, 2011, p. 64.

70 BOTTINI, 2008, p. 461.

71 OLIVEIRA; FISCHER, 2011, p. 569.

72 OLIVEIRA, 2016, p. 575.

ção responsável pela atividade investigatória para que possa ser efetivada pelo magistrado, sob pena de violação à imparcialidade do juiz, da inércia da jurisdição e do sistema acusatório.

2. Contudo, a impossibilidade de decretação da prisão preventiva *ex officio* pelo juiz na fase investigativa não se confunde com a hipótese dos autos, retratada no art. 310, II, do CPP, que permite ao magistrado, quando do recebimento do auto de prisão em flagrante, e constatando ter sido esta formalizada nos termos legais, convertê-la em preventiva quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP. Isso porque a conversão da prisão em flagrante, nos termos já sedimentados por ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, pode ser realizada de ofício pelo juiz. [...] (RHC n. 66.680-MG, STJ, 6ª Turma, unânime, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 23.2.2016, publicado no *DJ* em 2 mar. 2016).

[...] O magistrado singular, mesmo sem provocação da autoridade policial ou da acusação, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá, quando presentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, converter a prisão em flagrante em preventiva, em cumprimento ao disposto no art. 310, II, do mesmo Código. [...] (Recurso em Habeas Corpus n. 56.649-BA, STJ, 5ª Turma, unânime, julgado em 28.6.2016, publicado no *DJ* em 3 ago. 2016).

Acrescente-se que, além da vedação de decretação de medidas cautelares de ofício pelo juiz – com a ressalva acima, quanto às hipóteses de conversão do flagrante em preventiva para a garantia da ordem pública e aplicação da lei penal –, é o próprio Ministério Público quem possui a última palavra acerca da existência de indícios suficientes para o oferecimento da ação penal, não podendo ser obrigado a sua propositura. Assim, nos casos em que não for homologada a promoção de arquivamento promovida pelo *Parquet*, em razão de discordância do Juízo – função anômala decorrente da obrigatoriedade da ação penal –, o juízo definitivo sobre o oferecimento da acusação caberá à própria instituição, por meio do Procurador-Geral de Justiça, na esfera estadual, ou da Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal com atribuição criminal respectiva, na esfera federal – já que as 2ª, 4ª, 5ª e 7ª Câmaras possuem atribuições criminais atualmente –, com fundamento no art. 28 do Código de Processo Penal e art. 62, IV, da Lei Complementar n. 75/1995, respectivamente⁷³.

73 MENDONÇA, 2011, p. 64.

Aliás, a promoção de arquivamento apresentada pelo Procurador-Geral da República, fundada na ausência de elementos de informação suficientes para o oferecimento da denúncia – ausência de justa causa – não pode ser recusada, sendo certo que

[...] nesses casos, nada há que o tribunal possa fazer, ainda que dela discorde, nem lhe cabe sequer examinar os fundamentos da promoção, muito menos determinar que outro membro ofereça denúncia, sob pena de nulidade radical da ação penal⁷⁴.

Diversamente, nos casos em que a decisão de arquivamento é apta a gerar coisa julgada material – reconhecimento da atipicidade ou causa extintiva da punibilidade –, o Supremo Tribunal Federal tem entendido ser possível analisar o mérito da promoção de arquivamento. A mesma solução é adotada nos pedidos de arquivamento formulados pelos Procuradores-Gerais de Justiça e Subprocuradores-Gerais da República que representam o Ministério Público perante o Superior Tribunal de Justiça, pois estes atuam por delegação do Procurador-Geral da República⁷⁵.

Cumprе gizar que o Conselho da Justiça Federal reconheceu expressamente que o sistema acusatório foi adotado pela Constituição Federal de 1988, assim como a incumbência do Ministério Público de exercer o controle externo da atividade policial, determinando o trâmite direto de inquéritos policiais entre a Polícia Federal e o Ministério Público Federal, por meio da Resolução n. 63/2009, somente sendo admitidos os autos do inquérito policial nas varas federais para registro, quando concluídos ou com requerimento de prorrogação de prazo, por ocasião da primeira remessa ao Ministério Público Federal, sem necessidade de distribuição (art. 2º), ou nas hipóteses do art. 1º, em que haverá registro, inserção no sistema processual informatizado e distribuição, tendo em vista tratar-se de situações em que haverá atividade jurisdicional a ser exercida⁷⁶.

Outrossim, o delegado de Polícia não é parte da relação processual, não tendo, pois, legitimidade nem capacidade postulatória para propor ação cautelar. Aliás, a polícia criminal “[...] não possui capacidade postulatória nem legitimidade para promover ação penal de espécie

74 SARAIVA, 2010, p. 157.

75 LIMA, Renato, 2016, p. 170-171.

76 Resolução n. 63/2009 do Conselho da Justiça Federal.

alguma, seja condenatória, executória, seja cautelar⁷⁷, sendo indispensável o impulso do Ministério Público, titular da ação penal.

A concessão de medidas cautelares sem requerimento do titular da ação penal, mediante representação da polícia, implica potencial lesão ao princípio – ou postulado – da proporcionalidade, pois a restrição a direitos fundamentais poderá se mostrar indevida ou desnecessária diante do posicionamento do Ministério Público, se este concluir, por exemplo, pela atipicidade da conduta ou ocorrência de prescrição⁷⁸.

Tanto é assim que, indeferida a medida pleiteada, não possui o delegado de Polícia capacidade processual e legitimidade para recorrer. Significa, assim, que o deferimento de medida cautelar nessas hipóteses, sem requerimento do *dominus litis*, implica, ao fim e ao cabo, deferimento de medida cautelar *ex officio* pelo magistrado, o que, como vimos, contraria o sistema acusatório⁷⁹.

Contudo, inadmissível a existência de poderes absolutos, daí por que a legitimidade exclusiva não pode significar ausência de controle e revisão, sendo a sindicabilidade do ato ministerial fundamental⁸⁰.

Diante da necessidade de controle, em caso de negativa de requerimento da medida cautelar objeto da representação, deve o membro do Ministério Público promover o arquivamento da representação da polícia, caso dirigida diretamente à instituição – independentemente da conclusão da investigação, dada a urgência da revisão, para não comprometer a eficácia da medida –, com o intuito de provocar a revisão do entendimento pela Procuradoria-Geral de Justiça, na esfera estadual, ou pela Câmara de Coordenação e Revisão Criminal respectiva, na esfera federal, forte na aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal e art. 62, IV, da Lei Complementar n. 75/1993, respectivamente. De outro lado, se formulada diretamente em juízo, como de praxe, caso não encampada a representação pelo Ministério Público, que possui capacidade postulatória, havendo discordância do Juízo, poderá ser provocado o controle dos órgãos de revisão mencionados, sob o mesmo fundamento.

77 SARAIVA, 2010, p. 162.

78 Ibidem.

79 MENDONÇA, 2011, p. 69.

80 Ibidem, p. 69-70.

5 Conclusão

O art. 129, inciso I, da Constituição Federal de 1988 reconheceu a titularidade privativa do Ministério Público para a promoção da ação penal pública, na forma da lei, prevendo, por conseguinte, a separação entre as funções de acusar, julgar e defender, com a consequente adoção do sistema acusatório de processo penal.

Dessa forma, tendo o processo penal ações de conhecimento, cautelares e de execução, da mesma forma que o processo civil, respeitadas suas especificidades, a legitimidade para requerer medidas cautelares em ações penais públicas é exclusiva do Ministério Público, órgão legítimo para a propositura da ação condenatória, bem como o destinatário dos elementos de convicção colhidos no âmbito da investigação criminal, inclusive no inquérito policial.

Nesse contexto, absolutamente incompatível com o sistema acusatório a produção de provas de ofício pelo juiz durante a investigação do fato delituoso, pois implicaria perda de imparcialidade decorrente do princípio acusatório, somente podendo exercer jurisdição nesta fase por provocação da parte – o Ministério Público, na ação penal pública –, para a análise dos pleitos cautelares, com a função de tutelar as liberdades públicas, jamais a qualidade da investigação.

Outrossim, o delegado de Polícia não possui capacidade postulatória para requerer medidas cautelares, pois não é parte processual, motivo pelo qual não se lhe reconhece legitimidade para recorrer das decisões judiciais que indeferem tais medidas. Ainda, sendo o Ministério Público o destinatário da investigação, cabe-lhe decidir acerca das medidas necessárias para o oferecimento da acusação, bem como ponderar os riscos e benefícios da linha investigatória, já que é o detentor do ônus da imputação.

Em que pese a legislação infraconstitucional reconhecer a capacidade postulatória do delegado de Polícia, deve-se interpretá-la de acordo com a Constituição da República, e não o inverso, pois esta se situa no ápice da estrutura piramidal do ordenamento jurídico. Assim, no sistema acusatório, a representação para a obtenção de medidas cautelares deve dirigir-se ao Ministério Público – interpretação conforme a

Constituição –, parte legitimada a promover a ação e responsável por definir a estratégia de atuação, decorrente do ônus da imputação.

No âmbito do Ministério Público Federal, a 2ª Câmara de Coordenação decidiu, nos autos do Procedimento n. 1.00.001.000095/2010, que a autoridade policial não possui legitimidade para representar diretamente ao juiz, tendo o Ministério Público legitimidade exclusiva para requerer medidas cautelares, daí porque a prova produzida a partir de representação policial, sem o requerimento do titular da ação penal, seria ilícita. Esse entendimento foi sufragado pelo Conselho Superior do Ministério Público Federal.

Diante da necessidade de controle, em caso de negativa de requerimento da medida representada, deve o membro do Ministério Público promover o arquivamento da representação da polícia, caso dirigida diretamente a ele, com o intuito de provocar a revisão do entendimento pela Procuradoria-Geral de Justiça, na esfera estadual, ou pela Câmara de Coordenação e Revisão Criminal respectiva, na esfera federal, forte na aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal e art. 62, IV, da Lei Complementar n. 75/1993, respectivamente. De outro lado, caso formulada diretamente em juízo, como de praxe, caso não encampada a representação pelo Ministério Público, que possui capacidade postulatória, em caso de discordância do juízo, poderá ser provocado o controle dos órgãos de revisão mencionados, sob o mesmo fundamento.

Referências

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

BOTTINI, Pierpaolo. Medidas cautelares – Projeto de Lei 111/2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. Investigação criminal pelo Ministério Público: uma renitente e brasileira polêmica. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD,

Nelson (Orgs.). *Temas atuais do Ministério Público*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. Pequenos mitos sobre a investigação criminal no Brasil. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FONSECA, Gustavo de Carvalho. O princípio da proporcionalidade e as medidas cautelares pessoais no processo penal. In: VITORELLI, Edilson (Org.). *Temas atuais do Ministério Público Federal*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral; MENDONÇA, Andrey Borges de. *Manual do Procurador da República: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2013.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública*. Princípio da obrigatoriedade. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução criminal*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARAIVA, Wellington Cabral. Legitimidade exclusiva do Ministério Público para o processo cautelar penal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2010.

TENÓRIO, Rodrigo Antonio. *A ineficiência gerada pela tradição inquisitorial: estudo dos sistemas brasileiro, americano e italiano*. Curitiba: Juruá, 2011. (Coleção Eficiência no Processo Penal).

Ministério Público: crise de racionalidade e cultura de inteligência

Natália Angélica Chaves Cardoso

Não clama porventura a sabedoria, e a inteligência não faz ouvir sua voz?
(Provérbios 8:1)

Sumário: 1 Introdução. 2 Desenvolvimento. 2.1 Crise: direito penal liberal vs. sociedade de risco. 2.2 Cultura e inteligência. 2.3 Dificuldades da logística informacional. 3 Conclusão.

1 Introdução

Poucos são os estudiosos da atividade de inteligência no Brasil. Por esse motivo é possível inferir que a inteligência clássica ou inteligência de Estado, por seu acesso restrito, seria o tão falado “apanágio dos nobres”¹, a ser administrado pela excelência dos recursos humanos das sociedades a fim de assessorar o processo decisório e salvaguardar interesses nacionais.

Todavia, sem perder seu caráter seletivo, com o fomento à cientificidade a noção de inteligência de Estado passou a ser aplicada a órgãos públicos em geral, adequando-se à suas finalidades estatais específicas, notadamente no âmbito da segurança pública e da fiscalização², tornando possível cogitar-se de uma inteligência própria do Ministério Público.

A instituição ministerial, diante do *status* constitucional e relevante papel para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático

1 Expressão atribuída a Walter Nicolai, coronel que chefiou a inteligência militar alemã durante a I Guerra Mundial, duas décadas depois da morte do chanceler Otto Von Bismarck: “A inteligência é um apanágio dos nobres. Confiada a outros, desmorona”.

2 PACHECO, 2016.

e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e, em especial, do seu tradicional *múnus* acusatório criminal, deve, portanto, ser instigada a um contínuo aperfeiçoamento de seus recursos de inteligência, em auxílio e integração aos meios investigatórios já existentes, visando a oferecer subsídios às investigações, em nível tático, e a estimar a efetiva implantação de políticas públicas³, em nível estratégico.

O objetivo do presente trabalho é, acompanhando a tendência mundial de compartilhamento informacional, e o atual quadro de crise do direito penal liberal, advertir para a necessidade de desenvolvimento de uma verdadeira cultura de inteligência no âmbito do Ministério Público, mediante o emprego de tecnologia adequada, a fim de racionalizar o trato da informação bruta para fazer frente e se antecipar às demandas oriundas da macrocriminalidade organizada.

Para tanto, a partir da exposição de contingências do Sistema de Justiça Criminal, à luz da Teoria da Sociedade de Risco, de Ulrich Beck⁴, e de uma tentativa de definição da inteligência na pós-modernidade, serão indicadas algumas das rotineiras dificuldades enfrentadas em logística informacional que retardam a corporificação de uma racionalidade eficiente no agir institucional e finalístico do Ministério Público da União, as quais deverão ser contornadas para o aperfeiçoamento, em geral, das atividades da instituição.

2 Desenvolvimento

2.1 Crise: direito penal liberal vs. sociedade de risco

Fala-se hoje em uma contemporaneidade marcada por crise de racionalidade⁵, compreendendo-se aí a transformação contínua e rápida propiciada pelas novas estruturas de comunicação, de re-

3 “A função do Ministério Público não comporta somente a atuação para corrigir os atos comissivos da administração que porventura desrespeitem os direitos constitucionais do cidadão, mas também a correção dos atos omissivos, ou seja, para a implantação efetiva de políticas públicas visando a efetividade da ordem social prevista na Constituição Federal de 1988” (FRISCHEISEN, 2000, p. 118).

4 BECK, 2011.

5 Segundo Carvalho Netto, a sociedade moderna é uma sociedade que se alimenta da sua própria transformação; ao lidar racionalmente com os riscos da sua instabilidade, ela faz da própria mutabilidade o seu moto propulsor (CARVALHO NETTO, 2004, p. 340).

gulação e de cooperação que acompanham o processo de globalização e de revolução tecnológica.

Atento a essas modificações das relações de tempo e espaço, Ulrich Beck, em sua teoria social prospectiva, cunhou a expressão “sociedade de risco” para expor “o fim de todas as bem cultivadas possibilidades de distanciamento”⁶, ao argumento de que, ao longo de sua transformação tecnológico-industrial e de sua comercialização global, a natureza foi absorvida pelo sistema industrial, deixando-nos praticamente indefesos e infensos às fronteiras reais ou simbólicas.

Para o teórico, “a progressiva radicalização dos processos de modernização, ‘tecnização’, e ‘economicização’ gera consequências que erodem e põem em questão justamente o programa institucionalizado de cálculo dos efeitos colaterais”⁷.

Nesse sentido, os riscos, considerados efeitos colaterais latentes, já não podem ser limitados geograficamente ou em função de grupos específicos. Pelo contrário, contêm uma tendência globalizante que atravessa fronteiras nacionais e, com um novo tipo de dinâmica social e política, faz surgir ameaças globais supranacionais, e independentes de classe⁸.

Ulrich Beck adverte que “os riscos civilizatórios são um barril de necessidades sem fundo, interminável, infinito, autoproduzível”, e ainda autorreferencial, nos dizeres de Luhmann. O que até então era tido por apolítico torna-se político na medida de seu impacto geral, e sua prevenção e manejo podem acabar envolvendo uma reorganização do poder e da responsabilidade⁹.

Dito isso, em matéria de Sistema de Justiça Criminal e de atuação do Ministério Público, as transformações sociais e políticas que acontecem no mundo nos convidam a refletir sobre os conceitos e fundamentos da ciência do direito penal, e a repensar a compreensão das categorias jurídicas à luz das novas necessidades e contingências

6 BECK, 2011, p. 7.

7 Ibidem, p. 119.

8 Ibidem, p. 27. Segundo o autor, é possível cogitar-se de um “efeito bumerangue”, que implode o esquema de classes, ao admitir que eventuais beneficiários ou causadores do risco venham a ser posteriormente alcançados por eles, em verdadeira socialização dos riscos.

9 Ibidem, p. 28.

sociais, mormente quando ainda prepondera no Brasil legislação concebida a partir de uma visão individualista da criminalidade.

A toda evidência, o Direito Penal, de gênese liberal e amoldado a uma percepção de crime como lesão a bens jurídicos individuais, tem apresentado certa fragilidade em suas estruturas para a repressão de uma criminalidade lesiva de bens difusos, sejam de caráter transnacional ou internacional¹⁰, como bem adverte Oliveira¹¹:

[...] a criminalidade organizada, no campo econômico-empresarial, assume proporções inimagináveis nos séculos XIX e XX (origem do Direito Penal Ocidental Moderno enquanto ramo autônomo das “ciências jurídicas”). *A criminalidade organizada atual, à qual se pode agregar o atributo criminalidade econômica, possui o sistema financeiro global como instrumental e objeto, em todas as fases do complexo criminógeno. Ao contrário da criminalidade tradicional (individualista), a criminalidade empresarial econômica organizada atinge bens jurídicos difusos e coletivos, bem por isso possui maior potencial danoso a valores socialmente protegidos; porém, contraditoriamente, nem sempre, – ou raras vezes, ou ainda, quase nunca –, recebe um tratamento (resposta) proporcional à afetação que provoca, ou tem potencial para. Aliás, há uma imensa – senão estranha – dificuldade da dogmática tradicional em lidar com lesões difusas e coletivas na instância penal, fazendo-se imperiosa sua revisitação crítica, tal como ocorre, verbi gratia, na autoria coletiva empresarial, crise do dolo na concepção tradicional, contornos de responsabilidade nos delitos especiais de dever (pela via da omissão penalmente relevante, domínio do fato ou cegueira deliberada), apenas para ficar em algumas tormentosas questões atuais da dogmática crítica, com reflexos práticos indiscutivelmente relevantes. A potencialização da perspectiva criminal econômica, ao lado da sistêmica crise do sistema penitenciário corporal (na vulnerabilidade corpórea), traz o mister do manuseio científico de categorias penais e processuais penais que se voltem ao patrimônio, seja como pena, seja como ressarcimento ou repristinação da repercussão patrimonial do ilícito. [Grifo nosso].*

Segundo Pierre Lévy, “mesmo que não nos movêssemos, o mundo mudaria à nossa volta”¹². E o Ministério Público se move. As grandes forças-tarefas simultaneamente conduzidas por seus membros em várias partes do País são evidência disso.

10 Delitos de natureza transnacional e internacional: caracterizados respectivamente pela natureza multifuncional de impacto além das fronteiras de um determinado país, tais como o tráfico de drogas e a lavagem de dinheiro; e, o internacional, pela ofensa à humanidade, tais como o genocídio, terrorismo e crimes ambientais (MENDRONI, 2015, p. 25).

11 OLIVEIRA, 2016.

12 LÉVY, 2007, p. 13.

De toda forma, fica a pergunta: esse movimento não requer de nós uma adaptação racional em grau ótimo? Embora inexista resposta simplista para a questão, a adequada implementação de uma cultura de inteligência poderia ser empregada como forma de mitigar e de se antecipar a *gaps* de *performance* da organização ministerial, propiciando visão de futuro acerca do que se espera auferir em termos de desenvolvimento estratégico.

2.2 Cultura e inteligência

A ideia de cultura organizacional compreende “um sistema de valores, crenças e diretrizes que são compartilhados pelos membros de uma organização”¹³. Silveira e Garcia advertem que existem duas possibilidades teóricas apresentadas por Smircich (1983): ter e ser a própria cultura.

Para os autores, “dizer que a organização tem uma cultura é o mesmo que dizer que ela está inserida num ambiente cultural mais complexo e que recebe influências das ideologias e crenças da sociedade na qual está localizada”¹⁴. Enquanto que “dizer que a organização é a própria cultura equivaleria a dizer que, na mesma medida que uma dada corporação produz bens e serviços, ela gera seus artefatos culturais”¹⁵.

Falar em uma cultura organizacional de inteligência no Ministério Público, nesse sentido, seria a tentativa de incorporação e disseminação de premissas, técnicas e procedimentos de inteligência no âmbito da instituição, a considerar influências externas advindas da nova forma de atuação das organizações criminosas e do grau de desenvolvimento tecnológico disponível para aperfeiçoamento de seu atuar.

Mas o que é inteligência? De antemão importa saber que o conceito de inteligência não é unívoco, comportando diversas definições a depender da maior ou menor ênfase em seu objeto e em suas características funcionais e/ou teleológicas, fazendo-se necessário, contudo, um esforço de uniformidade ou consenso terminológico para que possamos caminhar para sua melhor aplicação¹⁶.

13 GEERT, 1993, p. 47.

14 SILVEIRA; GARCIA, 2010.

15 Ibidem.

16 MEDEIROS, 2009.

Ante o caráter polissêmico que rege a palavra, em esforço sistematizador Marco Cepik¹⁷ cogita inicialmente de duas acepções válidas – inteligência em sentido amplo e inteligência em sentido estrito –, para daí destringir as diversas vertentes e subdivisões possíveis para o termo.

Em sentido amplo, Cepik afirma que “inteligência é toda informação coletada, organizada ou analisada para atender as demandas de um tomador de decisões qualquer”¹⁸, enquanto que, em entendimento estrito, inteligência seria “a coleta de informações sem o consentimento, a cooperação ou mesmo o conhecimento por parte dos alvos da ação”¹⁹, confundindo-se aí com o segredo ou informação secreta.

Tal perspectiva, com foco na “relativa opacidade e no manto de segredo”²⁰ da atividade de inteligência, é reforçada por diversos autores que destacam ser “essencial à atividade de inteligência o trabalho sob a égide do segredo”, e que o “manuseio do dado sigiloso bem como as técnicas sigilosas para obtenção do dado negado são inerentes à atividade de inteligência”²¹.

Sob outro enfoque, quanto aos seus objetivos, Dulles diz que “[i]nteligência é o mesmo que clarividência, tipo de ofício artesanal de profetizar”²².

Lançando luz sobre este olhar prognóstico, Jussara Moreira esclarece que o objetivo principal de todo o conhecimento produzido pela atividade de inteligência é subsidiar a tomada de decisões, de modo que, ao produzir uma visão futura, a inteligência permita poder de antecipação e uma consequente articulação privilegiada de meios que facilitarão este mister²³.

Nessa linha de entendimento e com foco nos princípios da eficiência e oportunidade, Joannisval Gonçalves menciona ser a inteligência

17 CEPIK, 2003, p. 27-28.

18 O conceito amplo de inteligência é o adotado pela Central de Inteligência dos EUA (Central Intelligence Agency – CIA). “Para a CIA, de maneira sintética, inteligência é a ciência ou presciência do mundo a nossa volta, utilizada para orientar o processo decisório ou as ações de autoridades políticas estadunidenses (*policymakers*).” (GONÇALVES, 2016, p. 11).

19 CEPIK, 2003, p. 27-28.

20 Ibidem, p. 15.

21 GONÇALVES, 2016, p. 13.

22 DANTAS; SOUZA, 2004.

23 MOREIRA, 2013, p. 89.

da informação processada com o objetivo de permitir o planejamento antecipando-se a ameaças e oportunidades, a ser disponibilizada em um prazo que possa ser útil ao processo decisório. Para o autor, “se disponibilizado ao tomador de decisão de maneira inoportuna, o conhecimento de inteligência perde a razão de ser”²⁴.

Ainda na busca de uma compreensão de inteligência a partir de um olhar panorâmico das diversas acepções possíveis da palavra, não se pode ignorar a concepção tripartite proposta por Sherman Kent²⁵, conhecido como “o pai da análise de inteligência”, cuja definição majoritariamente difundida comporta as seguintes vertentes: inteligência como organização/instituição; como produto/conhecimento; e como atividade/processo²⁶.

Compartilham desse viés fragmentário Abraham Shulsky e Dary Schmitt²⁷ e, na doutrina brasileira, tal classificação foi exposta didaticamente por Joanisval Gonçalves, para quem o conceito de inteligência, sob esta ótica, abrange não só as organizações que atuam na busca e salvaguarda do “dado negado”, como também o conhecimento final produzido e a própria metodologia de inteligência para coleta e busca de informações²⁸.

Outras classificações ainda preconizam que a inteligência pode ser subdividida em pública ou privada. Esta última, a inteligência privada, também conhecida como inteligência empresarial ou competitiva, estaria menos sujeita à regulamentação típica da administração pública e mais ao direito civil e às políticas de mercado.

A pública, que nos interessa, comportaria fracionamento em Inteligência Clássica ou Inteligência de Estado (para assessorar o chefe

24 GONÇALVES, 2016, p. 19.

25 KENT, 1966.

26 Segundo Joanisval Gonçalves, sob a perspectiva das atividades desenvolvidas, Peter Gill e Mark Phytian apresentam a seguinte definição de inteligência: “[...] inteligência é o termo geral para um amplo espectro de atividades – do planejamento e da reunião de informação à análise e à disseminação de conhecimento – conduzidas em segredo, e com o propósito de manter ou aumentar a segurança, por meio da antecipação de ameaças reais ou potenciais, de maneira a permitir a implementação oportuna de políticas ou estratégias preventivas, ou o recurso, quando necessário, a atividades clandestinas.” (GILL, Peter; PHYTHIAN, Mark. *Intelligence in an insecure world*. Cambridge: Polity Press, 2006, p. 7 – tradução livre – cf. GONÇALVES, 2016, p. 25).

27 SHULSKY; SCHMITT, 2002, p. 1-3.

28 GONÇALVES, 2016, p. 8.

de Estado/Governo) e a Inteligência de Segurança Pública (destinada a assessorar as autoridades responsáveis pela segurança pública e pela obtenção de provas na persecução penal)²⁹.

Por fim, oportuna para o que se propõe é a subcategorização de Almeida Neto que engloba na Inteligência de Segurança Pública o que ele chama de Inteligência Ministerial de Segurança Pública, a ser exercida pelo Ministério Público³⁰.

Antes disso, Denilson Feitoza Pacheco³¹ já anunciava a generalização da noção de inteligência de Estado para a Inteligência Institucional, a abranger os Ministérios Públicos, não somente quanto à sua área criminal mas também a todas as suas áreas.

Tal entendimento foi robustecido, enfim, por Fábio Galindo Silvestre, que apresentou os prenúncios de uma Inteligência Ministerial Institucional, Cível e Criminal, lembrando o autor que “o Ministério Público exerce atribuições nas mais variadas áreas, todas elas sensíveis à sociedade brasileira”³².

Uma conclusão parcial no sentido da existência de uma Inteligência do Ministério Público não parece ser suficiente. A abertura conceitual do termo carrega, invariavelmente, uma dificuldade muito concreta, não meramente semântica, já que, “no mundo real, as atividades dos serviços de inteligência são mais amplas do que a espionagem, e também são mais restritas do que o provimento de informações em geral”³³.

Daí a importância de se dizer o que não é inteligência, distinguindo-a, no que interessa ao presente escopo, da mera informação, da investigação criminal e dos serviços de análise em geral. Nesse esteio, Marco Cepik diz basicamente que a inteligência se diferencia da mera informação e dos serviços de assessoramento por sua capacidade explicativa e/ou preditiva. Para o autor,

A diferença entre as análises e estimativas elaboradas no âmbito das atividades de inteligência e quaisquer outras análises de órgãos de assessoramento

29 SILVESTRE, 2013, p. 187-213.

30 ALMEIDA NETO, 2009, p. 43.

31 PACHECO, 2006, p. 631-649.

32 SILVESTRE, 2013, p. 203.

33 CEPIK, 2003, p. 28.

técnico governamental *está nos fins* a que se destinam as análises de inteligência: aumentar o grau de conhecimento sobre os adversários e os problemas que afetam a segurança estatal e nacional. Inteligência lida com o estudo do “outro” e procura elucidar situações nas quais as informações mais relevantes são potencialmente manipuladas ou escondidas, em que há um esforço organizado por parte de um adversário para desinformar, tornar turvo o entendimento e negar conhecimento³⁴. [Grifo nosso].

Complementando tal distinção, Mark Lowenthal assinala que enquanto a informação refere-se a algo que é conhecido, independentemente da maneira como se chegou a esse conhecimento, inteligência refere-se à informação voltada às necessidades dos tomadores de decisão (*policymakers*)³⁵.

Por sua vez, Joanisval Gonçalves destaca que, “na percepção da doutrina pátria de inteligência, informação seria o dado não processado, enquanto a inteligência propriamente dita pode ser chamada de conhecimento”³⁶, de acordo com a distinção entre o informe bruto (*raw information*) e a informação acabada (*finished intelligence*)³⁷.

No que toca à atividade de investigação, esta é voltada para a obtenção de evidências, indícios e provas de materialidade e de autoria de crime, subsidiando o processo criminal, enquanto que a inteligência, quando muito, atua no suporte e auxílio das investigações e na assessoria para tomada de decisão nos níveis tático e estratégico da organização³⁸.

Nesse sentido, a atividade de inteligência corporifica uma assessoria qualificada produtora de conhecimentos, é proativa e tem visão voltada para o futuro, e a investigação é reativa, com foco para o passado e o presente, e não se presta ao assessoramento³⁹.

No mais, em que pese ser uma atividade/instituição especializada no provimento de informações, importante destacar a observação

34 CEPIK, 2003, p. 28.

35 GONÇALVES, 2016, p. 14.

36 Ibidem, p. 19.

37 PLATT, 1974, p. 30.

38 OLIVEIRA, 2011.

39 DANTAS; SOUZA, 2004, p. 4. Sobre este aspecto, Sherman Kent dividia os produtos analíticos de inteligência segundo a função esperada e o foco temporal (presente/passado/futuro), sendo, portanto, viável uma separação entre inteligência sobre fatos correntes (chamada relatorial) ou sobre tendências futuras (chamada de inteligência avaliativa ou prospectiva). (CEPIK, 2003, p. 53).

de Cepik no sentido de que a sugestão de objetivos organizacionais não parece ser uma função que deva ser atribuída às organizações de inteligência, “uma vez que isso embute um risco claro de renúncia dos responsáveis pela tomada de decisões”.

Para o autor, “a construção de objetivos organizacionais não deveria ser substituída pela consulta às organizações de inteligência, convertidas (*indevidamente*) em oráculos”⁴⁰. Sobre o tema:

Quando a inteligência passa a ser fim (e não meio), e os profissionais de inteligência deixam de atuar como assessores e passam a decidir (usurpando essa tarefa do tomador de decisão a quem deveriam auxiliar), o serviço secreto está a cruzar a linha da legitimidade (e da legalidade), e os riscos de abusos e arbitrariedades são imensos. Inteligência, portanto, não decide. Porém, deve estar sempre muito perto do tomador de decisões para supri-lo com conhecimento adequado e especial⁴¹.

A partir das diversas perspectivas assinaladas, é possível extrair algumas máximas a serem consideradas na tentativa de difusão de uma cultura de inteligência ministerial.

Objetiva-se considerá-la em todas as suas formas, seja em sentido lato ou estrito, seja sob as vertentes da inteligência como organização/instituição, como produto/conhecimento, e como atividade/processo, seja sob a forma de assessoria qualificada e tempestiva que não substitui o membro oficiante em sua autonomia decisória e independência funcional.

2.3 Dificuldades da logística informacional

O porquê de se explorar o desenvolvimento de uma cultura organizacional de inteligência insere-se no contexto de uma racionalização em grau ótimo em prol do aperfeiçoamento da instituição ministerial em face do crescimento exponencial dos usuários da comunicação informatizada⁴², pois, como adverte Cepik,

40 CEPIK, 2003, p. 80.

41 GONÇALVES, 2016, p. 26.

42 “Graças às redes digitais, as pessoas trocam todo tipo de mensagens entre indivíduos ou no interior de grupos, participam de conferências eletrônicas sobre milhares de temas diferentes, têm acesso às informações públicas contidas nos computadores que participam da rede, dispõem da força de cálculo de máquinas situadas a milhares de quilômetros, constroem juntos mundos

[...] Para a ciência da informação, inteligência é uma camada específica de agregação e tratamento analítico em uma pirâmide informacional, formada, na base, por dados brutos e, no vértice, por conhecimentos reflexivos. A sofisticação tecnológica crescente dos sistemas de informação que apoiam a tomada de decisões tornou corrente o uso do termo inteligência para designar essa função de suporte, seja na rotina dos governos, no meio empresarial ou mesmo em organizações sociais. Nessa concepção ampla, inteligência é o mesmo que conhecimento ou informação analisada⁴³.

Como mencionado, os aspectos civilizatórios ligados às novas estruturas de comunicação impactaram profundamente a criminalidade⁴⁴.

A título de exemplo, para uma organização criminosa mais evoluída, por assim dizer, é muito mais fácil e menos custoso praticar corrupção ou lavagem de dinheiro pela criação de *offshores* em paraísos fiscais do que praticar crimes violentos, como assassinatos, que causam perplexidade e revolta na população, provocando imediata e rígida reação do poder público⁴⁵.

A impossibilidade fática de se esgotar o rol de ações gravosas a bens jurídicos que careçam da tutela estatal diante dos novos riscos diuturnamente gerados no meio social favorece o desenvolvimento das organizações criminosas, que se beneficiam da insuficiência das ações preventivas e repressivas do Estado⁴⁶.

No entanto, como adverte Pierre Lévy, se avaliássemos a tempo a importância do que está em jogo, os novos meios de comunicação poderiam renovar profundamente as formas do laço social, no sentido de uma maior fraternidade, e ajudar a resolver os problemas com os quais a humanidade hoje se debate⁴⁷. Segundo o autor,

virtuais puramente lúdicos – ou mais sérios –, constituem uns para os outros uma imensa enciclopédia viva, desenvolvem projetos políticos, amizades, cooperações..., mas dedicam-se também ao ódio e à enganação.” (RHEINGOLD, 1993, p. 113).

43 CEPIK, 2003, p. 27-28.

44 “Os leviatãs agora são muitos, e não um só, como queria o filósofo político. E, mais importante ainda, esses leviatãs são privados, são as grandes empresas que, nas últimas décadas, garantiram seu predomínio nos mercados mundiais até limites inimagináveis faz poucos anos. Como sabemos, o poderio que hoje caracteriza os megaconglomerados da economia mundial – gigantescas burocracias privadas que não prestam conta a ninguém nem a nada – não tem precedentes na história” (BORÓN, Atílio, 2000, p. 175).

45 MENDRONI, 2015, p. 72.

46 Ibidem, p. 67.

47 LÉVY, 2007, p. 12.

[...] não existe nenhum determinismo tecnológico ou econômico simples em relação a esse assunto. Escolhas políticas e culturais fundamentais abrem-se diante dos governos, dos grandes atores econômicos, dos cidadãos. Não se trata apenas de raciocinar em termos de impacto, mas também em termos de projeto (com que objetivo queremos desenvolver as redes digitais de comunicação interativa?).

O Ministério Público, atento ao fluxo intenso e em tempo real de informações, às externalidades negativas da globalização como a criminalidade cibernética, o crime transnacional, o tráfico variado, a lavagem mundial de capitais, e a degradação mundial descontrolada⁴⁸, já começa a fazer uso dos recursos de tecnologia disponíveis para realizar o cruzamento de dados em tempo hábil e o tratamento da informação bruta para transformá-la em conhecimento útil para a instituição.

O principal fundamento de índole constitucional para a adoção de atividades de inteligência no Ministério Público seria o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal⁴⁹. Fábio Galindo Silvestre, citando Denilson Feitoza Pacheco, adverte que este é um dos maiores princípios a fundamentar a criação e o incremento das atividades de inteligência do MP, *in verbis*:

[...] certamente viola o princípio constitucional da eficiência que tais órgãos públicos trabalhem com essa “massa de informações” de maneira meramente empírica, acarretando grande desperdício de recursos humanos, materiais e financeiros. Os órgãos públicos, portanto, devem utilizar-se de métodos, técnicas e ferramentas adequadas para lidar com as informações necessárias ao desempenho de suas finalidades. Não importa se serão utilizados os métodos, as técnicas e as ferramentas do que se convencionou denominar de “atividades de inteligência” ou, numa visão mais “gerencial”, dos seus equivalentes dos sistemas de gestão da informação e da inteligência competitiva, pois, diante da crescente complexidade dos fatos com os quais os órgãos públicos lidam e a necessidade de sua atuação sistêmica, o certo é que devem utilizar algum sistema de gestão da informação, superando a fase individualista e amadorística de muitos servidores públicos e alcançando a racionalidade gerencial exigida pelo princípio constitucional da eficiência⁵⁰.

48 SILVESTRE, 2013, p. 191.

49 Ibidem, p. 203.

50 PACHECO, 2006, p. 631-649.

Com efeito, segundo Almeida Neto, nesse novo contexto informacional, a inteligência possibilitará resultados “mais universais” e maximizados e otimizará a relação meio-fim, contribuindo para a democratização e desburocratização da entidade a que serve⁵¹.

A despeito dessa assertiva, importa destacar que de maneira geral, sem adentrar no mérito de unidades específicas que já desenvolvem com requintes de eficiência a atividade de inteligência, em termos pragmáticos, “a tecnologia da informação tem sido até agora uma produtora de dados em vez de informação, e muito menos uma produtora de novas e diferentes questões e estratégias”⁵².

Um dos motivos apontados por Laércio Serra para tal “desinformação” seria a criação de vários gerenciadores de bancos de dados dentro da mesma instituição, cujos diversos relatórios acabam por apresentar informações completamente desconstruídas e inseguras aos usuários, que se veem obrigados a seguirem sua intuição e experiência, em vez de terem informações exatas sobre sua atividade.

A emergência e o crescimento vertiginoso das novas tecnologias de informação e comunicação (TIC) que ofertam informações sobre temas de segurança em escala global, competindo em muitas áreas com os próprios serviços de inteligência pela atenção e pelos recursos orçamentários dos governantes⁵³, permitem que, no âmbito do Ministério Público Federal, por exemplo, se fale na utilização simultânea de diferentes ferramentas de inteligência⁵⁴, tais como o Microstrategy, o Quick View, o Big Data, o Oracle e o Sistema de Investigação de Movimentações Bancárias (SIMBA).

No caso do Ministério Público da União, por exemplo, o tema se torna ainda mais sensível, já que cada um dos seus ramos – Ministério

51 ALMEIDA NETO, 2009, p. 89.

52 DRUCKER, 2001 apud SERRA, 2002, p. 278.

53 CEPIK, 2003, p. 14.

54 “Tudo começa com a coleção de dados (Data Warehousing), a integração de dados de uma ou mais fontes e assim cria um repositório central de dados, um data warehouse – os armazéns de dados. Com essa imensidão de dados, Data Mining, aplica-se a mineração desses dados, o processo de explorar grandes quantidades de dados à procura de padrões consistentes para detectar relacionamentos e novos subconjuntos de dados a serem mapeados e extrair-se informações privilegiadas. Análises (Analytics) de minerações geram relatórios (Reporting) detalhados para fortalecer o esclarecimento do cenário”. Disponível em: <www.oficinadanet.com.br/post/13153-o-que-e-business-intelligence>. Acesso em: 10 jan. 2017.

Público do Distrito Federal e Territórios, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público Federal – possui e dispõe de autonomia para firmar contratos para aquisição de sistemas distintos e autônomos para trato da informação, os quais nem sempre detêm ferramentas de interoperabilidade.

Em abertura maior de escopo, o compartilhamento de dados entre diferentes órgãos e instituições governamentais também é incipiente⁵⁵, sendo dificultoso o investimento em convênios governamentais para mitigar e corrigir erros de informações desencontradas.

Na prática, a importância da informação, consolidada na máxima de que “conhecimento é poder”⁵⁶, carrega um outro obstáculo justamente relacionado à política de classificação de dados e de segurança interna e às regras de acesso para conhecimento dos dados, das técnicas e dos recursos disponíveis na tecnologia da informação⁵⁷.

Sem ignorar que “o objetivo da inteligência é produzir conhecimento especializado para assessorar o processo decisório em distintos níveis”⁵⁸, o monopólio da tecnologia para acesso a esses conhecimentos muitas vezes gera a falsa aparência de domínio e gerenciamento de informações supostamente inéditas e desconhecidas quando na verdade grande parte dos dados informacionais advém de fontes abertas, sequer alcançadas por sigilo⁵⁹.

Sobre o tema, Cepik esclarece que “o segredo é concebido como uma forma de regulação pública de fluxos informacionais que demanda, portanto, justificativa pública sobre sua necessidade prática e validade moral”⁶⁰.

55 Um dos grandes problemas narrados pelos setores de inteligência dos Estados Unidos em relação ao ataque do dia 11 de setembro teria sido justamente o desencontro de informações entre suas agências públicas de segurança – CIA, FBI, etc., que em esforço conjunto poderiam ter evitado um desfecho tão desastroso.

56 “Existe segredo na obtenção de informações porque o conhecimento é poder e, portanto, é protegido” (SUN TZU II, 2001, p. 55).

57 Cepik adverte que “[...] os segredos de Estado não se manteriam secretos se contassem apenas com a discrição dos indivíduos que partilham a informação sigilosa, ou se contasse apenas com a indiferença alheia”, razão pela qual existem três processos complementares utilizados para se tentar garantir a efetividade do segredo governamental: procedimentos de classificação, controles de acesso e punições em caso de revelação não autorizada (CEPIK, 2003, p. 20).

58 GONÇALVES, 2016, p. 20.

59 Joannisval Gonçalves adverte que “pode haver produção de conhecimento de inteligência que seja sigiloso não necessariamente pelos dados nele utilizados, mas pela análise realizada” (Ibidem, p. 27).

60 CEPIK, 2003, p. 20.

Prosseguindo na avaliação de dificuldades de logística informacional, outro aspecto relevante estaria vinculado ao denominado “ciclo de inteligência”, consistente no processo por meio do qual a informação é reunida, convertida em inteligência e disponibilizada aos tomadores de decisão⁶¹.

Haveria certa dificuldade justamente na fase inicial de requerimentos informacionais, em que os responsáveis pela tomada de decisões identificam lacunas e necessidades, estabelecem prioridades e as transmitem para os operadores da área de inteligência responsáveis pela coleta e análise⁶².

Cepik traz a lume as advertências de Michael Herman e Mark Lowenthal, no sentido de que na maioria das situações os tomadores de decisão não têm tempo nem clareza para especificar os tipos de informações de que necessitam ou irão necessitar para quais processos de tomada de decisão e implementação.

O profissional de inteligência deve focar suas análises nas necessidades e desejos dos solicitantes e, então, detectar as tendências e associá-las. Por outro lado, em que pese as listas de demandas tenderem a ser genéricas ou formuladas sem que os oficiais de inteligência tenham uma ideia precisa sobre a finalidade das informações, não se pode ignorar a responsabilidade da análise de inteligência:

Como destaca Mark Lowenthal, as falhas de requerimento ocorrem não apenas quando os usuários são incapazes de transmitir suas necessidades com clareza, mas principalmente quando as agências falham em perceber as necessidades cambiantes dos usuários e não respondem de forma ágil, seja por inércia burocrática, ou por incapacidade de interagir adequadamente com os *policymakers* e comandantes⁶³.

No uso de ferramentas de *business intelligence* não há receitas predeterminadas: as boas práticas e o uso de metodologia racional

61 GONÇALVES, 2016, p. 97.

62 “As descrições convencionais do ciclo da inteligência chegam a destacar até 10 passos ou etapas principais que caracterizariam a atividade, a saber: 1. Requerimentos informacionais. 2. Planejamento. 3. Gerenciamento dos meios técnicos de coleta. 4. Coleta a partir de fontes singulares. 5. Processamento. 6. Análise das informações obtidas de fontes diversas. 7. Produção de relatórios, informes e estudos. 8. Disseminação dos produtos. 9. Consumo pelos usuários. 10. Avaliação (feedback).” (CEPIK, 2003, p. 32-33).

63 *Ibidem*, p. 35.

reduzem os erros e possibilitam conhecer os padrões comportamentais e anseios dos demandantes da informação – isso envolve um quê de “arte” por exigir do analista percepção e sagacidade que ultrapassam o simples apuro do cientista⁶⁴.

De toda forma, se até então a aplicação da ideia de inteligência consistia em levar informação a poucos profissionais selecionados de uma instituição, para que fizessem uso em suas decisões, sob a perspectiva de uma cultura de inteligência defende-se a disponibilização de soluções de inteligência para um número maior de pessoas⁶⁵, por meio das estações de trabalho e nos servidores da instituição.

3 Conclusão

Vive-se uma época de paradoxos. A crise de racionalidade, nesse sentido, é evidente não só por nosso claudicante e excêntrico aparato para a repressão de uma criminalidade lesiva a bens difusos, mas também se torna reflexo de uma dificuldade de acompanhamento das novas conformações sociais, econômicas e tecnológicas, em que o cenário de competitividade, por vezes desleal, se conjuga com a ansiedade e violência no relacionamento social⁶⁶.

Esses estímulos em conjunto se tornam referenciais dos desdobramentos sobre a criminalidade e o ato ilícito *lato sensu* e, como Ministério Público, somos desafiados pela sociedade a buscar incansavelmente alternativas para produzir sistematicamente as ferramentas que nos assegurem o papel de um coletivo inteligente⁶⁷ e definidor de políticas públicas.

Para tanto, como determinantes para o sucesso estão o auto-conhecimento (de falhas e potenciais) e o conhecimento do outro, aspectos intimamente atrelados à necessidade de implementação de um sistema de comunicação interno preciso e ao desenvolvimento de

64 GONÇALVES, 2016, p. 11.

65 Disponível em: <www.oficinadanet.com.br/post/13153-o-que-e-business-intelligence>. Acesso em: 10 jan. 2017.

66 LIPOVETSKY, 2004, p. 270.

67 LÉVY, 2007, p. 15.

captação externa de informações confidenciais ou sigilosas eficiente, misteres inseridos na atividade de inteligência.

Acreditando nisso, a discussão sobre o acultramento inteligente se apresenta como uma oportunidade de reflexão para a atuação responsável e consciente da instituição ministerial, acenando para perspectivas de enfrentamento das dificuldades atinentes ao compartilhamento informacional dentro do Ministério Público, na expectativa de que tais entraves sejam paulatinamente superados.

O alcance da temática proposta, portanto, com apresentação dos diversos contornos de inteligência, em seu sentido estrito e lato, busca enfatizar que ambas as suas facetas são estrategicamente necessárias para organizar recursos de maneira a elevar ao máximo os efeitos obtidos de sua combinação e cooperação, a fim de que a informação chegue aos tomadores de decisão de maneira abundante, rápida e precisa⁶⁸.

Espera-se com a divulgação da atividade de inteligência propalar seus contornos e viabilizar um debate profícuo em prol de uma cultura institucional especializada, na qual cada profissional esteja habilitado, em suas tarefas ordinárias, e em diferentes níveis, a fazer uso dos recursos franqueados para endossar a tomada de decisão com maior assertividade e economia, eliminando a duplicação de tarefas para permitir previsões e contribuir na elaboração de estratégias.

Referências

ALMEIDA NETO, Wilson Rocha de. *Inteligência e contra-inteligência no Ministério Público: aspectos práticos e teóricos da atividade como instrumento de eficiência no combate ao crime organizado e na defesa dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Dictum, 2009.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 3, 2011.

BORÓN, Atílio. Os novos leviatãs e a pólis democrática: neoliberalismo, decomposição estatal e decadência da democracia na América

68 SUN TZU II, 2001, p. 50.

Latina. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). *Pós-neoliberalismo II: que Estado e que democracia?* 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 7-67.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Reflexões sobre a relação entre constituição, povo e estado a partir da discussão de uma constituição europeia. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, n. 2. Porto Alegre: IHJ, 2004.

CEPIK, Marco A. C. *Espionagem e democracia: agilidade e transparência como dilemas na institucionalização de serviços de inteligência*. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

DANTAS, George Felipe de Lima; SOUZA, Nelson Gonçalves de. As bases introdutórias da análise criminal na inteligência policial. jun. 2004. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/seguranca-publica/artigos/art_as-bases-introductorias.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2016.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GEERT, Hofstede. *Cultura e organizações*. Lisboa: Edições Sílabo, 1993.

GONÇALVES, Joanisval Brito. *Atividade de inteligência e legislação correlata*. Série Inteligência, Segurança e Direito. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. v. 1.

KENT, Sherman. *Strategic intelligence for American world policy*. 1966. Princeton Legacy Library. Disponível em: <https://books.google.com.br/books/p/princeton?id=6UrWCgAAQBAJ&printsec=frontcover&source=gbs_ViewAPI&hl=pt-BR&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 21 jun. 2016.

LÉVY, Pierre. *A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço*. Trad. Luiz Paulo Rouanet. Paris, 1994. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

LIPOVETSKY, Gilles. *Tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.

MEDEIROS, Francisco José Fonseca de. *A atividade de inteligência no mundo atual*. 2009. Disponível em: <<http://abraic.org.br/Painel/anexos/A%20Atividade%20de%20InteligA%C2%A6%C3%A2-%C2%ACncia%20no%20mundo%20atual.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. São Paulo: Atlas, 2015.

MOREIRA, Jussara Carla Bastos. Inteligência policial como meio de prova: considerações sobre sua utilização. *Revista Segurança Pública e Cidadania*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 89, jan./jun. 2013.

OLIVEIRA, Alessandro José Fernandes de. *Persecução patrimonial: investigação, medidas assecuratórias e administração de bens*. Material de apoio da Escola Superior do Ministério Público da União, abr. 2016.

OLIVEIRA, Paulo Roberto Batista de. *A atividade de inteligência na Polícia Militar do Distrito Federal como orientadora do emprego de policiamento ostensivo para a copa do mundo da FIFA de 2014*. 2011. 74 f. Monografia apresentada como requisito à obtenção do diploma do Curso de Altos Estudos da Política e Estratégia, Escola Superior de Guerra, 2011. Disponível em: <<http://www.esg.br/images/Monografias/2011/OLIVEIRAP.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

PACHECO, Denilson Feitoza. Atividades de inteligência no Ministério Público. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – Ministério Público e Justiça Social, 16, 2005, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público/Associação Mineira do Ministério Público, 2006.

_____. In: Apresentação da Série Inteligência, Segurança e Direito. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. v. 1.

PLATT, Washington. *A produção de informações estratégicas*. Rio de Janeiro: Livraria Agir – Biblioteca do Exército, 1974.

RHEINGOLD, Howard. *The virtual community*. Nova York: Addison-Wesley, 1993.

SERRA, Laércio. *A essência do business intelligence*. São Paulo: Berkeley, 2002.

SHULSKY, Abraham; SCHMITT, Dary. *Silent warfare: understanding the world of intelligence*. Washington D.C.: Brassey's 3rd edition, 2002.

SILVEIRA, Luciana Fagundes; GARCIA, Fernando Coutinho. A influência da cultura nacional na cultura organizacional: estudo de caso de aquisição no setor de biotecnologia. *Revista Gestão e Planejamento*, Salvador, v. 11, n. 1, p. 24-43, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/rgb/article/viewFile/694/930>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

SILVESTRE, Fábio Galindo. A inteligência no Ministério Público como instrumento de proteção dos direitos e garantias fundamentais. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas (Coord.). *Teoria geral do Ministério Público*. Coleção Ministério Público e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SUN TZU II. *A arte da guerra – os documentos perdidos: o texto recentemente descoberto que complementa o best seller A arte da Guerra*. Adaptado por Thomas Cleary. Tradução de Luiz Carlos do Nascimento Silva. 7. tiragem. Rio de Janeiro-São Paulo: Record, 2001.

Breves considerações sobre a conformação ética e jurídica da colaboração premiada

Shaiane Tassi Mousquer

Sumário: 1 Introdução. 2 A colaboração premiada no ordenamento jurídico pátrio. 2.1 Mudança de paradigma: do processo penal conflitivo ao processo penal consensual. 2.2 A necessária compatibilização entre eficiência e garantias. 3 A legitimidade da colaboração premiada sob uma perspectiva ética. 3.1 Ética, moral e a colaboração premiada. 3.2 A imoralidade da *Omertà*. 3.3 A colaboração premiada enquanto estratégia de defesa: teoria dos jogos (dilema dos prisioneiros). 4 A legitimidade da colaboração premiada sob uma perspectiva jurídica. 4.1 Direito à não autoincriminação. 4.2 Individualização da pena: proporcionalidade da sanção imposta à gravidade do delito. 5 Considerações finais.

1 Introdução

A colaboração premiada não é um instituto novo no ordenamento jurídico nacional¹. Ainda na década de 1990 houve intensa produção legislativa² contemplando a colaboração processual como mecanismo de extinção da punibilidade ou de minoração da pena, sem, no entanto, qualquer preocupação do legislador com normas procedimentais ou mesmo com a sistematização do instituto³. Apenas

1 A doutrina leciona que espécie de delação premiada já estava prevista no Livro V, Títulos VI e CXVI, das Ordenações Filipinas, por meio de dispositivo legal que oferecia benesses penais a malfeitores que permitissem, por meio de informações prestadas à autoridade, a prisão de outros porventura também associados na empreitada criminosa. A vigência desses dispositivos no território brasileiro se estendeu de janeiro de 1603 a dezembro de 1830 (GAZZOLA, 2009, p. 147-151).

2 Lei n. 8.072/1990 (crimes hediondos); Lei n. 9.034/1995 (crime organizado); Lei n. 9.080/1995 (crimes contra o sistema financeiro nacional e crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo); Lei n. 9.613/1998 (crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores); Lei n. 9.807/1999 (proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas e a acusados ou condenados que tenham voluntariamente colaborado com o procedimento persecutório penal); Lei n. 10.149/2000 (infrações contra a ordem econômica); e Lei n. 11.343/2006 (lei de drogas).

3 De acordo com Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva (2015, p. 164), “antes do advento da Lei n. 12.850/2013, entendia-se que o instituto era previsto com contornos de norma

recentemente sobreveio regulamentação legal abrangente (Lei n. 12.850/2013), conferindo à colaboração premiada uma nova roupagem, adaptando o instituto ao seu novo mister: servir de ferramenta para o combate de organizações criminosas.

Conquanto seja instituto já vivenciado pelo ordenamento jurídico, apenas revigorado na contemporaneidade com perfil modificado (GAZZOLA, 2009, p. 148), é a colaboração premiada o tema que tem provocado os debates mais acalorados entre os doutrinadores pátrios. E isto se deve às recentes experiências obtidas pelos órgãos encarregados da persecução penal com a utilização do instituto em contextos de macrocriminalidade generalizada, sobretudo no âmbito da operação Lava Jato.

Não faltam vozes, na atualidade, a tecer as mais variadas críticas ao instituto. Há quem aponte a inadmissibilidade ética do instituto, sugerindo que a sua utilização coloca em xeque a moralidade, a competência e a credibilidade do aparelho repressor, por condicionar o seu funcionamento à cooperação daquele a quem deveria perseguir. Os óbices éticos impostos ao instituto incluem, ainda, a compreensão de que a colaboração premiada é fomentada por interesses egoísticos e incentiva a *traição* por parte do agente colaborador em relação a possíveis coautores e partícipes dos crimes sob investigação.

Há também quem entenda que, nos moldes como vem sendo aplicada, a colaboração premiada viola o pressuposto fundamental da jurisdição e os limites da legalidade. Entre diversos argumentos, sustentam que o instituto é utilizado para a transação de direitos e garantias individuais taxados como indisponíveis pela Constituição Federal, e que a individualização da pena, no acordo de colaboração, não reflete a maior ou menor reprovabilidade da conduta do acusado, mas sim a sua maior ou menor capacidade negocial.

O intenso debate acerca da legitimidade da colaboração premiada – que, diga-se, não se cinge aos ambientes forense e acadêmico, mas ocupa páginas dos principais veículos de comunicação do País – ensejou a escolha do tema desta monografia, que se dedica a traçar algumas linhas sobre a conformação moral e jurídica do instituto.

geral na Lei de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas – 9.807/1999 (arts. 13 e 14) – pois os requisitos gerais estavam previstos nesta lei [...]”.

Para tanto, aborda-se, inicialmente, a mudança de paradigma provocada a partir da Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/1995), que rompeu com a concepção conflitiva (clássica) e inseriu no ordenamento jurídico pátrio mecanismos típicos da justiça consensuada, que consubstanciam verdadeiros negócios jurídicos penais.

Esta mudança de paradigma foi bem-vinda, sobretudo porque a concepção conflitiva clássica não vinha se revelando suficientemente eficiente na prevenção e repressão dos delitos, especialmente no que diz respeito à criminalidade organizada. Com efeito, não se pode perder de vista que o processo, além de servir como meio para a preservação dos direitos e garantias daqueles que estão sujeitos ao *jus puniendi*, é um instrumento de composição de conflitos, sendo mister assegurar-lhe a funcionalidade e a eficiência (SANTOS, 2016, p. 71).

Fixadas essas bases, passa-se ao tema central deste trabalho, que se propõe a apontar a legitimidade da colaboração premiada, tanto sob uma perspectiva ética, sobretudo porque a colaboração premiada, para além de ser técnica especial de investigação, consubstancia verdadeira estratégia defensiva, quanto sob uma perspectiva jurídica, demonstrando-se que esta não implica violação a direitos e garantias fundamentais indisponíveis dos colaboradores e demais investigados.

2 A colaboração premiada no ordenamento jurídico pátrio

2.1 Mudança de paradigma: do processo penal conflitivo ao processo penal consensual

Conforme Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva (2015, p. 164), até 1990, a justiça criminal brasileira seguia estritamente o modelo conflitivo (clássico), que pressupõe investigação, denúncia, processo, ampla defesa, contraditório, produção de provas, sentença e duplo grau de jurisdição. Até então, independentemente da espécie de delito sob apuração, não se cogitava qualquer possibilidade de transação ou acordo entre a acusação e a defesa.

A Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/1995) representou verdadeira revolução no sistema brasileiro, na medida em que

rompeu o velho paradigma conflitivo nas infrações de menor potencial ofensivo. Conforme Tourinho Filho (2011, p. 26), “preocupou-se o legislador, na busca da conciliação ou mesmo da transação, tendo em vista a natureza da infração penal, em romper, modernamente, com os velhos sistemas processuais penais”.

A partir de 1995, portanto, o sistema processual penal pátrio passou a acolher mecanismos típicos da Justiça Consensuada, modelo em que o consenso se sobrepõe à coercitividade para a resolução do conflito penal (SANTOS, 2016, p. 28). Ambos os subsistemas passaram a conviver, cada qual tendo validade para um determinado âmbito da criminalidade (GOMES; SILVA, 2015, p. 164).

Com efeito, a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo – institutos previstos na Lei dos Juizados Especiais – consubstanciam espécies de negócios jurídicos processuais, na medida em que somente são realizáveis a partir de uma *oferta* do órgão acusador e da *aceitação* do réu. Transações entre acusação e defesa, portanto, há muito deixaram de ser novidade no sistema processual penal pátrio.

Ao fazer uma abordagem sociológica dos Juizados Especiais Criminais, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (2001, p. 103) assevera que os mecanismos consensuais de resolução de conflitos inaugurados pela Lei n. 9.099/1995 decorrem de movimentos de despenalização e de informalização, na busca de alternativas de controle mais eficazes e menos dispendiosas do que as oferecidas pelo sistema penal tradicional⁴.

Houve, assim, a partir da década de 1990, a expansão dos espaços de consenso na justiça criminal brasileira. A colaboração premiada – que, conforme mencionado nas linhas acima, nesta mesma década,

4 Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (2001, p. 103) destaca que, a partir das décadas de 1980 e 1990, a justiça penal assumiu o papel de *protagonista* no cenário judicial, pois além de administrar a “velha” criminalidade individual, passou a ter de gerir novas demandas, já que desde a proteção ao meio ambiente até as regras de trânsito são ancoradas no poder de punir do Estado, além da crescente demanda social pelo fim da impunidade dos crimes de corrupção (“colarinho branco”). Também o aumento da criminalidade urbana violenta colocou os tribunais no centro de um complexo problema de controle social. Daí a necessidade de novos mecanismos de resolução de conflitos, paralelamente aos mecanismos convencionais de administração da justiça, por meio de instituições mais ágeis, relativa ou totalmente desprofissionalizadas e menos onerosas, de modo a maximizar o acesso aos serviços, diminuir a morosidade judicial e equacionar os conflitos por meio da mediação.

passou a ser expressamente prevista em diversos diplomas legais como mecanismo de extinção da punibilidade ou de minoração da pena – caracteriza-se como mais um mecanismo da justiça penal consensual.

É bem verdade que a colaboração premiada inaugura um novo espaço de consenso no sistema processual penal. Isto porque, enquanto os mecanismos para solução de conflitos previstos na Lei n. 9.099/1995 caracterizam-se como negócios jurídicos penais *despenalizadores*, a colaboração premiada – ainda que, por vezes, viabilize a redução das penas ou, até mesmo, o perdão judicial para o colaborador – inegavelmente possui uma veia punitiva, já que por meio dela persegue-se a condenação do maior número de agentes (SANTOS, 2016, p. 29). Há quem repudie essa perspectiva consensual que vem permeando o processo penal brasileiro. Afrânio Silva Jardim (2015) já manifestou preocupação com o que denomina de “indesejável privatização do sistema penal”, que, no seu entender, promove a supervalorização da vontade das partes em detrimento até da própria aplicação da lei penal, que é pública e, por isso mesmo, cogente. As críticas aos mecanismos consensuais, notadamente à colaboração premiada, são endossadas por outros importantes doutrinadores, como Alberto Silva Franco, Eugenio Raúl Zaffaroni, Juarez Cirino dos Santos, Geraldo Prado, Gustavo Henrique Badaró e Magalhães Gomes Filho.

Críticas à parte, é certo que, a partir da admissão de mecanismos típicos da justiça consensuada pelo sistema criminal pátrio, na esteira de diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros que adotam o modelo consensual e da regulamentação da colaboração premiada como meio de obtenção de prova no combate à criminalidade organizada pela Lei n. 12.850/2013, seu uso vem sendo consolidado pelos órgãos encarregados da persecução penal no País.

Caminha-se, assim, para o cenário previsto por Gomes e Silva (2015, p. 164), de que a justiça criminal brasileira mudará de paradigma, adotando de vez o modelo consensual, em todos os crimes (o que afirmam ser juridicamente possível mediante combinação da Lei n. 12.850/2013 com a Lei n. 9.807/1999), “surgindo um processo penal colaborativo movido pelos interesses das partes, de forma a se chegar o mais próximo possível da verdade (sabendo-se que a verdade real é uma utopia)”.

Essa mudança de paradigma da justiça criminal brasileira se insere em uma tendência global de previsão da colaboração premiada como meio legítimo de combate ao crime organizado, que tem matriz em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, como a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado (Convenção de Palermo ou UNTOC), promulgada pelo Decreto n. 5.015/2004, e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida ou UNCAC), promulgada pelo Decreto n. 5.687/2006 (ARAS, 2015).

2.2 A necessária compatibilização entre eficiência e garantias

A inclusão da colaboração premiada, pela Lei n. 12.850/2013, entre as técnicas especiais de investigação criminal para o combate da delinquência organizada inegavelmente foi motivada pela busca de eficiência na persecução penal.

À evidência, diante dos fenômenos criminais contemporâneos, caracterizados por uma profissionalização das atividades ilícitas praticadas por organizações criminosas⁵, havia notória ineficiência dos tradicionais métodos de investigação, forjados sob a perspectiva da infração penal clássica (assim compreendida como aquela que resulta em uma lesão, eventual e súbita, cometida por um sujeito ativo individual a um sujeito passivo igualmente individualizado).

A busca pela eficiência punitiva, por si só, não deve(ria) ser alvo de críticas. Isto porque, conforme bem observa Frederico Valdez Pereira (2014, p. 54), há que se admitir

a existência de princípios e valores constitucionais os quais, mais que permitir, impõem que se considerem as finalidades de prevenção ou repressão de delitos como fazendo parte das funções principais do processo penal.

Nada obstante, não é incomum a tentativa de deslegitimar a busca pela máxima eficiência na persecução penal, ao argumento de

5 A criminalidade organizada moderna tem como traços principais: pluralidade de agentes; estabilidade ou permanência; finalidade de lucro; divisão do trabalho; estrutura empresarial; hierarquia; disciplina; conexão com o Estado (corrupção e clientelismo); violência; entrelaçamento com outras organizações; flexibilidade e mobilidade de agentes; mercado ilícito ou exploração ilícita de mercados lícitos; monopólio ou cartel; controle territorial; uso de meios tecnológicos sofisticados; transnacionalidade; embaraço do curso processual; e compartimentalização (BALTAZAR JR., 2011, p. 589-596).

que instrumentos jurídicos como a colaboração premiada têm sido contemplados na legislação infraconstitucional por conta de programa oficial de combate à criminalidade, que se utiliza do discurso da busca pela eficiência como forma de legitimar a manutenção e expansão do poder punitivo, ao custo da violação de direitos fundamentais (BRITO, 2016, p. 44).

Atento a isso, Frederico Valdez Pereira (2014, p. 49) obtempera que o incentivo à colaboração premiada se insere em um campo de conflito entre dois polos tendencialmente opostos: de um lado, a operatividade repressiva (eficiência) do sistema penal, ao qual o instituto parece destinado a fortalecer; de outro, a legitimidade do sistema penal na conformidade a princípios e garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Flávio Cardoso Pereira (2009, p. 105) destaca ser da essência de uma *persecutio criminis* constitucionalizada e fruto do ideal democrático a tensão de forças no processo penal: de um lado o Estado, como titular exclusivo do *ius puniendi*, cuja aplicação somente é possível pelo processo, e, de outro, a necessidade de que as pessoas submetidas ao processo penal permaneçam a salvo de possíveis abusos, mediante a adequada garantia de seus direitos, sobretudo o de defesa. Afirma o autor, entretanto, ser necessário evitar que as garantias se convertam em pretextos que privem o processo de sua eficiência. Inspirado nas lições de Román Julio Frondizi e María Gabriela Daudet, Pereira (2009, p. 109) adverte quanto aos perigos concretos do que denomina de “abusiva instrumentalização das garantias”: a geração de sensação de tolerância passiva ao desenvolvimento e à expansão da criminalidade junto à sociedade e desânimo e desestímulo por parte das autoridades incumbidas da manutenção e do controle da segurança pública.

É certo que, diante da eficiência do processo, se impõe a necessidade de reflexionar e, em certo modo, redimensionar a amplitude e os alcances das interpretações que se têm feito a respeito de determinadas garantias. Este é um discurso de verificação de certos excessos já sedimentados que não provocam vantagens, mas, sim, prejudicam a tutela do núcleo essencial das garantias (PEREIRA, 2009, p. 109).

Quer-se com isso afirmar que, assim como há limites aos poderes investigatórios do Estado, também existem limites quanto à interpretação acerca da extensão dos direitos e garantias individuais. Há que

se evitar o que Douglas Fischer (2009, p. 54-55) denomina de “garan-tismo hiperbólico monocular”, isto é, a interpretação e aplicação da doutrina de Luigi Ferrajoli apenas na perspectiva de maximização do resguardo dos direitos e garantias fundamentais do acusado. Se inte-gralmente aplicado, o garantismo impõe ao Estado um agir proporcio-nal: deve evitar excessos em relação aos investigados e acusados em geral, e, ao mesmo tempo, “não incorrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possu-am dignidade constitucional” (FISCHER, 2009, p. 67-68).

Deve, assim, haver uma necessária ponderação entre a eficiên-cia da persecução penal e as garantias fundamentais do imputado, pois o “processo penal é, antes de tudo, equilíbrio”, conforme observa Américo Bedê Freire Júnior (2011, p. 30), não sendo a impunidade o preço a ser pago para se viver em um Estado Democrático de Direito.

A regulamentação do instituto da colaboração premiada pela Lei n. 12.850/2013⁶ representou inquestionável avanço para a compatibili-zação da necessária eficiência do Estado frente à criminalidade moderna com os direitos e garantias de residência constitucional dos colaborado-res e dos delatados. Isto porque, a partir dela, tornou-se imprescindível a intervenção da defesa técnica, desde o início das tratativas, a fim de assegurar que a colaboração do imputado com a persecução penal seja fruto de uma manifestação de vontade livre, voluntária e consciente. Aliás, a partir da regulamentação do instituto, a colaboração premiada passou a ser uma das estratégias disponíveis à defesa, conforme se verá adiante. Além disso, a homologação judicial é *conditio sine qua non* para a validade de todo e qualquer acordo de colaboração.

A propósito, é na etapa da homologação pelo Poder Judiciário que se poderá corrigir eventual desequilíbrio entre as duas forças que aparentemente se contrapõem da persecução penal: eficiência *versus* garantias. Conforme bem observa Alexandre Buck Medrado Sampaio (2011, p. 274), é no juiz que reside a garantia de todo e qualquer

6 Cujo regramento se mostra aplicável, segundo Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva (2015, p. 164), também às outras normas que não disciplinaram tal procedimento, tais como as Leis n. 8.072/1990, 7.492/1996, 9.807/1999, 9.613/1998, 11.343/06, 8.137/1990, 12.529/2011 e o art. 159, § 4º, do Código Penal, pois, além do fato de trazer segurança ao réu colaborador/delator, respeita-se a garantia constitucional do devido processo legal.

cidadão de que a verdade não será investigada pelo Estado a qualquer preço, mas apenas nos termos da lei.

Compartilham dessa posição Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva (2015, p. 171), para os quais “o juiz deve funcionar como o semáforo do sistema: se der luz verde para arbitrariedades ou se ele mesmo é o responsável por elas, violado resulta o Estado de Direito”; por outro lado, “se usar a luz vermelha para as arbitrariedades estará convalidando o instituto da colaboração dentro dos contornos do Estado Democrático de Direito”.

Nesta ordem de ideias, correto Alfredo Carlos Gonzaga Falcão Júnior (2011, p. 16) quando observa que o que está em liça não é se posicionar a favor ou contra a colaboração premiada, e sim observar os resultados favoráveis que podem ser colhidos do seu uso. Para o autor, o processo penal, enquanto espaço de violência, deve ser utilizado da menor maneira possível, porém, quando necessário, deve ter a máxima eficácia possível com vistas a consolidar os bens jurídicos, cuja natureza e respeito visam garantir os espaços mínimos de ação em sociedade.

3 A legitimidade da colaboração premiada sob uma perspectiva ética

3.1 Ética, moral e a colaboração premiada

De difícil conceituação, ética e moral são campos interligados. Miguel Reale (2001) oferece uma boa e simples explicação de ambos os conceitos ao definir que a ética “tem por fim determinar os valores fundantes do comportamento humano”, enquanto que a moral se refere “mais à posição subjetiva perante esses valores, ou à maneira como eles se apresentam objetivamente como regras ou mandamentos”. Dito de outra forma, a moral corresponde à realização da ética *in concreto*.

Semelhante elucidação é dada por Walter Barbosa Bittar e Alexandre Hagiwara Pereira (2011, p. 206), os quais esclarecem que “o campo da moral é o da prática, do comportamento real, efetivo, ou seja, são aquelas situações onde os indivíduos pautam seu

comportamento por normas que julgam apropriadas de serem cumpridas”, ao passo que a ética “pertence ao campo da reflexão e do pensamento sobre estes comportamentos práticos”.

Quando uma sociedade define o que considera ser o “mal”, acaba por delimitar aquilo que reputa como violência contra o indivíduo ou contra o corpo social. Por conseguinte, os valores definidos como “bem” servem como barreiras éticas no combate a essa violência. Daí se sobreleva o caráter normativo da ética, pois ela atua como instrumento limitador dos mecanismos de controle da violência a serem instituídos (CARVALHO, 2009, p. 125-126).

É dessa compreensão que advêm as duas maiores críticas feitas pela doutrina à colaboração premiada a partir de uma perspectiva ética: (I) que a relação negocial estabelecida entre o Estado e o agente colaborador coloca em xeque a moralidade, a competência e a credibilidade do aparelho repressor, por condicionar o seu funcionamento à cooperação daquele a quem deveria perseguir; e (II) que a colaboração premiada é fomentada por interesses egoísticos e incentiva a *traição* por parte do agente colaborador em relação a possíveis coautores e partícipes dos crimes sob investigação⁷ (FERRO; PEREIRA; GAZZOLA, 2014, p. 83).

As críticas tecidas ao instituto, em essência, invocam uma pretensa *ética* existente entre os infratores que, em última análise, impede que a sociedade seja vista como vítima da quebra da ordem social. Os argumentos que amparam discursos nesse sentido mais se aproximam de reações emocionais (quando não ideológicas) à colaboração premiada e aos resultados que ela oferece no combate à impunidade, do que de posturas racionais propriamente.

O emprego da colaboração premiada – instituto que se faz presente hoje no direito processual penal de várias nações, a exemplo da França, do México, do Reino Unido e da Espanha (ARAS, 2015) – não

7 Nesse sentido, à guisa de ilustração, Salo de Carvalho e Camile Eltz de Lima (2009, p. 249-250), os quais já advogaram que a incorporação da lógica *premiada* foi necessária como fator profilático à ineficiência da burocracia punitiva. Afirmam os mencionados autores que “ao demandar auxílio do criminoso, em face do flagrante déficit de inteligência na investigação, é reconhecida a falência do poder estatal no controle da criminalidade. Por outro lado, como mensagem subliminar, transmite-se a ideia da virtude da traição e de sua indispensabilidade na ‘guerra santa contemporânea’ contra o crime e os delinquentes”.

induz incompetência ou falência dos órgãos encarregados da persecução penal, tampouco o esmorecimento das atividades investigatórias. A técnica de investigação em questão tem aplicação restrita, servindo à apuração apenas de infrações penais mais graves, dotadas de peculiaridades que tornam ineficazes os métodos de apuração tradicionais.

Conforme explicam Ferro, Pereira e Gazzola, (2014, p. 94), não se trata de mecanismo inserido no ordenamento jurídico pátrio para suprir uma deficiência das forças de segurança por meio de uma barganha penal (prêmio representado pela diminuição de pena ou perdão judicial), mas sim de um meio de investigação eficiente para o entendimento do *modus operandi* das organizações criminosas e para o rompimento de suas estruturas de maneira gradativa, coisa que não se conseguiria sem auxílio do criminoso-colaborador, face à estrutura de teia em regra apresentada pelas organizações criminosas.

Significativa parcela da doutrina já compreendeu que o instituto representa a busca por um instrumental investigativo adequado à nova estruturação das atividades delinquentiais⁸ (FERRO; PEREIRA; GAZZOLA, 2014, p. 85). Frederico Valdez Pereira (2014, p. 153) observa, com propriedade, que

parece já difícil contestar que, em alguns fenômenos delituosos, a atividade investigativa tenha, mais do que conveniência, a concreta necessidade de contributos oriundos de pessoas internas à própria atividade delituosa associativa.

Na mesma linha, Cleber Masson e Vinícius Marçal (2015, p. 101) explicitam que imaginar que uma investigação sobre a composição e o *modus operandi* de uma organização criminosa seja bem feita apenas com a requisição de documentos, a colheita de depoimentos de testemunhas e o interrogatório de suspeitos é ignorar por completo as dificuldades inerentes ao combate efetivo ao crime organizado.

⁸ Deltan Dallagnol (2015) também explicita as razões pelas quais determinados crimes somente podem ser apurados a partir de dados fornecidos por quem deles tomou parte: “Neste mundo, a corrupção é sussurrada entre quatro paredes. Corruptor e corrupto fazem um pacto de silêncio. Não há testemunhas. O ato corrupto é disfarçado de ato legítimo, que pode ser defendido com argumentos técnicos, ou, por vezes, é um ato discricionário que seria perfeitamente legal se seu motivo não fosse o pagamento da propina. A própria propina é paga de modo disfarçado, por meio de sofisticados métodos de lavagem de dinheiro que dão aparência lícita aos pagamentos e dificultam ou impedem o rastreamento do dinheiro”.

Sendo certo que a colaboração premiada é reservada para as hipóteses em que se mostram insuficientes as ferramentas investigatórias convencionais, atrelar o instituto à afirmação de incompetência ou inoperância do Estado na persecução penal implica atribuir “uma amplitude de atuação que o instituto parece não possuir, já que não serão tantos os casos nos quais será aplicado” (CUNHA; PINTO, 2014, p. 39).

Não se trata, portanto, de demonstração de impotência do Estado, mas sim de adequação deste à realidade fática quanto às organizações criminosas que atuam no País (FERRO; PEREIRA; GAZZOLA, 2014, p. 94).

No que respeita ao argumento de que a colaboração premiada é antiética por disseminar no espaço comunitário a percepção de que a traição é valor encorajado pelo direito, há que se atentar, inicialmente, que este toma em conta apenas o fato de o colaborador *delatar*, desconsiderando que a disciplina legal do instituto não exige, como pressuposto para a concessão de benesses, essa espécie de conduta.

A delação não é a única hipótese de colaboração premiada prevista no ordenamento jurídico pátrio. A colaboração processual pode também ser firmada para a recuperação total ou parcial do produto do crime ou para preservar a integridade física da vítima (art. 4º, incisos IV e V, da Lei n. 12.850/2013), hipóteses em que o colaborador poderá fazer jus a benefícios sem ter feito qualquer alusão aos demais envolvidos na organização criminosa (CUNHA; PINTO, 2014, p. 38).

Contudo, mesmo nos casos em que a colaboração premiada resulta na identificação de possíveis coautores e/ou partícipes da infração penal, a tônica da discussão não deve ser a eticidade da delação em si, mas sim a ética da *decisão de delatar*, que implica realizar juízo subjetivo de lealdade aos comparsas ou à sociedade (AMATUCCI, 2005).

Esta sensível questão – o fato de que embora a traição seja imoral, colaborar com a justiça é comportamento reputado moral – não passou despercebida por Bittar e Pereira (2011, p. 208), que, indagando até que ponto é imoral buscar algum benefício delatando comparsas e colaborando com a justiça, concluem que, quando o colaborador busca benefícios apenas para si, motivado pelo egoísmo, seu comportamento é imoral; ao passo que se está efetivamente arrependido e decidido a colaborar com a justiça, seu comportamento é moral.

Nada obstante, na prática, não se perquire a motivação “moral” do colaborador, sendo irrelevante o que o motivou a celebrar acordo de colaboração premiada: arrependimento, ódio, vingança ou mera avaliação calculista do custo-benefício envolvido.

Por esta razão, concordamos com Marcos Paulo Dutra Santos (2016, p. 72-73) quando afirma que Direito, Moral e Ética não são categorias justapostas. De fato, o ideal de justo, no Direito, dialoga intensamente com a segurança e a igualdade material, que são

valores de aferição mais objetiva, desaguando em regras e institutos que estão longe de representar uma unanimidade moral ou ética, até porque essas duas grandezas são de cunho muito subjetivo, praticamente ‘consumo interno’ de cada um, com poucas zonas de consenso.

No mesmo sentido, Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva (2015, p. 173) advogam que a colaboração premiada pode ser *amoral*, porquanto “não é necessário que exista concordância absoluta entre preceitos morais e jurídicos – nem jurídicos-penais”. Citando ensinamentos de Paulo Queiroz, destacam que a moral persegue o aperfeiçoamento ético do homem, ao passo que o direito, enquanto instrumento de controle social formal, objetiva tornar possível a convivência social, independentemente da adesão moral de seus destinatários.

A toda evidência, existe um *conteúdo ético mínimo* que deve ser respeitado pelo Estado, consistente no que Walter Barbosa Bittar e Alexandre Hagiwara Pereira (2011, p. 207) denominam de resguardo das “regras do jogo”: o devido processo legal, a inderrogabilidade da jurisdição, a ampla defesa e o contraditório e a proscricção de provas ilícitas. Respeitadas essas garantias na colaboração premiada, há uma conformação ética do instituto.

3.2 A imoralidade da *Omertà*

A criminalidade organizada caracteriza-se, entre outros aspectos, pela existência de um código de conduta entre os seus integrantes, que preza pelo silêncio e pela não cooperação com as autoridades encarregadas da persecução penal. É o que se denomina *Omertà*.

Conforme mencionado nas linhas acima, para muitos, a celebração de acordo de colaboração premiada – e, por conseguinte, a suposta

ruptura desse código de conduta – corresponde a uma atitude eticamente condenável, tanto por parte do Estado quanto por parte daquele que decidiu cooperar com os órgãos encarregados da persecução penal. Há quem advogue, inclusive, que “o atuar do delator revela-se o mais repugnante de todos”, pois protagoniza dupla “traição”: “primeiramente, trai o pacto social que, enquanto cidadão, também assinou; em seguida, trai os corréus, violando o pacto criminoso que firmaram”, e, ainda assim, é ‘premiado’ com a menor punição” (SANTOS, 2016, p. 69).

Ora, se a revelação da existência do crime corresponde à revelação da existência de uma conduta contrária à ética e ao Direito, como sustentar que o comportamento do colaborador é eticamente reprovável? Existiria, como questiona Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p. 784), uma “ética criminosa”, afastada de quaisquer considerações morais?

Na realidade, não. Rememorando que a ética, em sentido mais comum, é ciência da moral, de fundo eminentemente axiológico, fundado na ideia do bem e do justo, Pacelli (2011, p. 784-785) leciona que o dever de lealdade do associado criminoso para com o seu bando, quando presente, encontra sua justificativa em códigos de condutas particulares, sem quaisquer pretensões de universalidade, dado que as ações são voltadas justamente à destruição de bens e valores assegurados em lei à comunidade jurídica. Daí porque a violação de segredos da organização criminosa não deve ser considerada eticamente reprovável.

No mesmo sentido, Carlos Fernando dos Santos Lima (2005) enfatiza que “não há regra moral na omertà, não se pode admitir como obrigação ética o silêncio entre os criminosos”. Vladimir Aras (2010), do mesmo modo, assevera que o compromisso ético que todo e qualquer cidadão deve ter é com a sociedade, e não com os seus eventuais cúmplices.

O juramento de silêncio entre criminosos é imoral. O valor ético a ser defendido é o de desvelar o crime e punir seus autores (LIMA; MATTOS, 2014). Muito mais danosa do que uma pretensa *traição institucionalizada* (CRUZ, 2006), indevidamente atribuída ao instituto da colaboração premiada, é a prática de ilícitos penais seguida de impunidade, que enseja o encorajamento à prática

de novos delitos e resulta em um fator de corrosão da vida pública, ante a sensação de insegurança entre os cidadãos (FERRO; PEREIRA; GAZZOLA, 2014, p. 93).

Nesses termos, a consolidação da utilização da colaboração premiada como técnica de investigação constitui “um importante fator desagregador no seio de organizações criminosas”, conforme bem destaca Deltan Dallagnol (2015), pois, “ao minar vínculos de confiança, a possibilidade de colaboração torna a empreitada criminosa mais arriscada, desestimulando-a”.

A lealdade supostamente existente entre integrantes de sociedades delinquentiais não constitui valor moral a ser observado pelo ordenamento jurídico. Não é dever do Estado zelar pela observância de uma pretensa ética entre possíveis autores de ilícitos penais (SCHWARTSMAN, 2005).

3.3 A colaboração premiada enquanto estratégia de defesa: teoria dos jogos (dilema dos prisioneiros)

Fixada a compreensão de que não existem óbices éticos e morais à colaboração premiada, seja porque não existe moralidade na *Omertà*, seja porque o Estado não deve pautar a persecução penal de acordo com uma pretensa *ética criminosa*, o instituto sobreleva-se como um instrumento legal e legítimo colocado à disposição do acusado para o exercício regular do seu direito à ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição).

Com razão Marcos Paulo Dutra Santos (2016, p. 75) quando sustenta que “a opção pela colaboração premiada, sem meias palavras, é um dos caminhos que o acusado pode eleger”, bem como quando destaca que, “a depender das provas carreadas pelo Estado contra o acusado, a tornar a condenação mais que visível no horizonte, a delação mostra-se a estratégia capaz de minorar a punição ou, a depender do caso, até evitá-la”.

A percepção de que a colaboração premiada é uma benesse a mais à disposição dos acusados ainda não conta com muitos adeptos. Grande parte da doutrina nacional ainda se ocupa de tecer críticas ao instituto em vez de compreendê-lo como mais uma alternativa defensiva.

Ao abordar a crescente utilização da colaboração premiada como meio legítimo de coleta de evidências, Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva (2015, p. 172) advogam que as instituições encarregadas da persecução penal estão dando um tratamento matemático às investigações, adotando a Teoria dos Jogos⁹, de John von Neumann e Oskar Morgenstern, o que torna a investigação criminal mais científica e menos intuitiva (SCHWARTSMAN, 2014).

A colaboração premiada, especificamente, é comparada à problemática do “Dilema do Prisioneiro”, originalmente formulado por Merrill Flood e Melvin Dresher, cuja proposição dita “clássica” é a seguinte: dois suspeitos, A e B, são presos pela polícia. A polícia tem provas insuficientes para os condenar, mas, separando os prisioneiros, oferece a ambos o mesmo acordo: se um dos prisioneiros, confessando, testemunhar contra o outro e esse outro permanecer em silêncio, o que confessou sai livre enquanto o cúmplice silencioso cumpre 10 anos de sentença. Se ambos ficarem em silêncio, a polícia só pode condená-los a 6 meses de cadeia cada um. Se ambos traírem o comparsa, cada um leva 5 anos de cadeia. Cada prisioneiro faz a sua decisão sem saber que decisão o outro vai tomar, e nenhum tem certeza da decisão do outro. A questão que o dilema propõe é: o que vai acontecer? Como o prisioneiro vai reagir?

A situação hipotética tem três possíveis soluções (I) ambos os suspeitos confessam a prática delitiva e recebem uma punição mais branda; (II) apenas um dos suspeitos confessa o crime e delata o comparsa, restando isento de punição; e (III) ambos os suspeitos permanecem em silêncio e recebem a pena mínima. Obviamente, permanecer em silêncio seria, em tese, a melhor alternativa para ambos. Para a Teoria dos Jogos, este seria o “Equilíbrio de Nash”: a melhor decisão possível tendo

⁹ A Teoria dos Jogos é um ramo da matemática aplicada que estuda situações estratégicas onde jogadores escolhem diferentes ações na tentativa de melhorar seu retorno. Inicialmente desenvolvida como ferramenta para compreender comportamento econômico, a Teoria dos Jogos é hoje usada em diversos campos acadêmicos. Tornou-se um ramo proeminente da matemática especialmente depois da publicação, em 1944, da obra *Theory of Games and Economic Behavior* (Teoria dos Jogos e Comportamento Econômico), elaborada por John Von Neumann e Oskar Morgenstern, que alvitaram estratégias racionais em situações em que o resultado depende não só da estratégia própria de um agente e das condições de mercado, mas também das estratégias escolhidas por outros agentes que possivelmente têm estratégias diferentes ou objetivos comuns (<https://pt.wikipedia.org/wiki/Teoria_dos_jogos>).

em vista a decisão do outro. Entretanto, é certo que ambos os suspeitos, no momento da decisão, se confrontam com o seguinte dilema: confiar no cúmplice e permanecer negando o crime, correndo o risco de ser colocado numa situação ainda pior, ou confessar e esperar ser libertado, apesar de que, se o comparsa fizer o mesmo, ambos ficarão numa situação pior do que se permanecessem calados? Em suma, os sentimentos de confiança e traição fazem parte da estratégia a ser adotada por cada um dos suspeitos.

Transmutando as proposições do Dilema dos Prisioneiros para a colaboração premiada, tem-se que, a partir do momento em que um dos membros da organização criminosa decide cooperar com as autoridades, a melhor estratégia de defesa para os demais investigados passa a ser adotar a mesma postura, para que colham algum benefício penal. Assim, a partir da primeira colaboração premiada, pode vir a ocorrer um “nítido efeito viral”, com colaborações premiadas sequenciais, o que propicia não só maior avanço nas investigações como também uma melhor instrução do processo (GOMES; SILVA, 2015, p. 172-173).

À vista da inegável eficiência da colaboração premiada enquanto instrumento de repressão ao crime, Marcos Paulo Dutra Santos (2016, p. 75) observa, com acerto, que o instituto vai ao encontro dos anseios de todos os sujeitos processuais: é uma eficaz ferramenta probatória, a contentar os órgãos encarregados da investigação; facilita a busca do que se supõe ser a verdade material e, por conseguinte, a entrega da prestação jurisdicional; e, não raro, é a única via factível para a preservação da liberdade do acusado, para diminuir-lhe sensivelmente a pena, ou, quiçá, resguardar-lhe o estado de inocência, se a colaboração culminar no perdão judicial.

A consolidação da colaboração premiada no âmbito da justiça criminal brasileira, como técnica investigativa de crimes perpetrados no âmbito de complexas organizações criminosas, tem ensejado a gradual mudança de um processo penal conflitivo para um processo penal colaborativo movido pelos interesses das partes (GOMES; SILVA, 2015, p. 173). Nada obstante, a dialeticidade do processo resta preservada, sendo imprescindível a intervenção de

defesa técnica, desde as tratativas do acordo, a fim de assegurar que a colaboração seja fruto de uma manifestação de vontade livre e consciente do colaborador (SANTOS, 2016, p. 125).

Se é fato que a persecução penal de delitos vinculados à macrocriminalidade associativa está a trilhar caminhos mais científicos e menos intuitivos, é certo que aqueles que assumem a defesa técnica dos imputados devem abandonar eventuais ranços dogmáticos e adotar posturas racionais diante das probabilidades probatórias que se apresentam, recomendando-lhes a celebração de acordo de colaboração premiada quando esta se revelar a estratégia com melhor perspectiva em termos punitivos.

4 A legitimidade da colaboração premiada sob uma perspectiva jurídica

Ao abordar os princípios constitucionais fundamentais em matéria penal e processual penal, Douglas Fischer (2006, p. 65) preleciona que um dos pilares de sustentação de um sistema jurídico de um Estado Social e Democrático de Direito está no denominado Princípio do Devido Processo Legal, preconizado no art. 5º, inciso LIV, da Constituição, segundo o qual ninguém poderá ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Tal princípio tem como função primaz balizar os limites da ação do Estado e de sua essência deflui a necessária observância da proteção substancial dos direitos fundamentais dos cidadãos.

A colaboração premiada necessariamente deve observância ao devido processo legal e às garantias a ele relacionadas, especialmente a possibilidade de ampla defesa e contraditório, o direito ao silêncio e a proibição de provas ilícitas (BITTAR; PEREIRA, 2011, p. 179). Ainda que por razões de política criminal se estabeleça verdadeiro negócio jurídico bilateral entre o colaborador e o Estado para o enfrentamento de organizações criminosas, os contornos de tal ato jurídico devem se revestir da atenção aos princípios constitucionais garantistas (GAZZOLA, 2009, p. 174).

A Lei n. 12.850/2013 trouxe regras claras para a celebração do acordo de colaboração premiada, de modo a conformar o instituto ao

devido processo constitucional, permitindo, de um lado, maior eficácia na persecução penal de determinadas formas de criminalidade, sem que, de outra parte, sejam vilipendiados direitos e garantias do colaborador e demais imputados (CUNHA; PINTO, 2014, p. 35).

Nada obstante, assinalam Cleber Masson e Vinícius Marçal (2015, p. 98) que parte considerável da doutrina ainda se mostra contrária à concessão de prêmios ao colaborador processual, por enxergar nessa circunstância uma indevida e ilegítima intromissão de instrumentos oriundos de uma legislação de emergência. Para além dos argumentos já mencionados que tentam atribuir à medida a pecha de imoral ou antiética, a legitimidade do instituto é também questionada na sua perspectiva jurídica, sobretudo sob as alegações de que implica violação ao direito fundamental à não autoincriminação e ao princípio da proporcionalidade, uma vez que enseja a aplicação de sanções discrepantes a acusados que perpetraram o mesmo crime¹⁰.

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema – providência, inclusive, incompatível com os propósitos deste estudo –, serão abordados, na sequência, os dois principais argumentos, do ponto de vista jurídico, suscitados por aqueles que se posicionam contrariamente à colaboração premiada.

4.1 Direito à não autoincriminação

O direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*¹¹) corresponde ao conjunto de direitos e garantias fundamentais – direito à intimidade, à privacidade, à incolumidade física e psíquica, à honra, à imagem – que não podem ser tangenciados pelo Poder Público, salvo nos limites autorizados no texto constitucional (PACELLI; FISCHER, 2016, p. 433).

10 Até o advento da Lei n. 12.850/2013, outros óbices eram suscitados em face da colaboração, a saber: invasão da competência jurisdicional, por ser a colaboração oriunda de acordo celebrado entre acusação e defesa; violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, porque subtraída do Poder Judiciário a possibilidade de julgar o feito; enfraquecimento do trabalho de investigação pelos órgãos encarregados da persecução penal, ante a facilidade advinda da colaboração. Estes, no entanto, foram superados pela disciplina legal conferida ao instituto em 2013 (CUNHA; PINTO, 2014, p. 35-37).

11 Aury Lopes Junior (2016, p. 447) traduz o brocardo *nemo tenetur se detegere* com a expressão “nada a temer por se deter”, e classifica o direito de não produzir prova contra si como “o mais sagrado de todos os direitos”, do qual se desdobram importantes vertentes, como o direito de silêncio e a autodefesa negativa.

Na contramão do entendimento predominante, Vladimir Aras (2012) advoga que não se extrai da garantia do *nemo tenetur se detegere* o reconhecimento de um suposto *direito de mentir*. O direito ao silêncio, expressamente assegurado ao preso no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição, mas estendido a todos os acusados, é uma derivação do direito à não autoincriminação (FERNANDES, 2007, p. 303-304).

É da essência do acordo de colaboração premiada que o colaborador, no que se refere aos fatos delituosos de que tenha participado, não *exerce* o seu direito constitucional ao silêncio, tal qual ocorre na confissão tradicional (PACELLI; FISCHER, 2016, p. 355). O legislador, sem se valer da melhor técnica legislativa¹², fez constar expressamente na Lei n. 12.850/2013 esta condição, acrescida do compromisso legal de dizer a verdade (art. 14, § 4º). Em outras palavras, o direito ao silêncio (faculdade) é incompatível com a colaboração premiada, por meio da qual o imputado assume, voluntariamente, o dever de falar.

Fixadas essas premissas, fica claro que, para se argumentar a suposta violação do direito à não autoincriminação pela colaboração premiada, seria necessário considerar o direito dos acusados a não confessar como uma prerrogativa inafastável, ou, então, embora afastável, que o prêmio pela colaboração eliminaria a voluntariedade exigida para o acordo (PEREIRA, 2014, p. 58-59).

A primeira suposição, obviamente, não se sustenta. Conforme destacam Cleber Masson e Vinícius Marçal (2015, p. 138-139), todo e qualquer réu/investigado pode espontaneamente confessar a prática dos fatos que lhe são imputados, providência inclusive fomentada pela legislação penal com o abrandamento da pena (art. 65, III, *d*, do Código Penal), de modo que “resulta evidente que não há entre nós um dado dever ao silêncio”.

A segunda proposição é, aparentemente, mais plausível. A partir da compreensão de que o princípio do *nemo tenetur se detegere* se presta a proteger o indivíduo contra excessos físicos ou morais

12 Conforme esclarecem Cleber Masson e Vinícius Marçal (2015, p. 138), ao se referir de forma imperativa à *renúncia* ao direito fundamental ao silêncio, o legislador acabou por ferir justamente uma das características marcantes dos direitos fundamentais: a irrenunciabilidade. Em termos de direitos fundamentais, o que pode ocorrer é o *não exercício* da prerrogativa, mas nunca a sua renúncia.

cometidos pelo Estado na persecução penal, há quem sustente que a oferta de prêmio pela colaboração acaba por vulnerar a esfera de liberdade do imputado, reduzindo-o ao “estado primitivo de objeto do processo” (CARVALHO, 2009, p. 114-115). Também há quem advogue que a concessão de benefícios ao colaborador consubstancia um estímulo à confissão, e, por conseguinte, um estímulo à autoincriminação, razão pela qual seria inafastável a conclusão de que a colaboração premiada implica violação de direitos fundamentais (BRITO, 2016, p. 83).

Ambos os argumentos padecem de uma falha argumentativa irremediável: olvidam o fato de que a oferta de prêmios e/ou benefícios pela colaboração somente acontece após comparecimento voluntário e espontâneo do imputado, com indicação clara quanto ao que pode falar. Se não existir nenhuma atitude *proativa* por parte do imputado, no sentido de colaborar com as investigações, não partirá do Estado a iniciativa de oferecer prêmios ou benefícios em troca de cooperação.

Além dessa falha, os argumentos acima declinados partem do pressuposto de que faltaria ao imputado, ainda que assistido por defesa técnica, capacidade de se autodeterminar diante de uma proposta de benefícios punitivos em troca de cooperação com a atividade persecutória do Estado, com o que não se pode concordar.

Por ostentar a condição de sujeito processual – posição historicamente consolidada justamente pelo *nemo tenetur se detegere*¹³ –, o acusado pode, a partir de uma manifestação de vontade marcada pela voluntariedade e consciência, optar por não exercer o seu direito constitucional à não autoincriminação. Situa-se na esfera de liberdade do titular do direito a decisão sobre opor-se, total ou parcialmente, ou mesmo não se opor, à imputação (PEREIRA, 2014, p. 59).

13 Eugênio Pacelli e Douglas Fischer lecionam que o *nemo tenetur se detegere* – que pode ser traduzido como “ninguém é obrigado a se descobrir” – é um aforismo renascido no pós-iluminismo, emblemático de uma era de transformação na teoria do processo e, sobretudo, no âmbito do processo judicial criminal, já no século XIX. A partir da compreensão do processo como *relação jurídica*, o réu, anteriormente tratado como *objeto* do processo, passa a ser visto como *parte*, com a atribuição de ônus, faculdades, direitos e deveres. Assim, o *nemo tenetur se detegere* cumpriu a relevante missão, como verdadeiro princípio, de proteção à pessoa do acusado, afirmando a necessidade de respeito aos atributos inerentes à dignidade humana, ao mesmo tempo em que consolidou os direitos subjetivos do acusado ao exercício de todas as faculdades processuais permitidas ao órgão acusador (PACELLI; FISCHER, 2016, p. 431).

Ora, se, por um lado, não pode ser impingida violência ao colaborador para que fale e se autoincrimine, transformando-o em simples objeto, por outro, não se pode *impedir* que fale, que ponde-re como ser humano livre e, independentemente dos seus motivos pessoais, decida se deve colaborar com a elucidação dos fatos sob apuração (FALCÃO JR., 2011, p. 17).

Com razão, portanto, Frederico Valdez Pereira (2014, p. 58-59), ao sustentar que a possibilidade de se atribuir um efeito benéfico à confissão voluntariamente prestada, mormente quando acrescida de colaboração revelativa, não importa violação do direito à não autoincriminação, bem como que o prêmio pela cooperação não elimina a voluntariedade da opção por não exercer a garantia de não se declarar culpado.

Aliás, entendida a prerrogativa de outra forma, o direito à não autoincriminação implicaria um suposto dever do acusado de contrapor-se à pretensão punitiva, o que, à toda evidência, não corresponde à realidade (PEREIRA, 2014, p. 59).

Nesta ordem de ideias, conclui-se com Alfredo Carlos Gonzaga Falcão Júnior (2011, p. 26) que a colaboração premiada *não coisifica o homem*, e sim o reconhece como ser autônomo, inclusive para compactuar a defesa dos bens jurídicos penais.

4.2 Individualização da pena: proporcionalidade da sanção imposta à gravidade do delito

Com base em pressuposto de finalidade político-criminal, a colaboração premiada implica certo distanciamento da resposta penal do juízo de proporcionalidade à gravidade objetiva e subjetiva do fato praticado pelo colaborador. Há uma espécie de renúncia parcial à punição de autor de delito (PEREIRA, 2014, p. 60).

Por conta dessa circunstância, há quem sustente que o instituto viola o postulado da proporcionalidade, na medida em que resulta na fixação de penas discrepantes a autores de um mesmo delito. Ao abordar o tema, Marcos Paulo Dutra Santos (2016, p. 68), com base no escólio de Luigi Ferrajoli, destaca o entendimento de que a colaboração

premiada permite que acusados cujas condutas se mostraram menos reprováveis do que a encetada pelo colaborador recebam sanção maior, considerada a recusa em negociar com o Estado, bem como a compreensão de que, em última análise, a própria isonomia material (art. 5º, *caput*, da Constituição) resta comprometida pelo instituto, pois réus em idêntica situação jurídico-penal receberiam tratamento diferenciado, ante a maior capacidade negocial de um em relação aos demais.

A fixação de sanções diversas a autores de um mesmo delito não configura ofensa ao princípio da proporcionalidade, tampouco ao princípio da isonomia. A aplicação da pena implica valoração não apenas da reprovabilidade do fato, mas também de circunstâncias pessoais do agente, notadamente a sua culpabilidade. Réus mais culpáveis devem receber penas mais severas (NUCCI, 2014, p. 728-729).

Pertinente, no ponto, a observação feita por Marcos Paulo Dutra Santos (2016, p. 73) no sentido de que o Direito Penal é do fato enquanto regra de julgamento, isto é, no momento de apreciar a procedência ou não da pretensão acusatória, aproximando-se, contudo, do Direito Penal do Autor quando da aplicação da pena, pois é razoável que a sua individualização passe pela análise das circunstâncias pessoais do imputado.

De ver-se, a propósito, que o comportamento do agente, buscando remediar as consequências do injusto, jamais foi um indiferente penal, haja vista as previsões legais de *desistência voluntária e arrependimento eficaz* (art. 15 do Código Penal), de *arrependimento posterior* (art. 16 do Código Penal) e da atenuante genérica delineada no art. 65, inciso III, alínea *b*, do Código Penal, que repercutem na aplicação das penas (SANTOS, 2016, p. 70-71).

Ora, se a simples confissão enseja a atenuação das penas, maior benefício deve ser conferido ao acusado que decide colaborar de forma eficaz com o Estado, auxiliando na identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas, fornecendo informações que auxiliem na prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa e/ou na recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas (SANTOS, 2016, p. 71). Nas palavras de Vladimir

Aras (2012), “por cooperar quando podia calar, este indivíduo faz jus a um prêmio ainda mais relevante do que o entregue ao mero confesso”.

Frederico Valdez Pereira (2014, p. 62-63) destaca a existência de outro enfoque crítico à pactuação de penas em acordos de colaboração premiada, consistente no argumento de que as funções de prevenção geral e especial da pena podem ser comprometidas, no caso concreto, acaso a reprimenda pactuada seja fixada abaixo do mínimo necessário a representar uma reação adequada à gravidade do fato cometido e fazer com que o réu, pela admoestação, recepcione a relevância dos valores violados, restando comprometidos os ideais de dissuasão e reforço da consciência jurídico-moral da comunidade social. Segundo esta vertente, o princípio da proporcionalidade da pena à gravidade do fato figuraria como verdadeiro limite à redução das penas, sendo hábil a embasar argumentação contrária à redução da reprimenda do colaborador.

Entretanto, observa o autor, amparado em Roxin, que o princípio da culpabilidade e, por consequência, a sua projeção na exigência de proporcionalidade na aplicação da pena mais se alinham à função de garantia individual do autor do crime, como limite ao excesso de punição, do que como projeção oposta de exigência de limites mínimos à repreensão, de modo que somente a partir de uma concepção eminentemente retributiva da pena é que se poderia chegar à conclusão de que tais princípios impedem a norma favorável ao colaborador (PEREIRA, 2014, p. 62).

Não passou despercebido por Frederico Valdez Pereira (2014, p. 63) que há verdadeiro contrassenso por parte de parcela da doutrina dita garantista que sustenta, em alguma medida, a utilização dos princípios da culpabilidade ou da proporcionalidade na aplicação da pena para censurar o tratamento sancionatório mais benéfico ao réu em virtude da colaboração premiada.

É certo que as críticas fundadas na suposta incompatibilidade da colaboração premiada com o princípio da individualização das penas não se sustentam. Os benefícios concedidos aos colaboradores não são estipulados a esmo. Por expressa determinação legal, são fixados de acordo com a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso

e a eficácia da colaboração (art. 4º, § 1º, da Lei n. 12.850/2013). E sobretudo: passam sob o crivo judicial.

Assim é que “premiar o denunciado pela colaboração prestada, embora estranha à dinâmica delitiva em si, relaciona-se com a pessoa, não discrepando das balizas norteadoras da individualização da pena” (SANTOS, 2016, p. 73-74).

5 Considerações finais

Na esteira de uma tendência mundial de adoção de medidas efetivas para a repressão do crime organizado, foi recentemente inserida no ordenamento jurídico pátrio a Lei n. 12.850/2013, que prevê técnicas especiais de investigação voltadas à apuração desta forma de criminalidade. Entre as inovações legislativas, houve a regulamentação da colaboração premiada, instituto já vivenciado pelo ordenamento jurídico, mas agora revigorado para atender às necessidades investigatórias de combate à delinquência organizada.

A partir desta regulamentação, houve sensível incremento da utilização da medida pelos órgãos encarregados da persecução penal no País. Paralelamente, houve também notório incremento das críticas à utilização do instituto. Identifica-se, na atualidade, verdadeiro movimento de parcela da doutrina dita garantista, bem como de parte da classe política nacional, com o objetivo de deslegitimar a utilização da colaboração premiada, sobretudo em virtude dos avanços obtidos com a medida no âmbito da operação Lava Jato. Argumentam que a busca por maior eficiência no combate à criminalidade, por meio de colaborações premiadas, tem ensejado violações a preceitos éticos e a direitos e garantias fundamentais dos investigados.

Conforme apontamos no breve estudo realizado, imprimir eficiência à persecução penal é um dos deveres de um Estado Democrático de Direito. Do rol de direitos e garantias fundamentais é possível extrair o dever estatal de garantir aos cidadãos a eficiência e a segurança, o que consiste não apenas em evitar condutas criminosas que atinjam direitos de terceiros, mas também na devida apuração dos atos ilícitos, de modo a evitar a impunidade.

A colaboração premiada, enquanto técnica especial de investigação, é instrumento hábil e eficaz para o combate da criminalidade organizada. Sua utilização pelos órgãos encarregados da repressão penal não implica malferimento a postulados éticos, sobretudo porque a lealdade entre membros de organizações criminosas não constitui um valor moral a ser observado. A escolha daquele que decide cooperar com as investigações deve ser compreendida de forma positiva, como um ato em favor da sociedade, e não como um ato de traição para com os comparsas.

Tampouco há violação a preceitos éticos por parte do Estado ao se valer da cooperação daqueles que figuram como alvos da persecução penal. Conforme visto, diante de determinados fenômenos delituosos, a atividade investigativa tem a concreta necessidade de contribuição de pessoas internas à própria organização criminosa para conseguir avançar e punir os responsáveis. À vista da consabida especialização das associações criminosas voltadas à macrodelinquência e da dissimulação de que se valem para a prática de ilícitos, advogar que as investigações podem sempre ser feitas apenas com os métodos tradicionais de investigação (requisição de documentos e informações, colheita de depoimentos de testemunhas e o interrogatório de suspeitos) é ser conivente com a ineficiência da persecução penal e, em última análise, com a impunidade.

Assim, sendo a colaboração premiada medida voltada ao incremento da eficiência da persecução de determinada forma de criminalidade, há razão suficiente para a sua legitimação do ponto de vista moral.

Há, outrossim, plena conformação do instituto ao sistema jurídico pátrio. Trata-se de legítimo meio de obtenção de prova, regulamentado por instrumento legal absolutamente compatível com a ordem constitucional. Aos investigados em geral sempre foi dada a possibilidade de confessar espontaneamente a prática delituosa em troca de tratamento sancionatório mais benéfico, sendo tal prática inclusive fomentada pelo Estado por meio de atenuante de pena (art. 65, III, *d*, do Código Penal). A colaboração premiada, na prática, não se distancia muito da confissão e enseja ao investigado maiores benefícios penais.

Conforme demonstrado nas linhas acima, situa-se na esfera de liberdade do acusado a decisão sobre opor-se, total ou parcialmente,

ou mesmo não se opor, à imputação. Por conseguinte, pode, a partir de uma manifestação de vontade marcada pela voluntariedade e consciência, optar por não exercer o seu direito constitucional à não autoincriminação. Esta, aliás, pode ser uma legítima estratégia de defesa para a preservação da liberdade do acusado, para diminuir-lhe sensivelmente a pena ou, quiçá, resguardar-lhe o estado de inocência, se a colaboração culminar no perdão judicial.

Possivelmente, este é o aspecto mais relevante da consolidação da colaboração premiada no âmbito da justiça criminal brasileira: a persecução penal de delitos vinculados à criminalidade associativa está a trilhar caminhos mais científicos e menos intuitivos, de modo que aqueles que assumem a defesa técnica dos imputados devem adotar posturas racionais diante das probabilidades probatórias que se apresentam, recomendando-lhes a celebração de acordo de colaboração premiada quando esta se revelar a estratégia com melhor perspectiva em termos punitivos.

Observa-se, no processo penal pátrio, uma gradual e positiva mudança de perspectiva, de um sistema eminentemente conflitivo para um sistema colaborativo, movido pelos interesses das partes. Sem descuidar os direitos e garantias fundamentais, que fundamentam e limitam a atuação estatal no exercício do poder punitivo, logra-se maior eficiência na persecução penal, ao mesmo tempo em que são ampliadas as possibilidades de defesa dos investigados.

Referências

AMATUCCI, Marcos. *Delação: vício ou virtude?* 2005. Disponível em: <<http://marcosamatucci.blogspot.com.br/2005/08/delao-vcio-ou-virtude-aps-os-fatos-as.html>>. Acesso em: 16 dez. 2015.

ARAS, Vladimir. *Origem do instituto da colaboração premiada*. 2015. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2015/05/12/origem-do-instituto-da-colaboracao-premiada/>>. Acesso em: 5 mar. 2017.

_____. *O silêncio, a delação e a mentira no processo penal*. 2012. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2012/06/01/o-silencio-a-delacao-e-a-mentira-no-processo-penal/>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

_____. *Todo delator é um traidor?* 2010. Disponível em: <<https://vldimiraras.blog/2010/02/16/todo-delator-e-um-traidor/>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Juizados Especiais Criminais: uma abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 2001, v. 16, n. 47. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v16n47/7722.pdf>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 7. ed. rev. atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BITTAR, Walter Barbosa; PEREIRA, Alexandre Hagiwara. *Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRITO, Michelle Barbosa de. *Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

CARVALHO, Natália de Oliveira. *A delação premiada no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Salo de; LIMA, Camile Eltz de. *Delação premiada e confissão: filtros constitucionais e adequação sistemática*. 2009. Disponível em: <<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/30/Documentos/05.PDF>> Acesso em: 12 fev. 2017.

CRUZ, André Gonzalez. *Delação premiada é mal necessário que deve ser restrito*. 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-out-30/delacao_premiada_mal_necessario_restrito>. Acesso em: 17 dez. 2015.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado (Lei n. 12.850/13)*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

DALLAGNOL, Deltan. *As luzes da delação premiada*. 2015. Disponível em: <http://ead01.escola.mpu.mp.br/pluginfile.php/17666/mod_resource/

content/1/As%20luzes%20da%20delacao%20premiada%2C%20Deltan%2C%20Epoca.pdf> Acesso em: 12 mar. 2017.

FALCÃO JÚNIOR, Alfredo Carlos Gonzaga. Delação premiada: entre a legitimidade da violência e o seu valor probatório. In: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Direito e processo penal na Justiça Federal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 9-29.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. (rev. atual. e ampl.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flavio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. *Criminalidade organizada: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Curitiba: Juruá, 2014.

FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da Constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

_____. Investigação criminal pelo Ministério Público. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 46-71.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Privatização do processo penal brasileiro: o juiz “Chicó” e outros “causos”. In: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de (Coord.). *Direito e processo penal na Justiça Federal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 30-38.

GAZZOLA, Gustavo dos Reis. Delação premiada. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 147-183.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Criminalidade organizada e justiça penal negociada: delação premiada. *Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade*, v. 6, n. 1, p. 164-175, 2015. Disponível em: <<http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/view/476/755>> Acesso em: 17 jan. 2017.

JARDIM, Afrânio Silva. *Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada*. 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/nova-interpretacao-sistemica-do-acordo-de-cooperacao-premiada-por-afranio-silva-jardim/>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

LIMA, Carlos Fernando dos Santos. *Delação para colaborar com a sociedade*. 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2908200509.htm>>. Acesso em: 17 dez. 2015.

LIMA, Carlos Fernando dos Santos; MATTOS, Diogo Castor. *A ética do crime do colarinho branco*. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaofz2014/12/1556729-carlos-fernando-dos-santos-lima-e-diogo-castor-de-mattos-a-etica-do-crime-do-colarinho-branco.shtml>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. São Paulo: Método, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 8. ed. (rev. atual. e ampl.). São Paulo: Atlas, 2016.

PEREIRA, Flavio Cardoso. A moderna investigação criminal. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 98-146.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2014.

REALE, Miguel. *Variações sobre ética e moral*. 2001. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/veticam.htm>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

SAMPAIO, Alexandre Buck Medrado. Investigação de organizações criminosas sob a ótica do juiz de garantias. In: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de (Coord.). *Direito e processo penal na Justiça Federal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 248-275.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016.

SCHWARTSMAN, Hélio. O dilema dos prisioneiros. *Folha de São Paulo*, 18 nov. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/helioschwartzman/2014/11/1549600-o-dilema-dos-prisioneiros.shtml>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

_____. Delação premiada. *Folha de São Paulo*, 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/pensata/helioschwartzman/ult510u356139.shtml>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

A política criminal, sistema prisional e segurança pública: a necessária relação entre os componentes preventivos e repressivos do sistema penal

Uma análise crítica sobre os fundamentos da pena e um estudo de caso sobre os movimentos ocorridos no Complexo de Pedrinhas de 2013 a 2017

Thayná Freire de Oliveira

Sumário: 1 Introdução. 2 Política criminal: instrumento para humanização do sistema penal. 2.1 A justificação do poder de punir do Estado e as finalidades da pena segundo os autores contratualistas. 2.2 A Escola Clássica e o Direito Punitivo. 2.3 A Escola Positivista e o Direito Punitivo. 2.4 Novos movimentos de controle social – do tecnicismo jurídico à Criminologia Crítica. 3 A função reintegradora da pena em meio à crise no sistema penitenciário brasileiro e à seletividade nos mecanismos de segurança pública. 4 Estudo de caso: Complexo Penitenciário de Pedrinhas. 4.1 Os acontecimentos de 2013 no Complexo Penitenciário de Pedrinhas. 4.2 As medidas adotadas para contornar a crise no sistema prisional maranhense e a persistência de alguns problemas estruturais. 5 Conclusão.

1 Introdução

Analisar aspectos relacionados ao sistema penal sob uma perspectiva histórica e crítica requer alguns cuidados metodológicos especiais. Antes de tudo, faz-se necessário abandonar alguns preceitos e interpretações que acompanharam não apenas o Direito, mas também a própria História, no que concerne à teleologia das respectivas áreas do conhecimento.

Ao contrário do que se afirmou categoricamente durante muito tempo, a humanidade não representa necessariamente um

desenvolvimento para algo melhor, mais forte ou mais elevado¹; e isto se manifesta não apenas na conduta dos indivíduos e nas dinâmicas das sociedades, mas, igualmente, na própria produção do saber.

Conceber historicamente o sistema penal não significa, portanto, considerar que o atual paradigma teórico e prático acerca da pretensão punitiva do Estado represente o topo hierárquico e a perfeição de um sistema dogmático, criminológico e penalista que se pretende impor, tampouco que seja a forma mais acabada e a que trará melhores resultados à atual realidade social observada.

Com isso, pretende-se analisar o atual sistema penal não a partir de uma equivocada ideia de “desenvolvimento” ou “progresso”, mas compreendê-lo como uma condição, que, por seu turno, se estabelece com base em uma complexa rede de relações sociais operacionalizadas em torno do Direito, especificamente no âmbito do seu âmbito punitivo.

Nesse contexto, para melhor compreensão acerca das sucessivas mudanças ocorridas no sistema penal, o emprego do termo “metamorfose” torna-se mais coerente, visto que tal conceito não necessariamente implica uma noção de progresso ou desenvolvimento, mas sim a ideia de adequação de um sistema ao seu meio, a partir de sucessivas etapas de adaptação.

O sistema penal transfigurou-se historicamente, mas tal transformação nos é apresentada hoje como um organismo complexo, repleto de atavismos e heranças nocivas assim como de inovações por vezes prejudiciais, que devem ser necessariamente revistas e discutidas para que não induzam à falência do próprio sistema. Tal como um organismo vivo, o sistema penal adapta-se ao seu meio – que nesse caso deve ser compreendido como a própria sociedade tutelada –, mas

1 Como exemplo de teóricos adeptos desta interpretação idealista da História, podemos citar Hegel, além de vários outros autores da corrente historicista surgida na Alemanha ao final do século XVIII e desenvolvida durante todo o século XIX. Esses pensadores compreendiam as civilizações a partir de um processo de progressão histórica; buscavam, dessa forma, determinar o grau de desenvolvimento das sociedades por meio de uma manifestação “racional” da História. Segundo Sevckenko (2003, p. 158), esses pensadores concebiam a evolução histórica como caminho célere para uma realidade mais elevada, tanto material quanto eticamente. Nesse sentido, os adeptos de tal corrente compreendiam que a História seria comandada por um animismo de forças materiais e sociais que dirigiram os atos humanos no sentido de seu desenvolvimento inexorável.

o meio sempre sofrerá modificações mais rápidas do que a capacidade do sistema em ajustar-se a tais circunstâncias.

Isso demonstra ser ainda mais verdadeiro se considerarmos a atual resistência em implantar-se reformas em matéria penal em nosso País, o que, seguramente, ensejaria maior segurança jurídica, mas, por outro lado, resultaria em um afastamento cada vez maior entre a Norma Penal e os seus destinatários, causando efeitos distintos, mas igualmente prejudiciais, como a anomia ou a excessiva repressão estatal².

No presente estudo, analisaremos o sistema penal em seu sentido mais amplo, concebendo-o como um fenômeno integrado, a partir de um modelo no qual a elaboração normativa, a ciência jurídica e a concepção geral de homem e da sociedade estão estreitamente ligadas. Para tanto, serão abordados e problematizados os três componentes do sistema penal, a seguir especificados, por meio de uma perspectiva crítica, buscando-se enfatizar a intrínseca relação existente entre eles.

Primeiramente abordaremos aspectos da *Política criminal*, enfatizando as teorias que justificam a pena e suas finalidades práticas ou utilitárias, observando igualmente a efetivação ou não de tais modelos na atual realidade brasileira.

Em complemento a essa primeira discussão teórica proposta, a segunda etapa do artigo, que se refere à parte mais pragmática do estudo, a qual visa confrontar as construções teóricas relacionadas às finalidades da pena com a efetiva realidade observada no sistema penitenciário local. Nesse contexto, a segunda metade consiste em um estudo de caso acerca dos movimentos ocorridos no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, entre os anos de 2013 e 2017, a partir do qual serão relacionados os aspectos teóricos até então abordados, fazendo-se uma digressão nos meandros da *segurança pública* e do *sistema prisional local*, buscando elucidar as tensões coexistentes dentro dos componentes preventivos e repressivos do sistema penal.

2 Em outra interpretação, tais resultados não seriam totalmente antagônicos, havendo, ao contrário, uma forte relação entre eles. Segundo Guimarães (2010, p. 75), a excessiva repressão estatal, por meio da cominação e da aplicação de penas excessivas, acabaria por desorientar os destinatários das normas penais, trazendo como efeito imediato o descrédito no sistema penal. Tal descrédito seria gerador de anomia, que por sua vez poderia fomentar uma repressão estatal excessiva, formando um ciclo vicioso que causaria o colapso do sistema.

2 Política criminal: instrumento para humanização do sistema penal

Segundo Dotti³, a política criminal é um conjunto de princípios e regras por meio dos quais o Estado promove a luta de prevenção e repressão contra as infrações penais. Nesse aspecto, compreende os meios e métodos aplicados na execução das penas, visando ao interesse social, balizando-o com os direitos e garantias do infrator. Compete à política criminal fornecer e avaliar critérios de interpretação valorativa acerca do Direito Penal vigente, de modo a concebê-lo e executá-lo dentro de uma realidade humana e social específica.

O estudo da política criminal, ao lado da Criminologia, tem demonstrado ser um campo frutífero para a reconstrução teórica da dogmática jurídico-penal. Se por um lado a Criminologia é essencial para a análise da justificação do direito de punir do Estado, quando se trata de legitimar e garantir os fins atribuídos às penas, são as funções da política criminal que trazem elementos extranormativos essenciais para a elaboração de uma nova dogmática penal.

Por meio dessas considerações, desenvolveremos, no decorrer deste artigo, algumas observações sobre a evolução teórica da dogmática penal, atrelando-a a aspectos relacionados à política criminal, abordando, entre outros temas, a história da justificação e da legitimação do direito de punir, passando por uma análise crítica sobre as funções da pena, e dando especial ênfase à manifestação de tais construções teóricas no contexto da realidade brasileira.

Embora esta primeira etapa do estudo consista em uma análise das diversas teorias propostas sobre o tema em questão, utilizaremos como fundamento e como suporte teórico para sua construção a Criminologia Crítica, pautada na análise do discurso e no materialismo histórico. Dessa maneira, serão adotados como principais métodos para a elaboração deste artigo a análise historiográfica e a interpretação semiológica da dogmática penal, da política criminal e do próprio fenômeno criminológico, concebendo-os como uma manifestação das relações

3 DOTTI, 1999, p. 428.

desiguais de poder nas sociedades no decorrer do tempo e como um fato imanente às próprias contradições existentes nas sociedades atuais.

2.1 A justificação do poder de punir do Estado e as finalidades da pena segundo os autores contratualistas

Muitas propostas da política criminal perpassam por uma análise crítica sobre a justificativa de existência do Estado, precipuamente em seu âmbito punitivo, e sobre as finalidades da pena elaboradas por algumas das principais escolas criminológicas no decorrer do tempo, oferecendo, assim, propostas para o seu melhoramento e viabilizando a aplicação de tais concepções no sistema penal vigente.

Com efeito, muitas foram as construções teóricas que, desde a Antiguidade, procuraram dar uma resposta satisfatória à necessidade da existência de um Estado ou alguma forma de organização social sólida que não apenas garantisse, mas também tornasse possível a existência humana em coletividade.

Desse modo, concomitantemente à justificação do Estado e com fundamento em sua existência, muitos teóricos acabaram por conferir legitimidade ao sistema penal. Assim, malgrado o esforço das teorias críticas em separar tais instâncias de poder e em buscar novas formas de legitimação à pretensão punitiva que não se confundisse com a própria essência do Estado, a verdade é que, historicamente, a existência do Estado e a possibilidade de infligir uma sanção a quem se lhe opusesse sempre estiveram unidas⁴.

Não obstante, essa pretensão punitiva nem sempre foi monopólio do ente estatal. Com efeito, desde que surgiram os primeiros agrupamentos humanos, surgiram o crime e, conseqüentemente, o direito de punir. Num primeiro momento, essa punição era

4 Sobre a aproximação entre as teorias que buscam justificar a existência do Estado e as que têm por desiderato legitimar a aplicação das penas, Guimaraes (2013, p. 13) aduz que “em maior ou menor grau todas se valem de variados conceitos, como paz, harmonia social, bem comum, segurança jurídica, disciplina social, entre tantos outros, e acabam através da justificação da existência do Estado por conferir legitimidade ao sistema penal”. No mesmo sentido sustenta Mir Puig (1994, p. 15-17, tradução nossa) no contexto do Estado Social de Direito, quando faz uma aproximação axiológica para sustentar que os fins da pena estão intimamente ligados aos fins pugnados pelo próprio Estado.

exercitada pela própria vítima ou por sua família, a qual poderia infligir graves castigos aos criminosos, como a tortura e a morte. Nesse período, chamado de vingança privada, não havia proporcionalidade entre a ofensa e a pena aplicada ao criminoso.

Na fase da vingança divina, o direito de punir era repassado àqueles que faziam parte de uma classe social mais favorecida, devido a fatores econômicos ou religiosos (igreja, clero ou nobreza), e a aplicação de penas corporais severas e cruéis servia como meio de intimidação.

Posteriormente, na fase da vingança pública, o poder de aplicar penas saiu da tutela do particular ou da igreja e passou para as mãos do Estado, o que, ao tempo, apesar do uso de penas arbitrárias e cruéis, representou grande avanço, pois a pena deixou de ser aplicada por terceiros para ser aplicada pelo Estado, um poder constituído.

Com efeito, o monopólio da violência, cuja titularidade hoje é presumida ao Estado, encontra sua mais perfeita expressão no Direito que o legitima, muito especificamente em sua esfera penal. Tal assertiva, por sua vez, encontra sua elaboração teórica mais marcante na obra *Leviatã*, de Hobbes.

Ao legitimar a própria existência do Estado por meio dessa faceta particular do exercício legítimo da força, algumas interpretações decorrentes da proposta analítica hobbesiana acabaram por provocar um divórcio profundo entre Estado e sociedade, muito embora, de alguma maneira, expressaram de forma conveniente a justificação e legitimação do direito de punir do Estado⁵.

Sem dúvida, tal interpretação serviu a um propósito social e político historicamente situado, dentro de um contexto em que o absolutismo e a soberania monárquica eram o que se pretendia legitimar. Entretanto, em sociedades democráticas contemporâneas seria equivocado evocar o *Leviatã* para explicar a dinâmica complexa entre as diversas esferas e os agentes que compõem o Estado Democrático de Direito⁶.

5 Guimarães (2010, p. 77) atenta que tal instrumentalidade acabaria por desvirtuar o Direito Penal, visto que, “em razão da salvaguarda e da manutenção do sistema assente, seus fins estariam todos direcionados inexoravelmente aos interesses do Estado, obscurecendo todos os demais aspectos socioculturais que fazem parte da essência do Direito Penal, ligados não ao Estado, mas primordialmente aos próprios cidadãos”.

6 Usualmente, para se explicar a difusão do poder nas sociedades ocidentais contemporâneas, utiliza-se um marco teórico que também possui certas limitações, sobretudo ao que concerne a natureza

Nesse sentido, várias outras interpretações contratualistas, mesmo que inspiradas em Hobbes, conferiram maior destaque e poder à sociedade civil, fortalecendo o ideal de soberania popular e concebendo o povo como fonte primária de justificação da existência do Estado.

Assim, enquanto Hobbes compreendia o contrato social como estabelecimento da submissão dos contratantes a um poder externo ao contrato – o Estado, ou o Soberano –, outros autores contratualistas, a exemplo de Locke, Rousseau e Kant, percebem o contrato social como uma relação entre iguais, embora submetidos a um controle interno, ou seja, ao próprio contrato social. Dessa maneira, é perceptível que, embora a justificação sobre a existência do Estado tenha sofrido modificações substanciais pelas teorias contratualistas posteriores a Hobbes, a legitimação da pena continuaria partindo dos mesmos pressupostos, ou seja, a manutenção da ordem e a obediência ao contrato social.

Percebe-se, deste modo, uma espécie de conservadorismo político em matéria penal, que, mesmo combatendo as justificativas até então dadas à existência do Estado, continuariam a utilizar e a aperfeiçoar o sistema penalista, desta vez legitimado por uma nascente ordem liberal e burguesa. Dessa maneira, para teóricos como Rousseau e Kant, o contrato social seria reforçado por meio de sanções rigorosas, que se acreditava serem necessárias para a estabilidade política do Estado por ele preconizado. É nesse contexto que são formuladas as grandes teorias justificadoras do caráter retributivo da pena, tendo em Kant e posteriormente em Hegel os seus maiores expoentes.

Tais autores, ainda apoiados na interpretação hobbesiana de *bellum omnium contra omnes* (a guerra de todos contra todos), defenderão a necessidade de um sistema punitivo que coloque um freio nos instintos primitivos do homem, permitindo-lhe a convivência em

repressiva do Estado. Falamos do conceito de microfísica do poder e das interpretações dele decorrentes. Segundo essa explicação teórica, desenvolvida por Foucault e seus epígonos, o poder, em seu sentido mais amplo, não estaria concentrado no corpo estatal, mas se manifestaria de maneira difusa, disperso na sociedade em suas mais diversas organizações, institucionais ou não. Dessa maneira, compreende-se que o poder não seria uma prerrogativa do Estado, mas da sociedade como um todo (para mais detalhes sobre tal teoria, vide FOUCAULT, 2002). Concordamos com a interpretação sobre a qual o poder se manifesta nos mais diversos níveis e setores sociais, entretanto, tal interpretação por vezes acaba por desconsiderar as formas de poder mais centralizadoras, cuja expressão mais evidente pode ser observada por meio das diversas manifestações de repressão estatal e no próprio Direito Penal, como sistematização dessa potestade punitiva.

sociedade. Para esses pensadores, tão importante quanto o sentimento de justiça seria amenizar a dor ou o prejuízo coletivo e individual causado pelo padecimento de uma injustiça.

Dessa maneira, após o cometimento do crime seria imprescindível para a reafirmação do direito a aplicação de uma pena, ou seja, a pena se justificaria “em razão da exigência de se restabelecer o império da vontade geral representada pelo ordenamento jurídico e que foi negado pelo infrator”⁷ ou, ainda, segundo Hegel,

a pena é extraída da representação universal da experiência psicológica, segundo a qual o sentimento geral dos povos e dos indivíduos perante o crime é, e sempre foi, o de que o crime merece a punição e o criminoso deve responder pelo que fez⁸.

Percebamos que, para Hegel, a função da pena estaria acompanhada pelos pressupostos posteriormente aperfeiçoados pelos adeptos das teorias da *prevenção geral*, tanto negativa quanto positiva, ou seja, ao retribuir a injustiça cometida pelo infrator, a pena acabaria por intimidar os delinquentes em potencial ao mesmo tempo em que reafirmaria a vigência da norma. Entretanto, para Hegel, esses efeitos da pena seriam apenas possíveis (e esperados), mas não necessários, visto que a legitimação da pena se daria no plano essencialmente retributivo, ou seja, infligir ao autor do crime um mal correspondente ao sofrido pela sociedade com as suas ações.

Em Kant, o efeito meramente retributivo da pena foi ainda mais marcante. Tal como em seu famigerado imperativo categórico, a pena seria uma ação necessária como um fim em si mesmo, impondo um mandato absoluto, uma obrigação ou dever incondicional de retribuir o mal causado pelo delinquente, sem qualquer outra finalidade prática ou utilitária.

Dessa maneira, a lei universal proposta pelo autor – “age como se a máxima de tua ação devesse tornar-se, através da tua vontade, uma lei universal”⁹ – deveria ser acompanhada por outro imperativo,

7 GUIMARÃES, 2010, p. 53.

8 HEGEL, 1997, p. 90.

9 KANT, 2008, p. 51; Id., 2005, p. 59.

desta vez, pragmático, qual seja: “age de tal forma que uses a humanidade, tanto na tua pessoa, como na pessoa de qualquer outro, sempre e ao mesmo tempo como fim e nunca simplesmente como meio”. Segundo essa concepção, a pena aplicada ao criminoso deveria se restringir apenas à própria culpabilidade do infrator, a fim de se restaurar o equilíbrio perdido por sua transgressão, mas nunca para servir de exemplo a outrem¹⁰. Disto se dessegue que

a pena jurídica (*poena forenses*), que se difere da pena natural (*poena naturalis*) [...], jamais poderá ser decretada como um simples meio de obter-se outro bem, mesmo em proveito do culpado, ou da sociedade da qual ele faz parte; mas deve sempre ser imposta ao culpado pela única razão de ter ele delinquido, porque nunca um homem pode ser tomado por instrumento dos desígnios de outro homem [...]; sua personalidade natural o preserva de semelhante ultraje, ainda que possa perder a personalidade civil. O malfetor deve ser julgado digno de punição, punível, antes de se haver pensado em tirar-se da sua pena qualquer utilidade para ele ou para os seus concidadãos¹¹.

Trazendo essas concepções à realidade brasileira, observa-se que, ao contrário do que denunciado pelos críticos do caráter meramente retributivo da pena, tal finalidade não estaria necessariamente desvinculada da atual exigência de aproximação entre o Direito Penal e os Direitos Humanos, desde que observado o princípio da dignidade da pessoa humana, tornando-se, nesse aspecto, mais condizente com o espírito constitucional do que com as teorias de prevenção geral, por exemplo, que supõem o indivíduo criminoso como mero objeto expiatório a servir de exemplo negativo para a sociedade ou como simples engrenagem de reafirmação do ordenamento vigente.

Dessa maneira, a ausência de finalidade pressuposta pela corrente retributiva da pena (tanto por seus críticos quanto por alguns de seus seguidores) não deve ser confundida com a supressão de certos direitos fundamentais, que são garantidos pelo pacto social e constitucional mesmo para aqueles que os transgrediram.

10 Segundo Guimarães (2010, p. 67), “tal argumento parece ganhar atualidade quando a atemorização penal passa a depender não daquele que sofre a pena, mas da capacidade de atemorizar a pessoa a quem é dirigida de forma abstrata, ou seja, daquele que ainda não delinuiu”.

11 KANT, 1989, p. 269, tradução nossa.

2.2 A Escola Clássica e o Direito Punitivo

Podemos perceber do capítulo anterior que as teorias contratualistas mudaram radicalmente a forma de conceber e justificar o Estado, e que tal fenômeno foi essencial para que se formasse uma base teórica que buscasse novas legitimações ao direito de punir do Estado.

As teorias contratualistas, sobretudo aquelas fundadas na ideologia iluminista do século XVIII, influenciaram diretamente a Revolução Francesa e, com ela, a consagração dos princípios contidos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Tais princípios, de caráter universal, transformar-se-iam em dogmas de garantias contra o Absolutismo e o arbítrio, influenciando, posteriormente, todas as demais revoluções constitucionais.

Foi no século XVIII, como um dos frutos do Iluminismo, que a teoria sobre o fundamento, os objetivos e as medidas do Direito Penal e das penas assumiu, pela primeira vez, o aspecto de uma ciência independente. Assim, formou-se um ponto de interrogação sobre a extensão do direito de punir do Estado. Com as novas conquistas liberais, os suplícios impostos pela vingança pública foram minguando. A partir de então, teoricamente a sociedade preocupar-se-ia em aplicar uma forma mais humana e justa de punir os criminosos, com proporção entre transgressão e castigo, resultando numa gradativa mitigação das penas¹².

Torna-se perceptível, com esse fenômeno, a estreita relação entre as modificações teóricas no âmbito da justificação do Estado e as garantias e limitações impostas a sua potestade punitiva, visto que, com o fim do Absolutismo, as sanções perderam a função de reafirmar o poder do monarca e passaram a constituir uma represália em nome da própria sociedade, o que implicou a criação de um embrionário sistema de garantismo na esfera penal.

12 Guimarães (2010, p. 55) aduz que tal fenômeno consolidou-se a partir do desenvolvimento das Teorias Retributivas, cujo grande contributo deu-se “na esfera de fixação da medida de aplicação da pena, ou seja, na importante função de limitação do poder punitivo estatal, já que a fixação da pena deveria se balizar pela culpa do infrator, na medida justa da retribuição pelo mal cometido”. No mesmo sentido Bustos Ramirez (1992, p. 94) defende o pensamento exposto quando afirma que “o aspecto positivo destas teorias absolutas é a sua preocupação pela justiça e, portanto, pela pena justa, tanto desde a perspectiva do fato como em relação ao sujeito que a realizou. Daí que elas têm servido para desenvolver o princípio da culpabilidade: só se responde pelo fato e na medida em que o sujeito seja culpado”.

Entretanto, mesmo tais limitações devem ser relativizadas, sendo que não seriam prerrogativas de todo o corpo social, mas, sobretudo, da classe econômica e política dominante em cada época, o que, no contexto da derrocada do Absolutismo monárquico, pode ser identificado com a burguesia. Dessa maneira, segundo Foucault:

O direito de punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade. Mas ele se encontra então recomposto com elementos tão fortes, que se torna quase mais temível. O mal feitor foi arrancado a uma ameaça, por natureza, excessiva, mas é exposto a uma pena que não se vê o que pudesse limitar. Volta de um terrível superpoder. E necessidade de colocar um princípio de moderação ao poder de castigo¹³.

Nesse contexto, tendo como pressupostos a limitação do poder punitivo do Absolutismo em decadência e a criação de uma barreira à exacerbada pretensão punitiva da nova classe ascendente, surgiu a famosa obra de Beccaria, *Dos delitos e das penas*, publicada em 1764, que pode ser considerada como a base para as teorias da Escola Clássica de Direito Penal, fundadas no livre-arbítrio¹⁴.

Beccaria era um defensor confesso das teorias de prevenção geral da pena, e todas as suas contribuições, mesmo aquelas sobre a abolição de determinadas modalidades de penas, devem ser compreendidas como um esforço teórico no sentido de aperfeiçoar a intimidação da prática circunstancial ou reiterada do crime. Com efeito, Beccaria conjugou a ideia de prevenção à aplicação da pena, pois considerava que, além de servir como sanção, deveria também impedir o cometimento de novos crimes: “O fim, pois, é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo”¹⁵.

Beccaria também sustentava que a certeza da pena proporcional, e não sua gravidade, consistiria no meio mais eficaz para prevenir a criminalidade. Assim:

13 FOUCAULT, 2007, p. 76.

14 Nesse sentido, Guimarães (2013, p. 4) afirma que a Escola Clássica, como conjunto de ideias próximas, tem como principal contributo a determinação da responsabilidade penal no livre-arbítrio. Dessa maneira, ainda hoje existiria um forte entendimento, advindo das concepções de tal corrente, “de que a punição se fundamenta na ampla liberdade que o homem tem de agir, podendo, deste modo, na qualidade de ser racional, pautar suas ações nos mandamentos legais”.

15 BECCARIA, 2002, p. 62.

Para provar que a pena de morte é menos eficaz do que a pena à prisão perpétua e pública, basta ponderar que não tanto a gravidade da pena, mas sim a sua inevitabilidade, desde que proporcional aos delitos, constitui o meio mais eficaz para reprimi-los, e que não é o terrível e passageiro espetáculo da morte de um celerado, mas sim o longo e reiterado exemplo de um ser humano privado da liberdade, que recompensa com seu trabalho a sociedade que ofendeu, que é o freio mais forte contra o crime¹⁶.

Vê-se com isso que, para Beccaria, a certeza da aplicação de uma pena proporcional à transgressão seria muito mais eficaz para inibir condutas análogas àquelas criminalizadas do que a gravidade da pena propriamente dita, enfatizando-se que a eficiência do sistema penal estaria muito mais vinculada a sua aplicação isonômica a todo o corpo social do que por seletividades arbitrárias, em que apenas determinadas condutas e segmentos sociais seriam criminalizados exemplarmente, por meio de penas rigorosas e, por vezes, desproporcionais.

Um outro adepto da Escola Clássica, cuja obra influenciou de maneira marcante os estudos posteriores a respeito da justificativa e finalidades da pena, foi Francesco Carrara (1805-1888), que, tal como Beccaria, manifestou-se contrariamente às penas capitais e aos martírios infligidos aos delinquentes. Por meio do desenvolvimento de sua tese, Carrara esboçou o fundamento que até hoje é (ou deveria ser) observado na execução de qualquer modalidade de pena, qual seja, a de que mesmo com a prática do crime e a imposição de uma pena correspondente, o infrator não perde os direitos inerentes à sua condição humana.

Em Carrara, o livre-arbítrio encontra sua mais perfeita valorização entre os pensadores da Escola Clássica, tornando-se fundamento essencial para aplicação da pena, visto que, para ele, “todo homem desenvolvido e mentalmente são seria responsável por seus atos”¹⁷. Para Carrara, da livre violação do direito pelo delito decorreriam a legitimidade e os limites da repressão penal. Dessa maneira, mesmo que Carrara não proponha nenhuma finalidade reeducativa da pena, ele defende sua proporcionalidade com o delito praticado.

16 BECCARIA, 2006, p. 73.

17 MARQUES, 2008.

Como exposto, apesar da heterogeneidade de concepções desenvolvidas no que se convencionou chamar de Escola Clássica, podemos perceber algumas semelhanças entre as teses defendidas por seus adeptos, sobretudo no que diz respeito à proporcionalidade da pena ao dano causado pelo crime e à necessidade de sua imposição, “seja pela reprovabilidade da conduta, seja para a prevenção de infrações penais futuras, ou, ainda, para a segurança e a tranquilidade social”¹⁸.

Assim, a justiça da pena estaria consubstanciada nessa proporcionalidade. Além disso, os adeptos da Escola Clássica compreendiam que a sanção, por mais grave que fosse, não poderia ultrapassar a pessoa do criminoso, fundando assim o princípio da personalidade como um limite imposto à extensão da pena, mitigando seus efeitos a terceiros.

2.3 A Escola Positivista e o Direito Punitivo

Afastando-se cada vez mais do fundamento essencialmente retributivo da pena no século XIX, especialmente na sua segunda metade, observou-se a ascensão de novas teorias que buscavam uma legitimação de punição ao crime voltada não mais apenas ao indivíduo infrator, mas trazendo como principal escopo a defesa do corpo social como um todo¹⁹.

Nesse contexto, surgiria a Escola Positiva, em meio a um fenômeno global de positivação do conhecimento e de hierarquização étnico-racial de toda a sociedade, manifestando-se, principalmente, nos países europeus e na América do Norte, onde se coadunou com políticas repressivas de controle social. A Criminologia Positiva repercutiria, igualmente, no Brasil, tendo como principal expoente o médico e antropólogo maranhense Raimundo Nina Rodrigues.

A partir de um processo de sistematização científica, a prática forense sustentada pela Escola Positivista passou a ser gradativamente aplicada a todos os indivíduos que representassem perigo à sociedade.

18 MARQUES, 2008, p. 31.

19 Guimarães (2010, p. 60) aduz que “a partir de então, a pena despiu-se de sua roupagem retributiva, como fundamentos morais e éticos, afastando-se definitivamente da concepção de ‘fim em si mesmo’, e transformou-se, isto sim, em um conjunto de medidas sociais, preventivas e repressivas que, alimentadas por uma nova ciência – Criminologia Positiva – pôde melhor compreender a natureza do crime e, conseqüentemente, implementar uma defesa mais eficaz e mais humana da sociedade”.

Ao compreender a delinquência por meio de critérios supostamente objetivos, a Criminologia Positiva acabaria por reconhecê-la enquanto doença do corpo e da mente, como um mal patológico, cientificamente determinável e identificável, que deveria ser necessariamente suprimido ou isolado.

Essas proposições, amparadas por um amplo aparato institucional, terminavam por condenar, pelos adeptos da Criminologia Positiva, o indivíduo delinquente a outras formas veladas de penalidades, condenando-o ao eterno estigma da exclusão social.

Não raro a experiência de isolamento destinada aos delinquentes direcionava-se cada vez mais ao sentido médico de enfermidade. Com isso, procurou-se expurgar da sociedade não apenas o “doente” ou o “delinquente”, mas também o inapto, o mendigo, o ocioso e todas as categorias marginais que não se adequassem à nova lógica de trabalho que se impunha no mundo moderno. E tudo isso justificado por uma pretensa cientificidade.

Na prática, a Escola Positivista possibilitou a otimização de um sistema repressivo e carcerário, que, fundamentado em uma explicação médica e higienista, potencializou o poder punitivo do Estado, transformando o indivíduo em uma vítima de sua própria herança genética, tirando-lhe a presunção do livre-arbítrio e tornando desnecessária, até mesmo, a demonstração de sua culpabilidade para enquadrá-lo no perfil típico de delinquente.

Se no contexto europeu a Escola Positivista serviu ao propósito da sua nova configuração social, a qual buscava excluir pessoas consideradas ineptas ou inadequadas que afloravam nas sociedades, resultado da ascensão do capitalismo industrial. No Brasil, os adeptos da Criminologia Positivista direcionaram suas teorias a outros alvos, legitimando uma política de controle social de cunho repressivo e segregador, tal como seus correspondentes europeus, mas visando atingir também outros segmentos da sociedade, especialmente os negros recém-alforriados, beneficiados com o fim do regime escravocrata.

A despeito do enfraquecimento e mesmo do descrédito de parte substancial das teorias da Criminologia Positivista, especialmente no que

se refere ao âmbito formal, acadêmico e científico da produção de conhecimento, algumas práticas, teorias e ideias do senso comum (repetidas mecanicamente) defendidas por tal escola ainda podem ser observadas na atual realidade social, sobretudo no que se refere à seletividade na aplicação do Direito Penal, facilmente aferível a partir da identificação das pessoas sobre as quais recai, com maior rigor, a repressão dos órgãos e instituições do sistema prisional e da segurança pública, enfatizando, em certo sentido, a seletividade estrutural que permanece intrínseca ao sistema como um todo, cujos principais alvos da repressão permanecem os mesmos: pessoas negras e/ou social e economicamente vulneráveis.

2.4 Novos movimentos de controle social – do tecnicismo jurídico à Criminologia Crítica

Após o fim da Segunda Guerra Mundial e com as denúncias feitas contra os regimes nazifascistas sobre suas práticas de limpeza sociorracial, as políticas de controle social amplamente utilizadas para atingir tal propósito passaram a sofrer diversas críticas. Assim, a Criminologia Positiva, que até então era a principal fonte de legitimação teórica utilizada para justificar o isolamento de delinquentes ou de indivíduos pertencentes a raças ou segmentos sociais considerados inferiores, passou gradativamente a ser substituída por outras teorias de legitimação da pena. Buscava-se, dessa maneira, dissociar as formas de controle social e do exercício do *jus puniendi* estatal daquelas formas de exclusão e eliminação sistemática de indivíduos, que ganhariam maior evidência após a divulgação dos horrores do holocausto.

Se até então as teorias de prevenção negativas eram o suporte primordial para legitimar o aprisionamento de indivíduos tidos por transgressores, posteriormente, passou-se a buscar o aperfeiçoamento das formas positivas de prevenção, sobretudo daquelas condizentes não mais apenas com o simples isolamento do delinquente, mas com a sua possível reintegração. Entretanto, antes que tais teorias ganhassem maior respaldo teórico e que houvesse uma efetiva tentativa de colocá-las em prática, formas alternativas de legitimação do poder punitivo estatal ganhariam destaque, sobretudo aquelas provenientes das interpretações do tecnicismo jurídico.

No período entre guerras, o Direito Penal, mesmo nos países de longa experiência democrática, distanciou-se da corrente humanitária e tornou-se extremamente repressivo. Dessa maneira, concorrendo com a Escola Positivista, dominaria o cenário jurídico internacional o tecnicismo jurídico, segundo o qual o Direito Penal deveria se desvincular de qualquer indagação da política criminal ou de cunho filosófico. Assim, sem o auxílio axiológico ou contribuição de outras áreas do conhecimento humano, o Direito Penal permaneceria estático, restrito aos princípios estabelecidos no ordenamento positivo, observando tão somente a legalidade expressada por meio das normas e de suas formas de produção.

Essa abordagem fundamentalmente tecnicista e formalista do Direito representaria um esforço para compreendê-lo independentemente das dimensões histórica, social, econômica ou ética, que eram fundamentais para o interesse de outras escolas. Esse posicionamento teórico, conhecido como tecnicismo jurídico ou positivismo-analítico (que não deve ser confundido com o positivismo criminológico da Escola Positiva), teve como principal expoente o austríaco Hans Kelsen (1881-1973).

Segundo Kelly²⁰, a fundamentação da “teoria pura do direito” de Kelsen remonta à distinção entre o “ser” e o “dever ser”, proposta inicialmente por Kant. Dessa maneira, Kelsen propunha uma análise do Direito como ele é, não como “deveria ser” (segundo, talvez, um padrão moral ou de utilidade econômica ou social, questões cujo valor Kelsen não nega, mas que considera estranhas ao Direito em si e à ciência jurídica propriamente dita). Ou, ainda, segundo o próprio Kelsen, ao explicar o fundamento teórico de sua principal obra:

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas [...] Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não

20 KELLY, 2010, p. 508.

se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental²¹.

Segundo tal concepção, o papel da ciência jurídica, até mesmo em sua esfera penal, seria fornecer um modelo de análise elucidativo, que dissecaria o sistema jurídico reduzindo-o às suas formas mais simples, eximindo as relações das normas com qualquer outro critério estranho ao próprio ordenamento jurídico. Verifica-se, portanto, que na teoria pura de Kelsen seu conceito de norma e sistema jurídico teria um caráter puramente formal, não admitindo nenhuma avaliação derivada das ciências ou de valor fora do próprio ordenamento.

Para o tecnicismo jurídico, especificamente em sua interpretação sobre o sistema penal, Magalhães Noronha afirma que

o Direito Penal não pode ter preocupações causais explicativas. Estas se situam no setor da antropologia e da Sociologia. Não tem ele por fim buscar a gênese ou a etiologia do delito, mas deve ocupar-se com seu estudo, como fenômeno jurídico. Seu objeto é de definir, classificar e sistematizar conceitos existentes nas leis que se ocupam do crime²².

Dessa maneira, para os adeptos do tecnicismo jurídico, as leis vigentes passariam a ser o único objeto de estudo do Direito Penal. O crime e a respectiva sanção a ser-lhe imposta ficariam limitados a apreciações de cunho estritamente jurídico.

Entretanto, após a Segunda Guerra Mundial, a influência do tecnicismo jurídico tal como da Escola Positivista passou a sofrer uma sensível limitação. Em reação aos crimes cometidos contra a humanidade nesse período, ocorreu um movimento de retorno às concepções humanitárias, trazendo para o Direito Penal uma nova doutrina de defesa social. Com ela, a prevenção do crime e o tratamento do delinquente passaram a ser centrais no que diz respeito à legitimação da pretensão punitiva do Estado, passando a ser consideradas, portanto, as finalidades precípuas da pena. Nesse sentido, Marques enfatiza que:

Pela nova concepção de defesa social, o Direito Penal afasta-se do tecnicismo jurídico, e o delito deixa de ser considerado apenas do pon-

21 KELSEN, 1998, p. 1.

22 MAGALHÃES NORONHA, 1963, p. 103.

to de vista abstrato, para ser compreendido e estudado com base em pesquisas criminológicas, segundo a realidade subjetiva do agente. [...] A pena, então, deixa de ser exclusivamente retributiva, perdendo seu caráter de vingança ou de expiação, e passa a utilizar medidas racionais de tratamento do delinquente, com o intuito de socializá-lo²³.

Assim, afasta-se gradativamente do Direito Penal a noção pela qual a pena deveria ter um caráter utilitário geral, que servisse para intimidar o delinquente em potencial (ou mesmo toda a sociedade) ou reafirmar a ordem jurídica vigente. De acordo com as novas concepções de defesa social, a pena passaria a ser direcionada principalmente ao delinquente em particular e teria como um de seus pressupostos fundamentais o respeito pela dignidade do infrator, que não deveria ser perdida por meio da imposição e do cumprimento da pena. Dessa maneira, ainda segundo Marques:

Enquanto os positivistas preocupam-se somente com os aspectos científicos da criminalidade, a Nova Defesa Social [...] vê no delinqüente uma responsabilidade de cunho moral, consubstanciada na noção do dever de respeito à coletividade. Por outro lado, essa responsabilidade não pesa unilateralmente sobre o indivíduo, pois a própria sociedade tem o dever de respeitar sua dignidade e sua liberdade, em uma política criminal voltada para a proteção do indivíduo, que, mesmo delinqüente, tem direito a ser reintegrado socialmente pelo Estado²⁴.

Percebamos que muito embora resguarde os direitos fundamentais do delinquente e faça uma apologia ao caráter ressocializador da pena, a nova defesa social não exime o infrator de responsabilidade, como fez, por exemplo, a Escola Positivista. A nova defesa social afastou-se do determinismo positivista biológico e social, e postulou o livre-arbítrio como fundamento de imputabilidade. Além disso, “não aceitava a classificação dos criminosos elaborada pelos positivistas, uma vez que o delito seria expressão de uma personalidade única”²⁵.

Dessa maneira, a proposta do novo movimento de defesa social não deve ser confundida com os postulados abolicionistas da pena, pois reconhece que a prisão, apesar de suas consequências negativas, seja

23 MARQUES, 2008, p. 128.

24 Ibidem, p. 129.

25 Ibidem, p. 128.

uma realidade inevitável no mundo contemporâneo. Entretanto, para os defensores de tal concepção, o período de encarceramento poderia ser visto como uma ocasião para proporcionar ao delinquente a oportunidade de melhorar internamente por meio de políticas ressocializadoras, deixando, assim, de representar um perigo para a sociedade.

É preciso ressaltar que apesar de conferir uma utilidade específica à pena, centrada, sobretudo, no próprio delinquente, a concepção da defesa social, em alguns países em que fora adotada, acabou por fortalecer e ampliar o processo formal de criminalização em prejuízo das classes menos favorecidas, ao aprimorar, no campo formal, certos princípios fundamentais para a dogmática jurídico-penal, tais como o de culpabilidade e o de legitimidade, porém, direcionando-os, na prática, apenas, ou principalmente, a determinados segmentos sociais a partir de critérios socioeconômicos de seletividade.

Dessa maneira, por meio de um discurso garantista e de proteção aos direitos fundamentais do infrator, que na maioria das vezes parece ser aplicado apenas no plano teórico e abstrato, a nova defesa social corre o risco de apenas vir a fortalecer o poder punitivo do Estado em razão de interesses escusos e/ou nem sempre declarados, legitimando as formas de controle social impostas pelas classes econômicas, políticas e socialmente dominantes sobre as classes menos favorecidas²⁶.

Dentro dessa crítica surgiram teorias cada vez mais ecoantes que transfiguravam o âmbito meramente formal de legitimação do direito de punir, a fim de buscar novas interpretações sobre o crime e a criminalidade, desta vez, arraigadas na relação entre o Direito Penal e as contradições existentes na própria sociedade, como uma manifestação das relações desiguais de poder. Surgia, nesse contexto, a Criminologia Crítica, enfatizando o papel não apenas social e jurídico, mas também político do Direito Penal, que seria utilizado como

26 De acordo com Cláudio Guimarães (2010, p. 30), “além da seletividade ínsita ao processo de criminalização primária, a cargo do legislador, que, em última instância, define os comportamentos a serem taxados de delituosos de acordo com os interesses que representam, no processo de criminalização secundária, onde se dá a efetiva aplicação da lei penal – refletindo o que foi determinado na escolha do legislador – operacionaliza-se uma importante função, qual seja: com a aplicação da lei sobre determinados comportamentos imanentes aos estratos mais baixos da população e sobre algumas poucas pessoas pertencentes a esses estratos, desvia-se a atenção dos delitos praticados pelos membros das elites sociais, imunizando-os contra o Direito Penal”.

mecanismo “de controle das massas miseráveis geradas pelo sistema de produção capitalista, no qual a concentração exacerbada de renda acaba por gerar excessiva exclusão social”²⁷.

Essa nova concepção criminológica, que relaciona o crime, o Direito e a sociedade por meio da dialética existente entre grupos sociais e políticos antagônicos, faz uma crítica sistemática aos conceitos, aos métodos e à própria ideologia da Criminologia tradicional, possibilitando a redefinição dos objetos, dos objetivos e dos compromissos a serem defendidos por um Estado Democrático de Direito sublimado pelo seu âmbito punitivo.

O compromisso primário da Criminologia Crítica seria, pois, expurgar do Direito Penal qualquer componente gerado a partir das desigualdades sociais em riqueza, poder, e identificar nessa relação um mecanismo gerador de maior exclusão, visto que, quanto maior a exploração social, maior será a criminalidade e, portanto, maior deverá ser a repressão.

Esse fenômeno denunciado pela Criminologia Crítica pode ser observado, ainda, por meio da positivação normativa da pretensão punitiva do Estado, muito especificamente a partir dos critérios e seleções não declarados dos agentes responsáveis pela elaboração normativa e dogmática do Direito Penal, que, de acordo com Alessandro Baratta,

tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a ela pertencentes, e ligados funcionalmente à existência de acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas. Isto ocorre não somente com a escolha dos tipos de comportamentos descritos na lei, e com a diversa intensidade da ameaça penal, que frequentemente está em relação inversa com a danosidade social dos comportamentos, mas com a própria formulação técnica dos tipos legais. Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, e que contradizem as relações de produção e de distribuição capitalista, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é frequentemente muito larga quando os tipos

27 GUIMARÃES, 2013, p. 10.

penais têm por objeto a criminalidade econômica, e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes no poder²⁸.

A Criminologia Radical, como também é conhecida esta nova concepção sobre o crime, opõe-se diretamente à Criminologia tradicional, no sentido em que combate a noção pela qual a pena se degenera em mera “moralização” ou, ainda, na criminalização repressiva da “reabilitação pessoal”, que, segundo Juarez Cirino dos Santos, seria apenas mais uma manifestação do liberalismo econômico e político, “que propõe reformas de superfície, modificando alguma coisa apenas para deixar tudo como está”²⁹. Ainda segundo o autor:

O projeto da Criminologia Radical tem por objetivo a produção de uma teoria materialista do Direito e do Estado nas sociedades capitalistas (em que a produção crescentemente social requer uma regulação crescentemente jurídica das relações sociais), para identificar as forças sociais subjacentes às formas legais e mecanismos sociais de controle da sociedade³⁰.

A Criminologia Crítica oferece assim um modelo alternativo para a análise dogmática do Direito Penal, enfatizando a ligação oculta entre o controle da criminalidade e o complexo sistema de manutenção do poder, manifesto por meio do controle das formas superestruturais de organização da sociedade por uma elite política e econômica, que visa sobretudo à continuidade e à reprodução de tais relações.

Entretanto, apesar de destacar essa dinâmica entre marginalização social e repressão estatal punitiva, a Criminologia Crítica também não supõe necessariamente a abolição da pena como forma de controle social, mas, ao contrário, defende uma justa participação de todas as camadas sociais no processo de formalização, substancialismo e efetivação do Direito, muito especificamente, em sua esfera penal. Dessa maneira,

é importante que se frise que essa mudança de posicionamento atin-gida pelo avanço das teorias críticas [...] não quer significar que estas teorias criam que os comportamentos danosos à vida social não existam, que fique claro que a Criminologia Crítica, como normalmente apontado por seus críticos, não nega a existência de comportamentos

28 BARATTA, 1999, p. 165.

29 SANTOS, 1981, p. 26.

30 Ibidem, p. 27.

socialmente negativos, assim como a necessidade de seu controle; [...] a Criminologia Crítica não está a propor uma realidade ilusória e impalpável, algo que tenha utilidade apenas nas infundáveis discussões acadêmicas, por vezes distanciadas da aplicabilidade prática de suas conclusões, mas sim chama a atenção para a urgente necessidade de construção de programas alternativos de política criminal, objetivando, precipuamente, humanizar o sistema penal, combatendo a seletividade que o permeia, assim como deslocar o foco dos delitos afetos aos excluídos sociais para aqueles cometidos pelas elites políticas e econômicas. Em outras palavras, é preciso democratizar o cárcere, fazer com que o mesmo seja conhecido e frequentado não só pelas classes miseráveis, mas também pelos social e economicamente privilegiados sendo, portanto, necessário, a partir de tal perspectiva, rediscutir os fundamentos do Direito Penal³¹.

3 A função reintegradora³² da pena em meio à crise no sistema penitenciário brasileiro e à seletividade nos mecanismos de segurança pública

Conforme abordado nos tópicos anteriores, a política criminal apoiada nas concepções construídas pela Criminologia oferece subsídios para o aprimoramento do sistema penal vigente. Nesse aspecto, abordamos, a partir de uma perspectiva crítica e histórica, algumas construções teóricas que visam justificar e legitimar o poder punitivo estatal ou, ainda, atribuir funções à pena, quer seja a partir de uma perspectiva estritamente retributiva, quer seja elaborando finalidades utilitaristas à sanção penal.

Em síntese, verificamos que no decorrer do tempo foram atribuídos diversos objetivos à pena, fundados nas seguintes funções ou teorias:

- a) retributiva ou absoluta: segundo esta concepção, a pena não teria nenhum caráter utilitário, mas apenas seria um castigo que o indivíduo teria que suportar pelo seu ato criminoso, ou

31 GUIMARÃES, 2013, p. 10-11.

32 Como alternativa às metas tradicionais de ressocialização e reeducação do apenado, o criminólogo italiano Alessandro Baratta propõe o conceito de “reintegração social”, que consistiria em uma via de mão dupla, na qual se possibilita a abertura de um processo de comunicação a partir do qual os presos se reconheçam na sociedade e esta se reconheça na prisão, sendo que ambos teriam responsabilidade por essa reaproximação.

seja, a pena seria a retribuição do Estado pelo crime cometido por um indivíduo contra a ordem coletiva;

- b) prevenção geral negativa: esta teoria evidencia os efeitos dissuasórios da pena. Para tal corrente, a sanção penal teria por objetivo intimidar o agente criminoso ou potencial delinquente em praticar o crime, inibindo, por meio de uma pena rigorosa e exemplar, que este volte a delinquir, servindo ainda de modelo a toda a sociedade;
- c) prevenção geral positiva: para os adeptos da teoria, a pena teria um caráter utilitário de reafirmar o ordenamento vigente, caracterizando-se pelo valor simbólico conferido à sanção penal, que se refletiria no efeito positivo que geraria na sociedade como um todo, sobretudo nos não apenados ou não criminalizados, reafirmando a confiança da sociedade no sistema penal e, conseqüentemente, nos valores imanentes ao ordenamento jurídico como um todo;
- d) prevenção especial negativa: de acordo com esta concepção, a pena teria a função precípua de afastar o elemento criminoso do corpo social, dirigindo seus fins para a neutralização do apenado, de modo que este, temporária ou definitivamente, não mais possa infligir nenhum mal à sociedade por meio de sua atuação delituosa;
- e) prevenção especial positiva: para esta corrente, a pena deveria ter uma função ressocializadora, de corrigir o agente criminoso, direcionando seus fins para o criminoso em particular, de modo que o tempo da pena possa ser útil à reintegração do apenado a partir de práticas voltadas para esse fim.

Atualmente, é possível afirmar que, no contexto de uma sociedade democrática, todas essas funções atribuídas à pena coexistem no âmbito discursivo, na medida em que há um contínuo exercício de legitimação da pena por diversos setores sociais que competem entre si na tentativa de impor, cada qual a seu modo, determinada concepção de mundo e de sociabilidade a todo o corpo social. Nesse sentido, não seria surpresa supor que o âmbito punitivo do Estado, que representa a faceta mais direta de poder do ente estatal, seja o objeto de disputa, por excelência, dos diversos setores que compõem a sociedade.

Não obstante, no plano normativo e principiológico, atrelado às concepções de defesa dos direitos humanos, parece haver hoje no Brasil uma tendência cada vez maior de conferir um caráter ressocializador à pena, atribuindo papel de destaque às teorias da prevenção especial positiva no contexto do sistema prisional brasileiro. Tal objetivo, apesar de almejado, evidencia uma contradição entre o que pressupõe a teoria (e também o ordenamento jurídico) e o que demonstra a prática.

Apesar de a Constituição da República de 1988 não prever literal e expressamente a reintegração como objetivo maior da pena no Brasil, é o que se conclui do plexo de normas que regulam a pena privativa de liberdade brasileira. O princípio da dignidade da pessoa humana é o pilar básico do ordenamento jurídico brasileiro, imputando à dignidade valor fundamental, arcabouço de todas as normas a que a dignidade da pessoa como ser humano deve se vincular.

A integridade física e moral é garantia fundamental assegurada à pessoa que se encontra presa, direito que vem expressamente descrito no art. 5º, LXIX, da CRFB e consectário do art. 5º, III, da CRFB, os quais garantem que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante ou submetido à tortura.

Por outro prisma, o art. 5º, LXVI, da CRFB, favorece a reintegração, na medida em que prevê a individualização da pena, determinando que cada condenado cumpra a pena proporcionalmente ao crime para o qual tenha sido apenado e na medida de sua culpabilidade, permanecendo encarcerado somente o tempo que a lei permitir, sendo vedado o instituto da vingança privada.

Nesse diapasão, seguindo as garantias e os direitos fundamentais previstos na Constituição da República, a Lei de Execução Penal, em tese, adotou os preceitos constitucionais vigentes e os adequou às normas penais e processuais ao estabelecer que a pena possui caráter misto, visando à tutela dos bens jurídicos, o que se dá com a retirada do infrator da sociedade, ao mesmo tempo em que, preso e afastado da sociedade, prepara esse infrator para a futura reinserção social.

Contudo, em que pese todo o arcabouço constitucional e normativo vigente, o qual garante que a reintegração do apenado é uma

das finalidades da pena no Brasil, segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), os índices de reincidência no Brasil são alarmantes, chegando a patamares de 70%.

A Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada em 1993 para investigar a situação do sistema penitenciário brasileiro, após o cuidadoso trabalho de campo e oitiva de diversos especialistas nas áreas, revelou dados importantes em seu relatório final, atestando a falência, mercê de problemas como a superlotação, a violência, o número excessivo de presos provisórios, o alto custo econômico, o estímulo à segregação social e racial e à própria criminalidade, etc. (SICA, 2002, p. 46)³³.

O sistema penitenciário brasileiro vem passando por uma grave crise, alavancada, principalmente, pela superlotação carcerária, em que muitos estão em situação provisória misturados àqueles que cumprem execução definitiva de pena.

Com a situação de superlotação em que se encontram as penitenciárias brasileiras, a maioria dos detentos é jogada nas celas, sujeitando-se a toda sorte de situações humilhantes, que partem tanto do corpo de funcionários quanto dos próprios convivas. Nesse contexto, os detentos ficam sujeitos à limitação de seus direitos mínimos, a exemplo da limitação do banho de sol, da visita familiar e de recebimento de alimentação adequada.

Esse cenário, no fundo, revela que são ínfimas as chances de o condenado conseguir, um dia, readaptar-se ao convívio social, haja vista que o espaço e o tempo que deveriam ser aproveitados para tal fim, longe de voltarem-se à reintegração do preso, acabam por representar a privação dos direitos mais básicos do ser humano, limitando não apenas a sua liberdade, como também a sua própria dignidade.

A superlotação e a precariedade em que funcionam os estabelecimentos prisionais no Brasil, muitas vezes, são obstáculos (ou desculpas) para o não oferecimento de educação (escolas dentro dos presídios) e trabalho (oficinas e laborterapia) dentro das unidades prisionais. Num sistema penitenciário que tem como um de seus objetivos a reintegração para reinserção do apenado na sociedade, impensável qualquer tipo de modelo que não seja calcado no trabalho e na educação.

33 AGUDO, 2009.

Por outro lado, a própria sociedade não vê com bons olhos aqueles que saem da prisão. Nesse contexto, poucos são aqueles que querem empregar um egresso, cabendo ao Estado promover políticas públicas afirmativas, como incentivos fiscais, por exemplo, para esse fim, sob pena de nunca haver mercado de trabalho para essa massa carcerária que sai do sistema penitenciário com sua pena quitada com a justiça pública.

Além disso, após o cumprimento da pena, o egresso dificilmente se livra do estigma impingido pela sociedade, sempre sendo considerado um ex-detento, o que acaba acarretando, nas palavras de Sérgio Adorno, “a inadaptação do indivíduo à sociedade mais ampla”³⁴. Nesse cenário, somente poderá retornar à família, à comunidade, para se ver reintegrado à sociedade da qual foi retirado, com um trabalho multidisciplinar composto por diversos órgãos, inclusive com a participação social, modificando-se essa visão negativa que se tem do egresso.

Sande Nascimento de Arruda chega à mesma conclusão:

Ex positis, pode-se concluir que o sistema prisional brasileiro não possui mecanismos que assegurem o objetivo primordial da pena privativa de liberdade, qual seja, a ressocialização do apenado, tendo em vista que a realidade do sistema carcerário encontra-se representada pelo sucateamento da máquina penitenciária, o despreparo e a corrupção dos agentes públicos que lidam com o universo penitenciário, a ausência de saúde pública no sistema prisional, a superpopulação nos presídios, a convivência promíscua entre os reclusos, a ociosidade do detento, o crescimento das facções criminosas dentro das unidades prisionais, dentre outros efeitos criminógenos ocasionados pelo cárcere, bem como a omissão do Estado e da sociedade.

A crise carcerária só poderá ser resolvida quando a sociedade e os políticos tiverem vontade de solucionar o problema. Para tanto, é preciso a erradicação dos preconceitos em relação ao preso e ao ex-presidiário por parte da sociedade.

Assim sendo, é preciso criar políticas públicas e sociais para erradicação da pobreza, gerar empregos, reestruturar a educação fundamental, investir em estudos atinentes à prevenção da criminalidade, avaliando, desta forma, os fatores que condicionam o indivíduo a praticar crimes e posteriormente garantir a possibilidade de ressocialização. Não é suficiente o tratamento das patologias criminais após o cometimento do

34 ADORNO; DIAS, 2013.

delito, se faz necessário um comprometimento das autoridades públicas e da sociedade antes mesmo de o delito acontecer³⁵.

Se no âmbito interno a falência carcerária é uma questão rotineira nos discursos políticos e midiáticos, no plano internacional, o sistema prisional brasileiro também tem sua imagem desgastada pelos repetidos episódios de violência e violação aos direitos humanos. Para amenizar tal quadro, a Corte Interamericana de Direitos Humanos cobrou um posicionamento energético do País no que se refere à questão prisional, considerada “um problema estrutural de âmbito nacional do sistema penitenciário”.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja sede está situada na Costa Rica, possui jurisdição sobre o Brasil para fatos ocorridos após 1998. Em fevereiro de 2017, o referido tribunal emitiu uma resolução por meio da qual cobrou explicações do governo brasileiro sobre a situação do sistema prisional do País, além de recomendar a adoção de algumas medidas emergenciais³⁶. Tal posicionamento decorreu de quatro casos de violência e superlotação carcerária que tramitam na corte, os quais representaram graves violações de direitos humanos no sistema prisional brasileiro.

O documento é direcionado, especificamente, a quatro presídios do Brasil, entre eles o Complexo Penitenciário de Pedrinhas, situado em São Luís-MA. Nesse caso em particular, motivaram a medida adotada pela Corte Internacional as várias ocorrências de flagrante violação aos direitos humanos, que atingiu o seu ápice com as rebeliões que ocorreram no mencionado Complexo Penitenciário no decorrer do ano de 2013.

Também são alvo da resolução o Complexo Penitenciário de Curado, em Pernambuco, o Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro, e a Unidade de Internação Socioeducativa (UNIS), no Espírito Santo.

No texto da resolução, a Corte Internacional cobrou do Brasil especificações sobre as medidas concretas que estão sendo adotadas para

35 ARRUDA, 2011.

36 Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/asuntos_unidad_se_01_por.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2017.

onze pontos, entre eles, a redução da população carcerária e do número de presos provisórios, a prevenção do enfrentamento de facções criminosas nas unidades prisionais, o treinamento no controle não violento de rebeliões e a prevenção da entrada de armas e drogas nas prisões.

Demais disso, foram solicitadas informações atualizadas às autoridades brasileiras a respeito do número de mortes intencionais e não intencionais nos últimos cinco anos, além do número de médicos e equipes de saúde que trabalham nos presídios e do número de denúncias de maus-tratos e torturas nos últimos cinco anos.

Também em 2017, outros casos de extrema violência e rebeliões ocorridas em presídios brasileiros, em Roraima, Amazonas e outros Estados, ensejaram que o País fosse denunciado na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Trinta e duas organizações nacionais e internacionais apresentaram os pedidos de audiência, que ocorreu em 22 de março de 2017, em Washington, capital dos Estados Unidos. Durante a audiência, as entidades denunciadoras confrontaram representantes do governo brasileiro com informações sobre tortura, maus-tratos, condições intoleráveis de higiene e saúde relacionadas ao encarceramento em massa e à superlotação de unidades. O documento apresentado na comissão também denuncia o uso sistemático de prisões provisórias, que hoje compõem mais de 40% do sistema carcerário brasileiro, e a conivência do Estado brasileiro com as violações de direitos das pessoas presas³⁷.

Além de fomentar críticas externas, a crise no sistema prisional do País também gera reflexos no plano internacional no que se refere às dificuldades enfrentadas para a extradição de criminosos, acusados ou já condenados, que buscam refúgio em países europeus. Tais dificuldades relacionam-se, principalmente, à proteção dos direitos humanos de extraditados, sendo recorrente, nos casos de procedimentos extrajudiciais de extradição iniciados a pedido do Brasil, que as questões

37 Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2017/03/23/inter_nas_polbraeco,583010/brasil-e-denunciado-em-corte-internacional-por-violencia-em-presidios.shtml>. Acesso em: 22 jun. 2017.

acerca da crise carcerária e da violação de direitos humanos no sistema prisional do País sejam levantadas como óbice à extradição.

Com efeito, tal como os países europeus, o Brasil submeteu-se ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, e à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984. Sendo assim, a não observância às disposições contidas em tais atos internacionais pelo Brasil, consubstanciada pelas ocorrências rotineiras de violação a direitos humanos em seu sistema carcerário, geram indelével prejuízo à imagem do País no plano internacional, dificultando não apenas a interação harmônica com os demais signatários, como também afetando a efetividade do ordenamento jurídico brasileiro em matéria penal para infratores que buscam refúgio em países estrangeiros.

No contexto americano, o Brasil também é signatário do Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, cujo objetivo é a proteção dos direitos humanos. De acordo com todas essas normas internacionais, as pessoas encarceradas têm direito ao respeito à vida e à integridade física e psíquica. Não obstante, o Brasil vem encontrando dificuldades em implementar tais princípios em seu sistema prisional, cuja observância seria condição fundamental para se pensar em qualquer função utilitária da pena fundada na reintegração do apenado.

Some-se a esse quadro a ineficiência ou seletividade dos órgãos de segurança pública, que torna ainda mais grave a situação carcerária no País que, por seu turno, acaba por prejudicar a já caótica situação da violência, formando um círculo vicioso de difícil superação.

Nesse sentido, Camila Caldeira Nunes Dias pontua que:

A guinada conservadora da década de 1990, no que concerne às políticas de segurança em geral e do sistema carcerário em particular, pode ser também expressa pelo vertiginoso aumento da população prisional nesse período, no Brasil como um todo [...].

O incremento da população carcerária brasileira nos anos 1990 seguiu uma tendência global de encarceramento massivo, com as prisões sendo desacreditadas na sua função reabilitadora e buscando alcançar objetivos mais modestos, como a segregação social do criminoso (GARLAND, 2001; WACQUANT, 2001; CHRISTIE, 1998) [...].

Em função da histórica desigualdade social, da restrição de direitos e da impossibilidade de acesso à justiça para amplas camadas da população, *e ainda contando com a ação seletiva da polícia, que se volta prioritariamente para as classes mais pobres, no Brasil esses processos mais amplos adquirem contornos ainda mais dramáticos, contribuindo para alimentar um círculo vicioso que aprofunda cada vez mais disparidades sociais, econômicas, políticas e de acesso à justiça entre os brasileiros mais pobres e os mais ricos*³⁸. [Grifo nosso].

Com efeito, existe uma relação direta entre as políticas de segurança pública adotadas pelo Estado e a situação observada em seu sistema prisional. No Brasil, o crescimento vertiginoso da população carcerária a partir da década de 1990, ao contrário do que se possa supor, foi acompanhado por um aumento exponencial na criminalidade, havendo, nesse cenário, um aprimoramento do crime organizado que se estruturou, principalmente, em torno do tráfico de entorpecentes.

Nesse contexto, a seletividade dos órgãos de controle social, não apenas em relação às condutas criminalizadas, mas também – ou principalmente – em relação ao público-alvo da repressão, contribui para o processo de falência vivenciado pelo sistema penal brasileiro na atualidade, sobretudo nos âmbitos da segurança pública e do sistema carcerário, que por seu turno geram reflexos negativos em todo o sistema, inclusive no processo de elaboração e inovação legislativa em matéria penal.

Na busca incessante de combater o crime apenas pela força ou simples repressão, elegendo, ainda, como alvo, segmentos sociais específicos que não coincidentemente se referem às camadas mais pobres da população, o Estado brasileiro também criou condições para que o mercado do crime se organizasse, ocasionando a proliferação de facções criminosas em todo o País.

Em verdade, o crime organizado tornou-se o principal efeito colateral de uma política de segurança pública voltada apenas à coerção simples e direta, que por meio de uma seletividade nem sempre declarada, somada a um sistema carcerário em crise, contribuiu para o fortalecimento e a estruturação do crime.

Nesse sentido, Sergio Adorno e Camila Caldeira Nunes Dias pontuam que:

³⁸ DIAS, 2013, p. 135-136.

A despeito do progresso da democracia no Brasil (ao menos no que concerne às liberdades civis e públicas, à ampliação do espaço de participação social e de representação política e, mais recentemente, à pequena redução das desigualdades sociais), *a sociedade brasileira permanece, no campo da segurança pública, presa a orientações e diretrizes tradicionais e ultrapassadas face à evolução dos acontecimentos que constituem a criminalidade e violência urbanas.*

Por causa disso, não é estranho que a sociedade brasileira venha testemunhando: a) o enraizamento do crime organizado no interior do tecido social em torno de importantes grupos da população urbana; b) a produção de novas formas de solidariedade social para além do mundo das leis e das instituições oficiais; c) a organização de setores populares não com o propósito de reivindicação de uma nova ordem moral baseada na justiça social (MOORE JR., 1987), todavia com o objetivo de desfrutar da participação de certos circuitos de circulação monetária, associados ao mercado informal e não regulamentado da troca de mercadorias, inclusive o tráfico de drogas; d) a guerra permanente entre delinquentes e policiais que enfraquece a capacidade do poder público de reprimir o crime e a violência no contexto do Estado de direito; e) a persistência de reações conservadoras contra a modernização das leis penais e contra a política de defesa dos direitos humanos³⁹. [Grifo nosso].

Observa-se, assim, que, além de afetar as políticas de segurança pública, o aumento da criminalidade potencializa o sentimento de insegurança vivenciado pela sociedade, fomentando um discurso de lei e ordem que não raramente se volta contra os órgãos e discursos em defesa dos direitos humanos.

Nesse sentido, Camila Caldeira Nunes Dias sustenta que:

O paradoxo do incremento de práticas violentas na contenção ao crime, como resposta ao aumento da criminalidade e ao avanço dos movimentos de defesa dos direitos humanos, revela a importância adquirida pelas políticas de segurança pública no Brasil (ALVAREZ; SALLA; SOUZA, 2004). Conforme Sérgio Adorno (2000, p. 146) aponta, embora o Programa Nacional de Direitos Humanos, formulado no primeiro governo do presidente Fernando Henrique Cardoso (1994-1998), tenha conseguido inserir os direitos humanos na agenda política brasileira, não logrou convencer o cidadão comum de que o respeito a esses direitos figura como requisito e não como entrave para a segurança pública. Na impossibilidade de construir uma ligação entre direitos humanos e segurança pública reside o nó da questão no que concerne às dificulda-

39 ADORNO; DIAS, 2016, p. 120-121.

des de promover reformas nessa esfera, gerando um descompasso entre o processo de redemocratização política e a forma de atuação das instituições que compõem o sistema de justiça criminal, ainda pautadas pelo autoritarismo (ADORNO, 2000, p. 147). Mobilizando os sentimentos de insegurança de grandes parcelas da população, os grupos que sofriam a crítica formulada pelos movimentos de defesa dos direitos humanos tiveram êxito em reacender o autoritarismo social – traço da cultura política brasileira –, reforçando percepções coletivas que associam o recurso policial sem interditos legais ou morais como a única forma de combate à criminalidade (ADORNO, 2000, p. 134)⁴⁰.

Vê-se, assim, que a política de segurança pública adotada pelo Estado acaba por afetar a organização e a qualidade do sistema prisional, sendo o contrário também verdadeiro. No contexto da realidade brasileira, observou-se que políticas de segurança pública mal planejadas e/ou executadas, em conjunto com um sistema carcerário sobrecarregado, acabaram por contribuir para o aumento da criminalidade e a proliferação do crime organizado no País, o que, por seu turno, fortaleceu discursos de determinados segmentos sociais que apoiavam uma atuação ainda mais coercitiva do Estado, chegando mesmo a incentivar a violação e/ou supressão de direitos humanos fundamentais como meio de se restabelecer o equilíbrio e a ordem social.

Assim, na ilusão de atacar-se as consequências do crime, tais discursos apenas fortalecem ou legitimam as causas para o aumento e a organização da criminalidade, gerando como consequência uma descredibilidade generalizada em relação ao Estado, além de uma aversão a discursos, órgãos, normas e princípios que visam efetivar os direitos humanos historicamente conquistados, colocando em xeque não apenas o sistema penal, mas todo o ordenamento jurídico e toda a ordem social vigente.

4 Estudo de caso: Complexo Penitenciário de Pedrinhas

Em complemento à discussão teórica até o momento abordada, a partir da qual se buscou fazer uma análise crítica e estabelecer relações entre política criminal, sistema prisional e segurança pública,

40 DIAS, 2013, p. 120.

concebendo-os como componentes do sistema penal, o presente capítulo busca direcionar tal discussão à realidade local, enfatizando o aspecto pragmático do estudo.

Para tanto, abordarei no presente capítulo a experiência como representante do Ministério Público Federal no Conselho Penitenciário do Estado do Maranhão, do qual participo nos últimos seis anos, inclusive com vistorias *in loco* realizadas nos estabelecimentos prisionais do estado.

Tal experiência proporcionou-me ter um conhecimento mais aprofundado sobre a realidade do sistema prisional maranhense, cujas deficiências estruturais o acompanham desde os seus primórdios. Com base em minha experiência profissional, nesta parte do artigo será feito um estudo de caso envolvendo o sistema prisional maranhense, sobretudo o Complexo Penitenciário de Pedrinhas, localizado em São Luís-MA, as influências da qualidade da segurança pública em relação às rebeliões ocorridas no Complexo Penitenciário durante o ano de 2013 e o gradual melhoramento do sistema prisional local nos anos subsequentes.

4.1 Os acontecimentos de 2013 no Complexo Penitenciário de Pedrinhas

Como membro do Conselho Penitenciário do Estado, pude acompanhar o caos que assolou o Complexo Penitenciário de Pedrinhas em meados de 2013, assim como as medidas adotadas para contornar a situação de crise até então vivenciada pelo sistema carcerário local.

Com efeito, o ano de 2013 marcou o ápice da crise no sistema prisional maranhense, tendo como uma de suas principais causas a insistente violação a direitos humanos, em especial, no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, conforme reiteradamente noticiado na imprensa nacional e internacional.

Naquele ano, ocorreram fatos de pura barbárie que se repetiram no interior das unidades prisionais do Maranhão, fomentados, principalmente, pela atuação das instituições estatais que, ao tempo, demonstraram ser incapazes de assegurar o respeito aos

direitos humanos mais básicos da população carcerária, representando, elas próprias, instrumentos para a violação desses mesmos direitos. Tal cenário acabou por acarretar um verdadeiro colapso do sistema prisional local, em razão, sobretudo, da inércia de todos os órgãos responsáveis pela segurança pública, mormente da Administração Estadual.

Ao longo do ano de 2013, foram contabilizados, pelo menos, 64 homicídios oficiais no sistema prisional estadual, sendo a grande maioria dentro do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, no qual, ao menos, 52 detentos morreram. Essas mortes ocorreram tanto em rebeliões e/ou motins quanto fora desse contexto⁴¹.

Alguns desses assassinatos ocorreram em rebelião deflagrada no dia 9 de outubro de 2013. Na ocasião, facções rivais enfrentaram-se, gerando um saldo de nove mortes e dezenove feridos⁴². As mortes se deram de maneira extremamente violenta, inclusive com esquartejamentos e decapitações.

Os efeitos dessa crise não se restringiram aos muros da unidade prisional. Com a eclosão da rebelião, também partiram de dentro do Complexo Penitenciário de Pedrinhas ordens para incendiar ônibus e espalhar pânico pela capital maranhense. Como resultado, ao menos sete ônibus foram incendiados em diferentes bairros de São Luís-MA, e houve uma onda de pânico na cidade; repartições públicas liberaram seus servidores mais cedo e, durante dois dias, os ônibus somente circularam até as dezenove horas⁴³.

Após a rebelião, com a destruição de inúmeras celas, cerca de 580 presos foram alojados no pátio da penitenciária, dormindo sob uma lona⁴⁴. E na madrugada do domingo que se seguiu à rebelião

41 Disponível em: <<https://www.brasil247.com/pt/247/maranhao247/273726/Divis%C3%A3o-de-presos-por-fac%C3%A7%C3%A3o-reduziu-o-n%C3%Bamero-de-mortes-em-Pedrinhas.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

42 Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,rebeldiao-em-presidio-deixa-9-mortos-e-20-feridos-no-maranhao,1084146>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

43 Disponível em: <<http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2013/10/apos-onibus-serem-incendiados-sao-luis-ficara-sem-onibus-das-18h-19h.html>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

44 Disponível em: <<http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2013/10/homens-da-forca-nacional-reforcam-seguranca-em-pedrinhas-sao-luis.html>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

(13.10.2013) houve uma tentativa de fuga por parte de 25 detentos, dos quais um conseguiu fugir⁴⁵.

Em razão de todos esses fatos, o Governo do Estado do Maranhão declarou situação de emergência no sistema penitenciário estadual (Decreto n. 29.443, de 10 de outubro de 2013) e solicitou ao Ministério da Justiça a liberação do efetivo da Força Nacional de Segurança Pública

[...] para auxiliar na execução das ações desenvolvidas no sistema penitenciário estadual, para contenção de grave perturbação da ordem pública na Região Metropolitana em face de motins deflagrados em unidades prisionais (Ofício n. 151/2013-GG).

O Ministério da Justiça atendeu ao pleito, e, em razão disso, deslocou-se para São Luís-MA um efetivo de 150 integrantes da Força Nacional para reforçar a segurança no Complexo Penitenciário de Pedrinhas.

Com efeito, o quadro de emergência então vivenciado no sistema prisional local era absolutamente previsível, pois há vários anos o sistema penitenciário estadual funcionava sem condições mínimas de estrutura e de pessoal, de modo que os presos eram submetidos a todos os tipos de violações à sua integridade física, psíquica, moral e espiritual.

Os eventos de 2013 representaram, assim, não apenas uma tragédia anunciada, como também uma tragédia que se repetiu, continuamente, ao longo dos anos, em razão da inércia da Administração Penitenciária Estadual em adotar medidas que assegurassem o respeito aos direitos humanos mais basilares da população carcerária do Estado do Maranhão, em especial do Complexo Penitenciário de Pedrinhas.

A propósito, o Poder Judiciário Estadual, cerca de dois meses antes da mencionada rebelião, como fruto de recomendação conjunta elaborada pela Defensoria Pública Estadual e pelo Ministério Público Estadual, editou a Portaria n. 81/2013, de 14 de agosto de 2013, na qual determinou uma série de medidas a serem cumpridas pela Administração Penitenciária local, alertando para a adoção de cuidados voltados à contenção das facções que dominavam a vida carcerária.

45 Disponível em: <<http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2013/10/em-nova-fuga-de-pedrinhas-um-detento-foge-e-dois-ficam-feridos.html>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

Por meio dessa portaria, os Juízos da 1ª e 2ª Varas de Execuções Penais da Comarca de São Luís-MA resolveram:

1. Determinar que a Secretaria de Justiça e Administração Penitenciária – SEJAP, no prazo de 10 (dez) dias, remaneje os presos em regime semiaberto, que aderirem à metodologia da APAC, tivessem boa conduta e proposta de trabalho externo, para a unidade prisional do Monte Castelo, sob a administração da APAC de São Luís.

2. Determinar que a Secretaria de Justiça e Administração Penitenciária – SEJAP, no prazo de 30 (trinta) dias, procedesse ao diagnóstico da situação atual do sistema penitenciário da Comarca de São Luís, informando, sobre cada uma das unidades, a sua destinação por regime prisional, a capacidade real de vaga e o total de presos; ao planejamento detalhado dos procedimentos a serem efetivados, no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da publicação desta Portaria, para a separação dos presos por sexo, idade, reincidência e regime prisional, bem como para a contenção das facções criminosas que dominam a vida carcerária; e, ainda, um estudo de impacto da aplicação daquelas medidas, em relação às consequências, imediatas e mediatas, para evitar pôr em risco vida dos servidores e dos próprios encarcerados.

3. Determinar que, findado o prazo do item 2, a Secretaria de Justiça e Administração Penitenciária – SEJAP, e, 30 (trinta) dias, proceda a redistribuição dos presos de acordo com as disposições do art. 84 da Lei de Execução Penal e o art. 7º da Resolução 14/1994, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Nenhuma dessas determinações foi atendida, culminando na deflagração da sangrenta rebelião mencionada, que também gerou efeitos fora do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, instalando um clima de pânico em toda a cidade de São Luís-MA.

Deve-se observar que o sistema prisional do Maranhão já tinha sido objeto de vistoria e acompanhamento pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2011, que realizou inspeções e identificou diversos problemas no funcionamento do principal estabelecimento prisional – o Complexo Penitenciário de Pedrinhas.

Sobre os estabelecimentos que integram o complexo e as condições que neles imperavam, cabe transcrever, *ipsis litteris*, trecho do Relatório do Mutirão Carcerário – CNJ, 2011⁴⁶, realizado no Estado do Maranhão:

46 Disponível em: <http://www.justica.pr.gov.br/arquivos/File/sigepsemiaberto/CNJ_mutirao_carcerario_maranhao_2011.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2017.

10. PROBLEMAS ESTRUTURANTES DA EXECUÇÃO PENAL QUANTO AO PODER EXECUTIVO

10.1. PÉSSIMAS CONDIÇÕES DAS UNIDADES PRISIONAIS

Os problemas são muitos e na maioria graves, merecendo especial atenção de autoridades de todas as esferas para providências urgentes, notadamente no que se refere ao déficit de vagas. Daí porque, o principal desafio a ser enfrentado pelo Estado do Maranhão é a construção de mais presídios, descentralizá-los e administrá-los adequadamente.

Alguns desses problemas são comuns a todas as unidades prisionais da Capital, excetuando-se a recém-construída Penitenciária Feminina. Dentre as principais dificuldades podemos destacar:

I - Estrutura precária das celas, ambiente insalubre, impróprio para habitação;

II - Superlotação;

III - Várias celas escuras, mal ventiladas e úmidas; algumas com odor fétido, quase que insuportável de excremento humano;

IV - Reclamações quanto à qualidade da alimentação;

V - Número insuficiente de agentes penitenciários e terceirização do serviço de custódia de presos, onde monitores exercem funções típicas de agentes penitenciários;

VI - Falta de colchões para quase metade da população carcerária, que acaba dormindo no chão;

VII - Atendimento médico, odontológico e medicamentoso deficiente ou inexistente;

VIII - Ausência de local adequado para internar pacientes psiquiátricos;

IX - Corrupção no sistema carcerário;

X - Extrema violência nas unidades prisionais, com excessivo número de mortes;

XI - Elevado número de rebelião;

XII - Ausência quase que absoluta de atividades ocupacionais e educacionais.

Vê-se, assim, que os acontecimentos observados no ano de 2013 não foram um caso pontual. Conforme informação levantada pelo Conselho Nacional de Justiça, somente entre os anos de 2008 e 2009 ocorreram 38 homicídios dentro do sistema prisional no Estado do Maranhão.

De outro turno, apenas em relação ao ano de 2013, não menos que 52 presos foram mortos nas celas de Pedrinhas, sendo tal fato repercutido nacional e internacionalmente⁴⁷.

Grandes portais de notícias internacionais, como *The New York Times*⁴⁸, *The Economist*⁴⁹ e *BBC*⁵⁰, veicularam matérias a respeito desses fatos.

Destaca-se que os números de mortes apresentados, infelizmente, são menores do que aqueles que a realidade apresenta, em razão da extrema dificuldade de se obter tais dados de maneira atualizada e consolidada.

Frise-se, ademais, que no contexto das rebeliões ocorridas em Pedrinhas no ano de 2013, constataram-se evidências da prática extrema de canibalismo nas dependências do complexo penitenciário. Tais evidências levaram o Ministério Público Estadual a oferecer denúncia sobre o caso em outubro de 2015, após ampla investigação.

O caso se deu em dezembro de 2013, na Cella 1, Bloco C, do Presídio São Luís 2 (PSL 2), uma das oito casas que compõem o Complexo Penitenciário. Segundo a denúncia do Ministério Público Estadual, o detento foi morto a facadas pelos companheiros de cela. A respeito do caso, cabe registrar a notícia abaixo reproduzida, veiculada em um grande editorial eletrônico⁵¹:

[...] O corpo foi, então, esquartejado em 59 pedaços. *As partes foram banhadas com sal, para retardar a decomposição da carne e disfarçar o odor, e espalhadas pelo presídio. Depois, o fígado de Silva foi retirado, assado na brasa e ingerido pelo grupo.* De acordo com o promotor, a ação foi orquestrada pelos líderes da facção Rones Lopes da Silva, o Rony Boy; e Enilson Vando Matos Pereira, também conhecido como Matias ou Sapato. Ainda não há informações sobre a situação atual de todos os envolvidos. [...]

47 Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/05/1451708-em-pedrinhas-63-das-mortes-de-2013-sao-a-esclarecer.shtml>>. Acesso em: 5 maio 2017.

48 Disponível em: <https://www.nytimes.com/2014/01/09/world/americas/brazilian-state-in-spotlightafter-gruesome-prison-video.html?_r=1>. Acesso em: 1º ago. 2017.

49 Disponível em: <<http://www.economist.com/news/americas/21594254-brazils-hellish-penal-systemovercrowded-violent-and-brutalising-welcome-middle-ages?frsc=dg%7Ca>>. Acesso em: 1º ago. 2017.

50 Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-latin-america-24472528>>. Acesso em: 1º ago. 2017.

51 Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/brasil/mp-denuncia-canibalismo-em-pedrinhas-no-maranhao/>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

A história macabra só começou a ser esclarecida meses depois da abertura do inquérito, quando surgiu uma testemunha-chave. “O que ela contou bate com os laudos e isso foi determinante para que fechássemos a história”, conta o promotor. No entanto, de acordo com Câmara, a maior dificuldade para concluir a investigação foi a identificação do corpo. “A princípio não se sabia nem quem era. Houve uma confusão, achavam que era outro preso, mas no decorrer do processo a vítima foi identificada como Edson Carlos Mesquita da Silva”, disse.

O reconhecimento só foi possível por causa de uma tatuagem que o preso possuía. “As partes [do corpo] foram juntadas pela perícia. Descobriu-se a frase ‘Vitória razão do meu viver’. Vitória é uma filha da vítima. A tatuagem foi feita em homenagem a ela”, disse o promotor. O reconhecimento foi feito pelo cunhado de Silva. A identidade foi confirmada posteriormente por dois laudos. [Grifo nosso].

Todos os acontecimentos envolvendo o sistema prisional local naquele ano motivaram que este Órgão Ministerial apresentasse representação à Procuradoria-Geral da República no sentido de que fosse pleiteada ao Supremo Tribunal Federal a intervenção federal no Estado do Maranhão. Ao mesmo tempo, buscou-se uma maior articulação institucional no âmbito interno, de modo a contornar a situação de crise vivenciada no sistema prisional local com a atuação ordenada dos vários órgãos do sistema de justiça, com apoio da sociedade civil e dos órgãos de defesa dos direitos humanos.

Tal medida acentuou o debate sobre a questão da crise que afligia o sistema prisional do estado, chamando a atenção dos mais diversos setores sociais e das instituições do sistema de justiça e do Poder Executivo Estadual a buscar soluções àquela situação, que já se tornava insustentável.

Ainda no ano de 2013, foram tomadas diversas medidas emergenciais pelo Poder Executivo Estadual com o objetivo de remediar a tão drástica situação vivenciada pelo sistema carcerário do estado, medidas estas que tiveram relativo êxito, conforme será observado no tópico a seguir.

Não obstante, os resultados esperados de tais medidas não foram imediatos, e alguns dos efeitos da crise no sistema carcerário – ou antes, das causas que levaram àquele quadro – persistiriam por algum tempo, gerando graves consequências também no âmbito da segurança

pública. Nesse sentido, destaca-se que cerca de três meses após a deflagração da rebelião ocorrida em 9 de outubro de 2013, no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, houve uma nova onda de ataques a ônibus na cidade de São Luís-MA, cuja ordem partiu de dentro de Pedrinhas.

Na nova onda de ataques, ocorrida em 3 de janeiro de 2014, quatro ônibus foram incendiados na capital maranhense (nos bairros João Paulo e Vila Sarney, na Avenida Kennedy e na Avenida Ferreira Gullar). Além disso, duas delegacias foram alvos de tiros em São Luís-MA, nos bairros São Francisco e Liberdade.

Esses ataques, infelizmente, fizeram vítimas, entre elas a menina Ana Clara Santos Sousa, de seis anos de idade, que teve 95% do corpo queimado em um dos incêndios criminosos e veio a falecer poucos dias depois. Tal fato gerou forte comoção social e ampla repercussão midiática⁵².

Além dessa vítima fatal, ficaram gravemente feridas a irmã de Ana Clara, de um ano e cinco meses, que teve 20% do corpo queimado, e a mãe de ambas as crianças, de 22 anos, que teve 40% do corpo queimado.

No mesmo episódio, um homem chamado Márcio Ronny da Cruz, de 38 anos, teve 72% do corpo queimado após tentar ajudar a menina Ana Clara a sair do veículo atacado por bandidos.

Frise-se que, durante as investigações dos fatos, constatou-se que a onda de ataques que vitimou Ana Clara Santos Sousa e deixou outras tantas pessoas feridas partiu de dentro do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, como resposta a uma operação realizada pela Tropa de Choque da Polícia Militar no interior do presídio, com o objetivo de diminuir as mortes nas unidades prisionais do estado.

Sem adentrar em questões relacionadas à necessidade e/ou à proporcionalidade da ação policial que teria ocasionado a ofensiva criminosa, certo é que tais episódios evidenciam o quão delicado é o enfrentamento à crise que afeta tanto o sistema prisional quanto a segurança pública no Estado do Maranhão e no País como um todo,

52 Disponível em: <<https://acervo.veja.abril.com.br/#/edition/32115?page=1§ion=1>>.

e como esses componentes do sistema penal possuem uma intrínseca relação e exercem mútua influência entre si.

4.2 As medidas adotadas para contornar a crise no sistema prisional maranhense e a persistência de alguns problemas estruturais

A crise no sistema carcerário maranhense forçou uma reavaliação do modelo prisional até então vigente, o que, sem dúvida, foi potencializado por uma pressão cada vez maior da sociedade civil, dos órgãos de defesa dos direitos humanos e das instituições do sistema de justiça sobre a Administração Pública Estadual, em busca de uma resposta aos acontecimentos que ocorreram em 2013 no sistema penitenciário local.

Frise-se que a proposta de intervenção federal, advinda de representação formulada em primeiro grau, foi efetivamente protocolada pelo procurador-geral da República perante o Supremo Tribunal Federal. Ocorre, porém, que, com o passar dos anos, arrefecendo-se a crise, o próprio PGR propôs o arquivamento do feito, com a prévia oitiva e concordância desta representante ministerial, que, acompanhando de perto os fatos que ensejaram a proposta de intervenção, considerou não mais ser necessária a continuidade do feito para a implementação de tão grave e excepcional medida.

Não obstante, é necessário destacar que apesar de a medida não ter sido efetivada, o simples requerimento pela intervenção federal no estado teve seus efeitos positivos. Com propósito, estas e outras ações promovidas pelos órgãos do sistema de justiça, direta ou indiretamente, consistiram em uma forma de pressão e cobrança ao Poder Executivo do Estado para que fossem tomadas medidas em face do estado de inércia no que se refere à administração penitenciária e passasse a articular mudanças estruturais significativas, sendo fundamental para a reversão daquele estado caótico que o órgão diretamente responsável pela administração penitenciária estadual não mais fosse pensado meramente como local para empregar favorecidos políticos, mas sim como órgão fundamental para se efetivar a racionalização de tão importante componente do sistema penal.

Nesse sentido, a nomeação de técnicos especialistas para atuarem na Secretaria de Estado de Justiça e Administração Penitenciária (SEJAP/SEAP-MA), em cargos e posições estratégicas, foi essencial para amenizar o quadro crítico até então experimentado no sistema prisional local, com especial destaque a incorporação à referida secretaria estadual de uma equipe com vasta experiência em segurança pública e em administração penitenciária.

Com essa nova mentalidade, foi possível notar, se não uma superação, uma mitigação do antigo modelo prisional que acarretou a crise no sistema carcerário maranhense, cujo ápice ocorreu em outubro de 2013. Até então, observava-se uma realidade carcerária na qual os presos praticamente se autogovernavam, o que gerava problemas estruturais e danos físicos aos estabelecimentos prisionais, além de riscos à própria segurança e à saúde dos detentos.

Nos últimos anos, apesar de perdurarem alguns problemas estruturais, observam-se melhorias significativas em questão de higienização e segurança, com uma otimização do sistema de limpeza nos complexos prisionais, que passou a contar com o auxílio dos próprios detentos.

Apesar de em tais matérias os presídios se encontrarem ainda aquém do desejável, o sistema penitenciário maranhense, sobretudo o Complexo Penitenciário de Pedrinhas, deu um importante passo ao motivar os detentos a manterem-se encarregados pela manutenção da salubridade nas áreas comuns dos presídios, além de em suas próprias celas.

Outro avanço importante nesse sentido foi a padronização das vestimentas dos detentos no âmbito do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, passando a ser obrigatório o uso de uniforme pelos presos, que, até então, vestiam-se de qualquer modo, muitas vezes com roupas em estados precários.

Em relação específica à segurança e à própria organização presidial, uma importante e inadiável medida que passou a ser adotada pela Administração Penitenciária foi assegurar que os presos permanecessem alocados em suas próprias celas quando não estivessem em horários de banho de sol ou de visitas, resgatando-se, assim, a própria lógica inerente aos estabelecimentos prisionais.

Até então, o que se observava eram grades escancaradas e presos transitando livremente pelos corredores e áreas comuns dos presídios, independentemente do horário. Contudo, a partir de reformas emergenciais nas celas e grades danificadas, tal realidade começou a mudar gradativamente.

Outra medida adotada para contornar a situação foi a fixação de horários rigorosos nos quais os detentos devem ser mantidos dentro das celas, diminuindo-se, assim, o risco de motins e rebeliões, bem como dificultando o tráfico de drogas dentro dos presídios, brigas e mortes violentas entre os presos, resguardando-se, ainda, a segurança das pessoas responsáveis pela administração dos estabelecimentos prisionais e pela vigília dos detentos.

Entre as situações rotineiras até então observadas nos estabelecimentos prisionais que se buscou combater, cita-se a utilização de fogões e fogareiros improvisados, que poderiam, a qualquer momento, provocar incêndios de grandes proporções ou serem utilizados como armas pelos presos em agressões mútuas ou mesmo para atacar os vigilantes e monitores.

Com a união de todos os órgãos envolvidos na questão penitenciária, aliada à obrigatória nova abordagem do Poder Executivo Estadual, houve a retirada desses instrumentos improvisados e utilizados pelos presos para o cozimento de seu próprio alimento (trazido pela família do preso), e a substituição pelo fornecimento de alimentos por empresas especializadas, contratadas pela Administração Penitenciária, passando a ser ofertadas aos presos refeições de qualidade relativamente satisfatória.

Além dessa mudança, em relação aos locais destinados aos encontros íntimos dos presos, passou-se a utilizar espaços específicos e individuais, que proporcionaram maior privacidade para os detentos em suas visitas, em contraponto aos espaços coletivos anteriormente utilizados, que expunham as visitas dos detentos a constrangimentos, ameaças e intimidações. De acordo com os relatos de presos à época, não era raro que algumas visitas fossem coagidas ou forçadas a fazerem sexo com outros detentos como forma de pagamento ou forma de demonstração de poder entre os presos, muito embora essa

situação não tenha sido efetivamente comprovada, não era incomum que em dias de inspeção ouvíssemos queixas nesse sentido.

Outra modificação visível diz respeito às revistas das visitas dos presos, que passaram a ser menos invasivas, passando a contar com detectores de metais, *scanners* corporais, ou seja, contando com reforços materiais eficazes para a inibição da prática das revistas vexatórias e degradantes, que, infelizmente, ainda ocorrem nos presídios maranhenses, sobretudo pela falta de treinamento adequado dos responsáveis pelas vistorias.

Em relação ao quadro de funcionários da Administração Penitenciária, acrescenta-se que foi fundamental para a superação do estado no qual se encontrava o sistema prisional maranhense a qualificação das pessoas responsáveis pela guarda dos presos, sendo, para isso, realizadas seleções para a contratação de novos vigilantes e monitores, além de concurso para agentes penitenciários.

Ocorre, porém, que, apesar da contratação e especialização de pessoas para os cargos destinados à vigilância e ao controle dos presos, ainda é possível perceber que os detentos são tratados, por vezes, de maneira desumana e inadequada, em insistentes violações aos direitos humanos.

Observa-se, com isso, a necessidade de adoção de outras medidas que devem ser tomadas para reverter esse quadro de desrespeito e abuso dos funcionários para com os presos, que poderia ser minimizado com a oferta contínua de cursos de aperfeiçoamento, por exemplo, devendo, do mesmo modo, tornar mais rigorosa a seleção para aquisição de novo pessoal, havendo punição administrativa adequada e proporcional à violência e/ou irregularidade cometida.

A par disso, além de medidas que visem otimizar o comportamento dos funcionários, por certo que devem ser ofertadas formas efetivas de reintegração dos detentos. Neste aspecto, assevera-se que, atualmente, a Administração Penitenciária maranhense passou a disponibilizar, dentro dos presídios, centros de ensino e oficinas geridas por voluntários e profissionais qualificados. Não obstante, muito ainda pode ser feito.

Apesar de todas as melhorias apontadas, a situação ainda se encontra longe do ideal. Nesse sentido, muito embora tenha havido melhorias na estrutura dos estabelecimentos prisionais, muitas dessas instituições ainda se encontram em situação precária, principalmente as geridas pela Polícia Civil e as localizadas no interior do estado. Do mesmo modo, a superlotação ainda é um problema recorrente em quase todos os estabelecimentos prisionais inspecionados pelo Conselho Penitenciário.

Ademais, nos presídios, ainda se observam situações episódicas de uso desmotivado e/ou desproporcional de *sprays* de pimenta, balas de borracha, bombas de efeito moral, além de se constatar que a ba-laclava continua a ser utilizada, ainda que com menor frequência, o que acaba por motivar ofensas aos direitos humanos.

Outra reclamação recorrente entre os presos, que também foi verificada pelo Conselho Penitenciário durante as visitas de inspeção, refere-se à má qualidade da água utilizada para higienização e para consumo. Além disso, a falta de medicamentos e materiais para o tratamento básico em saúde ainda é uma realidade na maioria dos estabelecimentos prisionais, que, apesar de por vezes contarem com pessoal especializado no tratamento de saúde e aparelhos de última geração (raios-x, ultrassom, etc.), carecem do material mais básico e necessário para que esses profissionais realizem seu mister.

Como exemplo, citam-se os profissionais dentistas, que, embora se façam presentes em alguns desses estabelecimentos, necessitam de instrumentos fundamentais para o atendimento aos detentos, como broca, anestesia, entre outros, que não são disponibilizados pelas instituições prisionais, ou, se o são, tal oferta se dá em quantidade e qualidade muito aquém do desejável, sem contar a carência de medicamentos básicos para prevenção e tratamento de doenças, até mesmo as mais rotineiras, que se encontram em falta na maioria dos estabelecimentos prisionais vistoriados.

Em muitos casos, como ocorre na CCPJ de Pedrinhas, na CADET e na CPD, faltam médicos com atuação permanente. Do mesmo modo, as equipes de profissionais de saúde disponibilizadas, como

já informado, não são equipadas de forma adequada. Como exemplo, importante ressaltar que ainda não foram implantadas ações de controle da tuberculose em 100% das unidades penitenciárias, sendo possível constatar que muitos presos padecem da doença dentro dos estabelecimentos e convivem normalmente com os demais presos saudáveis, sem uma política de prevenção ou separação profilática.

Como antecipado, outra situação infelizmente ainda recorrente dentro dos estabelecimentos prisionais diz respeito ao tratamento desrespeitoso e inadequado dos funcionários em relação aos detentos e com os familiares e demais visitas dos presos, o que se torna especialmente notório durante as revistas.

Nesse sentido, apesar de alguns estabelecimentos já contarem com equipamentos adequados para a realização dessas vistorias, ainda são rotineiras antigas práticas e hábitos vexatórios que constroem e degradam a dignidade de quem é revistado, como a prática do agachamento e a revista realizada por funcionários de gênero distinto do das pessoas vistoriadas, sendo constantes, nesse aspecto, as reclamações quanto à prática de condutas inadequadas.

Não bastasse, é recorrente que os vistoriantes e demais funcionários dos estabelecimentos prisionais desviem para si objetos e alimentos das visitas destinados aos presos, por vezes, utilizando-se até mesmo da extorsão direta, o que, de qualquer modo, avilta a dignidade dos presos e dos visitantes.

Ressalta-se, contudo, que as humilhações e os desrespeitos dos funcionários para com os detentos não se restringem aos dias de visita, sendo, em verdade, uma prática cotidiana no interior dos estabelecimentos prisionais, conforme relatos constantes dos presos e também como foi possível constatar com as vistorias realizadas pelo Conselho Penitenciário, nas quais alguns funcionários desses estabelecimentos, mesmo com a presença dos conselheiros e demais autoridades, sequer disfarçavam seu desprezo e o trato desumano para com os detentos.

Além dessas deficiências, um problema de grande gravidade que ainda não foi superado no âmbito do sistema carcerário maranhense diz respeito à atuação das facções criminosas no interior dos presídios, que, além de gerar um ambiente de constante tensão e conflito entre

os membros dos diversos grupos, produz insegurança entre os presos que buscam permanecer neutros.

Esse problema, em específico, evidencia um fenômeno de difícil e complexa solução, colocando os gestores dos estabelecimentos prisionais em um grande dilema, de modo que ficam eles divididos entre a adoção de duas possíveis soluções: a primeira seria separar os membros da facção em blocos e celas distintas, de acordo com o grupo ao qual pertenciam, o que, por um lado, evitaria ou amenizaria o conflito entre as facções, mas, como efeito colateral, fortaleceria a coesão e organização de cada grupo; a segunda solução seria tentar desarticular as facções separando os seus membros por meio da alocação destes em celas distintas, misturando-os com outros presos e membros de outra(s) facção(ões) na medida do possível, o que, muito embora pudesse afetar a organização dos grupos, ocasionaria ainda mais conflitos e mortes entre os presos.

Outro problema relacionado à atuação de facções criminosas no interior do Complexo Penitenciário de Pedrinhas diz respeito à articulação para o cometimento de crimes dentro e fora dos muros do presídio, além de organização para tentativa de fugas, contando com a participação de membros que ainda se encontram em liberdade.

Como exemplo desse último fenômeno cita-se uma audaciosa fuga, ocorrida em 21 de maio de 2017, na qual, inclusive, foram utilizados explosivos, em uma ação articulada entre detentos e pessoas externas. Segundo nota oficial publicada pela Secretaria de Estado de Administração Penitenciária, a fuga ocorreu na Unidade Prisional de Ressocialização de São Luís 6 (UPSL 6), antigo CDP. Seis detentos foram recapturados, 24 permanecem foragidos e dois internos morreram, após ofensiva do Grupo Especial de Operações Penitenciárias (GEOP), que atuou no local para controlar a situação.

A fuga se deu depois que parte do muro da unidade prisional foi explodida pelo lado de fora, por pessoas ainda não identificadas, e detentos de duas celas do Pavilhão Gama serraram as grades, conseguindo passar pelo buraco causado pela explosão.

Após troca de tiros entre os criminosos e agentes penitenciários do GEOP de plantão, dois internos faleceram, um no local e outro no hospital. Policiais civis e militares também foram acionados.

Frise-se que tal fuga foi facilitada pelo fato de que a Unidade Prisional de Ressocialização de São Luís 6 (UPSL 6) é separada do Complexo Penitenciário de São Luís, sendo, ademais, a única unidade prisional masculina que ainda não dispõe de portaria unificada e inspeção por *bodyscan*, a exemplo das demais que compõem o complexo carcerário.

Tal caso evidencia como a administração penitenciária e a segurança pública são facetas da organização estatal que estão intrinsecamente associadas, não podendo uma ir bem sem o funcionamento adequado da outra. Nesse sentido, um aspecto lógico de tal relação pode ser constatado, por exemplo, na medida em que disposições da administração penitenciária, ainda que amparada pelos ditames da lei, afetam diretamente a qualidade da segurança pública e vice-versa.

Nesse contexto, o trabalho externo atinente à segurança pública pode ser afetado por causas cuja origem remontam ao trabalho interno no âmbito da administração penitenciária, sendo o contrário também verdadeiro. Como exemplo, citam-se, de um lado, a organização de fugas, os ataques a ônibus e outros crimes praticados a mando de membros de facções que se encontram encarcerados, conforme já apontado; por outro lado, cita-se que, muitas vezes, as facções obrigam os indivíduos que saem para trabalhar ou que são beneficiados por saídas temporárias a retornarem com drogas ou outros objetos ilícitos, conforme determinação das facções, ou que pratiquem determinados crimes ao se encontrarem fora dos presídios.

Ainda assim, apesar de todas as dificuldades apontadas, foi possível observar nos últimos anos que, não obstante os graves problemas ainda visíveis, houve, desde os acontecimentos de 2013, uma melhoria e incremento significativo no sistema prisional maranhense, com um avanço considerável no trato humanitário em relação aos detentos, com maior observância aos direitos humanos que por muito tempo estiveram esquecidos ou que foram deliberadamente ignorados no interior dos estabelecimentos prisionais do estado. Ademais, houve um controle no número de mortes e de rebeliões dentro dos presídios, de modo que aquilo que por muito tempo fora uma realidade rotineira e recorrente no interior das prisões passou a ocorrer de forma mais episódica.

Nesse sentido, cumpre destacar os dados apresentados, recentemente, pelo Ministério Público Estadual, acerca das mortes ocorridas no Complexo Penitenciário de Pedrinhas. De acordo com o relatório apresentado em 17 de julho de 2017, em 2010, houve 31 mortes registradas no complexo. Nos dois anos subsequentes houve um pequeno decréscimo no número de mortes. Em 2013, conforme esmiuçado no presente estudo, uma nova crise vitimou 52 detentos, apenas no Complexo Penitenciário de Pedrinhas. Contudo, em 2016, o número de detentos mortos no interior do presídio caiu para quatro. Em 2017, nenhum caso de morte ocorrida em Pedrinhas foi registrado, excetuando-se uma morte natural no interior do presídio cujas circunstâncias ainda estão sendo apuradas.

Como se observa, apesar da permanência de alguns problemas estruturais, nos últimos anos houve uma gradual melhoria no Sistema Penitenciário de Pedrinhas, cujos reflexos podem ser observados em diversos âmbitos, sendo perceptível, nesse cenário, a vertiginosa diminuição do número de mortos no interior da principal instituição prisional do Estado do Maranhão.

Várias foram as mudanças e os implementos que, em conjunto, colaboraram para o arrefecimento da crise e que, muito embora não tenham representado uma completa superação do quadro caótico então vivenciado, contribuíram para que houvesse uma sensível melhoria no sistema prisional maranhense. Dentre essas medidas, citam-se a construção e a operacionalização de cinco novos presídios no Estado do Maranhão, nos municípios de Balsas, Açailândia, Imperatriz, Pinheiro e Pedreiras, havendo, ainda, a previsão de construção de mais dez unidades prisionais nos próximos anos.

Outrossim, a realização de mutirões carcerários para verificar a situação de presos provisórios e condenados e encontrar soluções legais e adequadas para cada caso tem sido medida de suma importância para amenizar o problema crônico de superlotação vivenciado no sistema penitenciário local.

Cita-se, ainda, nesse contexto, a efetivação das audiências de custódia, tanto em âmbito estadual quanto federal, que também vêm auxiliando no abrandamento do quadro endêmico de superlotação das unidades prisionais estaduais.

O aumento gradual no número de defensores públicos estaduais e federais no estado também pode ser apontado como fenômeno que influencia tangencial e positivamente a situação carcerária, na medida em que vem viabilizando, de maneira mais abrangente, uma defesa técnica adequada às pessoas econômica e socialmente vulneráveis que, sem tal auxílio, estariam mais propensas a padecerem injustiças e arbitrariedades processuais e, conseqüentemente, a fazerem parte do contingente de detentos que abarrotam o sistema carcerário.

A criação e a realização de reuniões periódicas do Gabinete Dirigente de Gerenciamento de Crises e do Gabinete de Gestão Integrada do Estado do Maranhão (GGI) também representam importantes melhorias estruturais e institucionais, podendo ser, ainda, apontadas como instrumentos que exercem influências positivas no sistema carcerário local, pois ajudam a agregar o Poder Público e a sociedade em ações conjuntas para prevenção da criminalidade e enfrentamento de crises, facilitando, ainda, o diálogo, a cooperação e a articulação institucional entre os órgãos comprometidos com o combate à criminalidade e com a defesa do Estado Democrático de Direito.

Como se vê, a mudança de paradigma experimentada no sistema penitenciário local, só se tornou possível a partir da cooperação institucional entre os mais diversos órgãos comprometidos com a otimização do sistema carcerário estadual, que contou também com uma relevante participação da sociedade civil organizada e dos órgãos de proteção aos direitos humanos.

Não obstante, muito ainda deve ser melhorado até que o sistema carcerário maranhense possa ser elevado a um padrão satisfatório de qualidade, sendo necessária, para tanto, uma vigilância contínua das mais diversas instituições e dos setores sociais comprometidos com a segurança, com os direitos humanos e com o Estado Democrático de Direito como um todo, de modo que, por meio de um trabalho integrado, haja maiores avanços no sistema penitenciário maranhense e que estes avanços possam se refletir em maior qualidade na promoção da segurança pública no estado.

Por outro turno, não se pode olvidar que, malgrado todos os esforços para se reverter o quadro em crise vivenciado pelo sistema

prisional, que se observa não apenas no Maranhão, mas em todo o País, as verdadeiras mudanças em tal cenário só se operarão a partir de uma transformação radical e estrutural em todo o sistema penal, em seus mais diversos âmbitos, passando por uma reflexão profunda sobre as finalidades da pena privativa de liberdade e o papel da segurança pública e do próprio sistema penitenciário na efetivação da democracia, dos direitos humanos e da própria ordem social.

Nesse contexto, tornam-se notórias, no atual paradigma, as graves distorções, antinomias e contradições existentes entre o discurso democrático e o discurso punitivo, que se manifestam na utilização de práticas cada vez mais repressivas em defesa de interesses puramente individuais e escusos, coordenados por uma classe política, econômica e socialmente dominante que parece recorrer, com frequência e ímpeto cada vez maiores, à utilização do Direito Penal como forma de administrar e tentar solucionar a crescente instabilidade social.

Nessa equação, parece ignorar-se, deliberadamente, as graves desigualdades presentes no corpo social, na tentativa de implementar um discurso de lei e ordem que, na verdade, escamoteia as verdadeiras intenções de se tentar anular, justamente, os efeitos de tais desigualdades, buscando na exclusão e no encarceramento dos marginalizados a solução para o problema da violência observado na atualidade.

Com efeito, os graves problemas contemporâneos não serão solucionados a partir da tentativa de administrar os seus efeitos, mas sim atacando-se as suas causas. Nesse cenário, a exasperação do âmbito punitivo estatal já vem demonstrando alhures a sua incapacidade para contornar os graves problemas relacionados à segurança pública, sobretudo no que diz respeito à crescente violência e ao tráfico de drogas, que vêm assolando principalmente – mas não unicamente – os grandes centros urbanos.

Conforme demonstrado no presente estudo, a lógica de se considerar o sistema penal e penitenciário como únicas ou principais formas de se combater a violência e a criminalidade generalizada observada na sociedade, longe de demonstrar eficácia, vem apenas agravando tais problemas, gerando reflexos que afetam direta e negativamente a segurança pública dentro e fora dos muros dos presídios.

Tal fenômeno, além de manifestar uma clara ofensa aos direitos humanos e aos princípios democráticos e republicanos supostamente adotados por nossa sociedade, demonstra, ainda, a irracionalidade operacional e financeira na manutenção de tais discursos e práticas, cuja implementação, ao tempo em que se mostra altamente dispendiosa e complexa, não alcança, como contrapartida, os resultados almejados, ao contrário, parece contribuir para o agravamento da crise.

Com essas ressalvas, não defendemos a implementação de um discurso abolicionista das penas privativas de liberdade, mas destacamos a necessidade de uma revisão dos seus métodos e finalidades, que, atreladas à consolidação das instituições, à participação popular e ao reexame das condutas e sujeitos criminalizados por uma seletividade nem sempre declarada, poderá vir a representar uma alternativa mais eficiente ao quadro ora vigente, somando-se, sem dúvida, a investimentos maiores e mais bem aplicados não apenas na área de segurança pública e no setor penitenciário, mas também em outras áreas que possam vir a combater efetivamente a desigualdade social, principalmente, no âmbito de políticas públicas destinadas à reinserção social e à promoção da cidadania, além, é claro, de uma atenção crescente e contínua voltada à educação, verdadeira ferramenta de transformação pessoal e social.

5 Conclusão

Conforme se buscou destacar no decorrer do presente artigo, o sistema penal deve ser compreendido como um organismo complexo, que passou por diversas etapas de modificações, retrocessos e evoluções até chegar ao presente panorama, que, por seu turno, não deve ser compreendido como algo completo e acabado, muito menos perfeito e infalível, mas como algo dinâmico, que deve ser objeto de constantes críticas e transformações.

Para os estritos limites deste estudo, buscou-se traçar uma relação entre três componentes do sistema penal, a partir de uma abordagem crítica e dialógica entre política criminal, sistema prisional e segurança pública, evidenciando as múltiplas e mútuas influências e os desdobramentos que tais componentes do sistema penal exercem entre si.

Primeiramente, foi nossa intenção elaborar uma sucinta análise crítica sobre alguns dos principais fundamentos teóricos que tentaram dar uma justificativa plausível à existência do Estado e de que maneira se tentou, igualmente, legitimar o Direito Punitivo dessa máxima potestade institucional. Observaram-se, desse modo, os pressupostos das principais correntes criminológicas no que se refere à necessidade de punir os indivíduos transgressores do pacto social e constitucional, expressão máxima de imanência de poder e de organização nas sociedades contemporâneas. Além da análise sobre a justificação e legitimação apriorística do Direito Punitivo e do Estado, fizemos referências às funções atribuídas às penas por cada uma das Escolas que foram objeto de nossa investigação.

Dessa maneira, objetivou-se analisar o Direito Penal a partir de uma perspectiva que ultrapassasse o âmbito meramente formal, tal como proposto pela dogmática clássica, para compreender essa esfera específica do Direito por meio de uma análise macroestrutural que abrangesse outras áreas do conhecimento humano afetas ao fenômeno criminológico e penalista na sociedade. Assim, embora reconheçamos a função essencialmente prática da dogmática penal, que se relaciona, em última instância, com o Direito posto e atualmente vigente, compreendemos que sua análise crítica é fundamental para trazer inovações tanto na interpretação quanto na aplicação daquele que é o seu objetivo de estudo, ou seja, o Direito Penal.

Após essa abordagem essencialmente teórica, buscamos direcionar a discussão ao seu aspecto mais pragmático, relacionando as teorias até então abordadas, primeiramente, à realidade nacional para, em seguida, relacionar os aspectos da política criminal até então trabalhados com os demais componentes do sistema penal em relação aos quais foi proposta a análise, quais sejam, o sistema prisional e a segurança pública, a partir de uma perspectiva local, trabalhando tal relação por meio de um estudo de caso envolvendo o Complexo Penitenciário de Pedrinhas, localizado em São Luís-MA, e as influências da qualidade da segurança pública em relação às rebeliões ocorridas no complexo penitenciário durante o ano de 2013 e a gradual otimização do sistema prisional local nos anos subsequentes.

Verificou-se no decorrer do estudo que, tanto no âmbito nacional quanto no local, uma das principais causas da crise vivenciada

pelo sistema carcerário encontra-se na superlotação carcerária e na consequente omissão assistencial por parte do Estado no seu papel provedor e fiscalizador do cumprimento da pena privativa de liberdade. Não apenas isso: a crise no sistema penitenciário possui causas estruturais derivadas da própria seletividade dos órgãos e instituições da segurança pública, do sistema prisional e do sistema de justiça, que, ao selecionarem – nem sempre de maneira declarada – condutas e segmentos sociais específicos para aplicação do âmbito punitivo, contribuíram tanto para a superlotação carcerária quanto para o agravamento da violência dentro e fora dos muros dos presídios.

Em que pese toda sua falibilidade, a prisão ainda é vista como o principal instrumento de execução do Direito em nosso ordenamento jurídico, pois, mesmo que questionável, na atualidade, ainda é impensável a supressão da pena privativa de liberdade, que é um mal, porém um “mal necessário”, que cumpre uma função social, o qual nenhum outro instituto foi capaz de substituir. Por outro lado, parece haver, de longa data, um desvirtuamento das funções da prisão, que passou a ser considerada como principal solução para os efeitos das desigualdades manifestas na sociedade. Nessa senda, a partir de um processo de seletividade que se opera tanto no âmbito da criminalização primária (condutas criminalizadas) quanto na criminalização secundária (agentes sobre os quais se opera a criminalização), o sistema penitenciário mergulhou em uma crise sistêmica que vem afetando também a qualidade e eficiência da segurança pública dentro e fora dos muros da prisão, arrastando à falência consigo todo o sistema penal.

Conforme abordado na primeira parte deste artigo, o Direito Penal e seus diversos componentes (entre os quais os analisados neste estudo: política criminal, sistema prisional e segurança pública) padecem de uma contradição manifesta, sobretudo no que se refere à prisão, a sua objetivação máxima: se no âmbito discursivo e legalista parece haver uma defesa das funções reintegradoras da pena privativa de liberdade (prevenção especial positiva), no âmbito pragmático de sua aplicação parece prevalecer a noção de anulação do delinquente por meio do encarceramento (prevenção especial negativa), no qual os sujeitos criminalizados, excluídos, encarcerados e estigmatizados,

via de regra e não coincidentemente, fazem parte das classes econômicas mais vulneráveis da sociedade.

Nesse cenário, o que se observa é uma tendência não declarada, mas visível, de criminalização não propriamente do agente infrator, mas sim da própria pobreza, sendo a prisão considerada, nesse contexto, o estabelecimento primordial para, não apenas, alocar um contingente cada vez maior de pobres e/ou negros que recorrem ao crime, mas também intimidar que outras pessoas marginalizadas pela sociedade se voltem contra o próprio meio social, por meio do crime.

Nesse contexto, tanto órgãos e instituições do sistema de justiça quanto os agentes diretamente responsáveis pela aplicação e execução da lei penal, consciente ou inconscientemente, operam segundo padrões discursivos que introjetam na realização de seu mister, gerando, como consequência, a seleção de determinadas condutas e pessoas a serem criminalizadas em detrimento de outras, em relação às quais a impunidade impera. Tal cenário, como visto, acabou por gerar uma imensa crise que afeta os mais diversos âmbitos do sistema penal.

Especificamente em relação ao sistema prisional, é possível pensar como sugestão de solução para a crise não só a diminuição da população carcerária, o que melhoraria a qualidade de vida dentro do cárcere, mas um plexo de ações, como a utilização de medidas despenalizadoras, resguardando a pena de prisão para os agentes que violarem bens jurídicos de maior importância, deixando que outras penas sancionem pequenos delitos.

Quanto à reintegração em si, há de se ressaltar que dentro dos estabelecimentos prisionais o estudo e o trabalho devem ser o ponto fulcral de motivação, devendo ser valorizados em seu grau máximo, nem que para isso a Administração Pública tenha que realizar convênios ou políticas afirmativas a fim de incentivar a iniciativa privada a contratar mão de obra de presos e egressos.

Devemos lembrar, ainda, que parte da missão é nossa, pois aguardar que a Administração Pública algum dia encontre sozinha a solução e invista no setor que não lhe atrai votos não é a melhor alternativa. Na verdade, a antiga ressocialização era uma tarefa exclusiva

do Estado, a visão mais moderna alterou tal nomenclatura para *reintegração*, palavra que define que a reinserção do preso na sociedade é um ônus de todos, do próprio preso, do Estado e da própria sociedade, pois quando a sociedade rotula o ex-presidiário com a pecha de criminoso incorrigível, negando-lhe trabalho lícito e oportunidades de efetiva reintegração e reinserção social, seu preconceito (e não a omissão do Estado) empurra aquela pessoa de volta para a reincidência, como única alternativa de vida.

Por outro lado, de um ponto de vista mais estrutural, é possível concluir que a solução para a crise generalizada no sistema penitenciário, na segurança pública e no sistema penal como um todo está além do enfrentamento de questões pontuais e/ou de crises episódicas e passa por uma reflexão profunda sobre a própria finalidade do Estado, especificamente em seu âmbito punitivo.

Nesse contexto, uma possível solução para os problemas em debate seria, primeiramente, a aplicação isonômica do Direito Penal a todo o corpo social, criando-se mecanismos para inibir a seletividade subjetiva que hoje se encontra impregnada em todo o sistema. Em seguida, outra possível solução, ou ainda como complemento à primeira sugestão, seria a redução do âmbito de aplicação do Direito Penal, de modo a direcioná-lo unicamente ao combate de condutas que, de fato, impedem a realização dos objetivos constitucionais do Estado.

Assim, ao tempo em que se buscaria a contenção do poder punitivo, este seria mais eficiente em sua finalidade, passando a representar a última instância de controle social de condutas que representem efetivamente uma afronta ao Estado Democrático de Direito, não mais servindo exclusivamente como forma de repressão e controle dos pobres e marginalizados.

Referências

ADORNO, Sérgio; DIAS, Camila Nunes. Articulação entre o mundo interno e externo às instituições prisionais: questões para a construção de um novo paradigma no domínio da sociologia das prisões. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS – ST 28 – Violência, criminalidade

de e punição no Brasil, 37., 2013, Águas de Lindóia. *Anais... Águas de Lindóia*: ANPOCS, 2013. Disponível em: <<https://www.anpocs.com/index.php/papers-37-encontro/st/st28/8587-articulacao-entre-o-mundo-interno-e-externo-as-instituicoes-prisionais-questoes-para-a-construcao-de-um-novo-paradigma-no-dominio-da-sociologia-das-prisoas/file>>.

_____. Cronologia dos “Ataques de 2006” e a nova configuração de poder nas prisões na última década. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 10, p. 118-132, ago./set. 2016.

AGUDO, Renato Moreno. *Ineficácia da pena privativa de liberdade*. 26 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2603&idAreaSel=4&seeArt=yes>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal: em busca da segurança jurídica prometida*. 1994. 502 p. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1994.

ARRUDA, Sande Nascimento de. Sistema carcerário brasileiro: a ineficiência, as mazelas e o descaso presentes nos presídios superlotados e esquecidos pelo poder público. *Revista Visão Jurídica*, n. 59, 2011. Disponível em: <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/59/artigo213019-5.asp>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Voto sobre a pena de morte. In: _____. *Questões criminais*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2006.

BENTHAM, Jeremias. *Teoria das penas legais*. Tradução clássica revisada. São Paulo: Logos, [s.d.].

BUSTOS RAMIREZ, Juan. A pena e suas teorias. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, ano 5, v. 5, n. 3, p. 90-113, jul./ago./set. 1992.

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. Parte Geral. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. *PCC: hegemonia e monopólio da violência*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DOTTI, René Ariel. A crise do sistema penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 768, p. 421-438, out. 1999.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 17. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2002.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 34. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Constituição, Ministério Público e direito penal: a defesa do Estado Democrático no âmbito punitivo*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

_____. Reflexões acerca do controle social formal: rediscutindo os fundamentos do direito de punir. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 23, 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/4894/4748>>.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Porto Alegre: L&PM, 2008.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

_____. *Metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos, 1989.

KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. O tecnicismo jurídico-penal. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Guanabara, Universidade do Estado da Guanabara, Instituto de Criminologia do Estado da Guanabara, ano 1, n. 1, abr./jun. 1963.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado Social e Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

RIBEIRO, Roberto Victor Pereira. *Vigiar e punir: ideias sociais e jurídicas na obra de Foucault*. 1º set. 2013. Disponível em: <<http://profrobertovictor.jusbrasil.com.br/artigos/121943031/vigiar-e-punir-ideias-sociais-e-juridicas-na-obra-de-foucault>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SEVCENKO, Nicolau. *Literatura como missão: tensões sociais e criação cultural na Primeira República*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Desenvolvimento de uma cartilha de normas sobre estabelecimentos prisionais militares

Thiago Tavares de Oliveira Dantas

Sumário: 1 Introdução. 2 O contexto militar. 2.1 Hierarquia e disciplina. 2.2 A Justiça Militar da União. 2.3 O Ministério Público Militar. 2.4 As inspeções carcerárias. 3 Normas pertinentes. 3.1 Normas gerais. 3.2 Instalações do estabelecimento prisional. 3.3 Distribuição dos presos em categorias. 3.4 Normas de visita íntima e familiar, e de convívio. 3.5 Assistência ao preso. 3.6. Normas de proteção a pessoas em situação de vulnerabilidade (crianças, mulheres, idosos e pessoas com deficiência). 3.7 Outras regras. 4 Conclusão.

1 Introdução

As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem¹.

Os membros das Forças Armadas, legalmente denominados militares, formam categoria especial de servidores da Pátria. Em razão de sua destinação constitucional, sujeitam-se aos princípios da hierarquia e disciplina, base institucional das Forças Armadas².

Em evidência, o princípio da disciplina se assemelha ao princípio constitucional da legalidade³ aplicado ao servidor público, já que este determina a atuação do servidor público conforme a lei e o Direito. Por sua vez, o princípio da disciplina traduz a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos,

1 Constituição Federal, art. 142, *caput*.

2 Constituição Federal, art. 142, *caput*, c/c Estatuto dos Militares (Lei n. 6.880, de 9 de dezembro de 1980), arts. 2º e 3º.

3 Constituição Federal, art. 37, *caput*.

normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, compondo-se do perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo⁴.

Em virtude de suas funções constitucionais, bem como dos princípios da hierarquia e disciplina a que sujeitos, os militares gozam de prerrogativas legalmente constituídas no Estatuto dos Militares (Lei n. 6.880/1980). Dentre essas prerrogativas, destacam-se o cumprimento de pena de prisão ou detenção somente em organização militar da respectiva Força e o julgamento em foro especial, no caso de crimes militares⁵.

De tal forma, as prisões judiciais decididas nos processos perante a Justiça Militar da União, órgão previsto nos arts. 122 a 124 da Constituição Federal, bem como as prisões disciplinares, serão cumpridas em estabelecimentos prisionais exclusivamente militares, inclusive comandados por militares de carreira.

Ocorre que todos os estabelecimentos prisionais estão sujeitos a regras que normatizam sua estrutura arquitetônica, a fim de garantir o respeito à integridade física e moral dos presos, protegidos pelo art. 5º, XLIX, da Constituição da República. E mais, a Lei de Execução Penal incumbe ao Ministério Público a fiscalização do cumprimento de tais normas⁶.

Nesse sentido, por não se dedicarem exclusivamente à atividade prisional, bem como por terem outras prioridades institucionais de maior urgência e relevância, as Organizações Militares carecem de subsídios técnicos de normatização, em especial das normas relativas à arquitetura penal de seus estabelecimentos prisionais propriamente militares e de tratamento dispensado aos presos.

Aliado a isso, as normas comuns se encontram esparsas na Lei de Execução Penal e nas resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), do Conselho Nacional do Ministério Público e do Conselho Superior do Ministério Público Militar.

4 Art. 14, § 2º, do Estatuto dos Militares.

5 Estatuto dos Militares, art. 73, parágrafo único, alíneas *c* e *d*.

6 Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), arts. 67 e 68.

Ora, a padronização da arquitetura penal dos estabelecimentos prisionais cumpre comando normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal.

Outrossim, o Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 5º, assevera:

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

Como garantia do cumprimento desses direitos, o ordenamento jurídico pátrio outorga a determinados órgãos a atribuição de sua fiscalização, em especial, a atuação do Ministério Público, o qual realiza as inspeções carcerárias, conforme determinação do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)⁷.

Os estabelecimentos prisionais das Forças Armadas, por sua vez, são inspecionados pelo Ministério Público Militar, ramo do Ministério Público da União atuante na Justiça Militar da União. Nesse caso, as regras são dispostas pelo Conselho Superior do Ministério Público Militar (CSMPM)⁸, obedecidas as premissas do CNMP.

Além disso, a Lei de Execução Penal⁹ confere ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária diversas atribuições na política criminal federal e estadual, tais como:

Art. 64. Ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, no exercício de suas atividades, em âmbito federal ou estadual, incumbe:

[...]

VI - estabelecer regras sobre a arquitetura e construção de estabelecimentos penais e casas de albergados;

[...]

VIII - inspecionar e fiscalizar os estabelecimentos penais, bem assim informar-se, mediante relatórios do Conselho Penitenciário, requisições,

7 Resolução do CNMP n. 56, de 22 de junho de 2010.

8 Resolução do CSMPM n. 84, de 15 de abril de 2015.

9 Lei de Execução Penal, art. 64.

visitas ou outros meios, acerca do desenvolvimento da execução penal nos Estados, Territórios e Distrito Federal, propondo às autoridades dela incumbidas as medidas necessárias ao seu aprimoramento;

IX - representar ao Juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo, em caso de violação das normas referentes à execução penal;

X - representar à autoridade competente para a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal. [Destacou-se].

A atuação fiscalizadora do Ministério Público nas inspeções carcerárias, entre outras coisas, visa ao implemento das normas previstas pelo CNPCP. As Forças Armadas, então, devem observar essas regras na construção de seus cárceres e prestarão contas na ocasião das referidas inspeções.

À vista de tais coisas, o presente artigo se propõe a levantar as normas que se encontram previstas na legislação constitucional e infraconstitucional que regulam a arquitetura penal dos estabelecimentos prisionais militares e o tratamento aos presos, incluindo as normas internacionais existentes. Propõe-se, ainda, a considerar as peculiaridades que envolvem o contexto das Forças Armadas e, a partir da arquitetura dos presídios militares atualmente existentes no Brasil, discutir a necessidade de elaboração e sistematização de um conjunto de normas que possam fornecer diretrizes e parâmetros para a construção e o funcionamento desses estabelecimentos.

2 O contexto militar

Antes da verificação das normas, é necessária a compreensão de alguns aspectos do contexto militar.

O primeiro deles diz respeito aos princípios basilares que regem as Forças Armadas, quais sejam, a hierarquia e a disciplina.

Outro, sobre os sistemas jurídico-penal e processual penal que regulam, respectivamente, os tipos penais militares e o seu processamento perante o órgão jurisdicional.

E justamente sobre o aspecto jurisdicional, o qual, na Justiça Castrense, refere-se às Auditorias de Justiça Militar e ao Ministério

Público Militar. Finalmente, também é preciso abordar os traços principais das inspeções carcerárias a que está sujeito o cárcere militar.

2.1 Hierarquia e disciplina

Os princípios da hierarquia e disciplina militar encontram previsão na legislação constitucional e infraconstitucional. Na Carta Maior, estão positivados no *caput* do art. 142, *in verbis*:

As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Ademais, segundo o Estatuto dos Militares¹⁰, a hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas.

Tal ordenação, como ordinariamente conhecido, é feita por postos ou graduações militares, com precedência de autoridade dos superiores sobre os inferiores. Ainda, dentro de um mesmo posto ou graduação, a antiguidade é o critério de hierarquia.

O respeito ao princípio da hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade, conforme o mesmo diploma legal antes citado.

Por sua vez, a disciplina, como mencionado alhures, é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam as instituições militares¹¹.

O princípio da disciplina coordena o funcionamento regular e harmônico dessas instituições, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte dos componentes desse organismo.

Nas palavras do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Ayres Britto, os princípios da hierarquia e disciplina constituem

10 Art. 14, § 1º, do Estatuto dos Militares.

11 Art. 14, § 2º, do Estatuto dos Militares.

elemento basilar das instituições militares, conforme ementa do julgado a seguir reproduzido:

A hierarquia e a disciplina militares não operam como simples ou meros predicados institucionais das Forças Armadas brasileiras, mas, isto sim, *como elementos conceituais e vigas basilares* de todas elas. Dados da própria compostura jurídica de cada uma e de todas em seu conjunto, de modo a legitimar o juízo técnico de que, se a *hierarquia* implica superposição de autoridades (as mais graduadas a comandar, e as menos graduadas a obedecer), a *disciplina* importa a permanente disposição de espírito para a prevalência das leis e regulamentos que presidem por modo singular a estruturação e o funcionamento das instituições castrenses. Tudo a encadeadamente desaguar na concepção e prática de uma vida corporativa de pinacular compromisso com a ordem e suas naturais projeções factuais: a regularidade, a normalidade, a estabilidade, a fixidez, a colocação das coisas em seus devidos lugares, enfim. (STF – HC: 103684 DF, relator: min. Ayres Britto, data de julgamento: 21.10.2010, Tribunal Pleno, meio de publicação: *DJe-070*, divulgado em 12 abr. 2011, publicado em 13 abr. 2011). [Destacou-se].

A razão de ser desses princípios é a salvaguarda das instituições democráticas, da lei e da ordem, conforme explica Silva¹²:

As Forças Armadas são garantidoras da existência do próprio Estado Democrático de Direito, salvaguardando suas instituições democráticas, bem como, subsidiariamente, a lei e a ordem. Os militares que as compõem estão direcionados na defesa da pátria, em prejuízo da própria vida. Essa defesa contra o inimigo, externo ou interno, da pátria envolve o manejo de vários indivíduos, ordenados em tropa, fortemente treinados e operando os mais diversos tipos de armamentos. Essa tropa tem que estar constantemente supervisionada e direcionada para os fins a que se destina. Observa-se, então, a razão de ser da hierarquia e disciplina como pilares estruturais das instituições militares, visto que servem para manter a coesão do organismo militar e prevenir desvirtuamento das condutas dos militares: indivíduos fortes, treinados e com manejo de armamentos.

Carvalho¹³ discorre sobre tais princípios, evidenciando sua relevância para o próprio Estado Democrático de Direito:

12 SILVA, R. R. R. Forças Armadas na CRFB/88: função militar, hierarquia e disciplina e especificidades de regime jurídico militar. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, Procuradoria-Geral de Justiça Militar, ano 40, n. 25, nov. 2015. Disponível em: <<http://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2015/11/revista-25.pdf>>. Acesso em: 1º abr. 2017.

13 CARVALHO, A. R. A tutela jurídica da hierarquia e da disciplina militar: aspectos relevantes. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 806, 17 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7301>>. Acesso em: 1º abr. 2017.

Sua base institucional está estruturada na hierarquia e na disciplina militar, sem as quais seria de todo impraticável a realização da sua missão e todas as guerras estariam perdidas sem que fosse necessário disparar um tiro sequer. São, ainda, parte inalienável do Estado Democrático de Direito e, muito além disso, são, *ultima ratio*, os garantes materiais da sua própria sobrevivência, como bem explicitado na Carta Constitucional, que lhes atribuiu a defesa da pátria como missão maior.

Nota-se, portanto, a inafastabilidade dos princípios da hierarquia e da disciplina na regência jurídica das Forças Armadas, considerando sua estrutura formada na Constituição e, principalmente, as suas funções que esta mesma dispôs.

2.2 A Justiça Militar da União

A inauguração de uma justiça militar no Brasil é datada em 1808, com a própria chegada da Família Real, conforme Oliveira¹⁴:

A história da Justiça Militar no Brasil começa com o próprio aporte da Família Real nas terras tupiniquins, em 1808, a partir de quando o país, então, deixou a sua condição de colônia para ganhar o *status* de Reino Unido a Portugal, passando a Administração Pública lusitana a se instalar no Novo Mundo. No período em que o reinado permaneceu no Brasil, foram criadas instituições, como, por exemplo, a pomposa Guarda Real, a rica Biblioteca Nacional, o formoso Jardim Botânico. Não diferente procedeu-se em relação à instituição militar, que também acompanhou a vinda da família Real, representada pela organização de um corpo militar uniformizado com o intento de defesa e proteção da família real, e mais a frente, das instituições criadas na ex-colônia. Considerando as suas particularidades, de igual modo como ocorria em Portugal, os militares eram regidos por regulamentos próprios, aplicados por aqueles que integravam a carreira das Armas, que se encontrava, como ainda se encontra, assentada em dois princípios fundamentais: a hierarquia e a disciplina.

O então Príncipe Regente D. João VI, por meio do Alvará de 1º de abril de 1808 (ato normativo com força de lei), inaugurou o mais antigo tribunal brasileiro, à época denominado Conselho Supremo Militar e de Justiça.

Com a Constituição de 1891, a Corte passou a ser chamada Supremo Tribunal Militar, que veio a integrar o Poder Judiciário após

14 OLIVEIRA, R. M. Justiça Militar no Brasil. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3185, 21 mar. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21339>>. Acesso em: 1º abr. 2017.

a Constituição de 1934. Finalmente, recebeu o mesmo nome que tem na atualidade, Superior Tribunal Militar, com a Constituição de 1946.

A atual Constituição da República dispõe assim sobre a Justiça Militar:

Art. 122. São órgãos da Justiça Militar:

I - o Superior Tribunal Militar;

II - os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei.

[...]

Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

Cabe ao Código Penal Militar a definição dos crimes militares, e, ao Código de Processo Penal Militar, a regulação do processamento e julgamento atinentes à Justiça Militar.

2.3 O Ministério Público Militar

Por sua vez, o *Parquet Miliciens* também goza do *status* de mais antigo órgão em seu contexto. Entre os ramos do Ministério Público, foi o primeiro a ser criado, o que se deu por força do Decreto n. 14.450, de 30 de outubro de 1920.

O primeiro assento constitucional para esse órgão ocorreu na Carta de 1934. Contudo, foi com a Constituição de 1988 que o Ministério Público Militar recebeu a atual e mais significativa valorização, sendo conceituado como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, conforme segue:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

[...]

Art. 128. O Ministério Público abrange:

[...]

c) o Ministério Público Militar;

[...].

Acerca do tema em debate, especial menção se faz às seguintes funções constitucionalmente atribuídas a esse órgão:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

[...]

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; [...].

Com fundamento nesses dispositivos, foi delegada ao Ministério Público a atribuição de fiscalizar os estabelecimentos penais, conforme previsão na Lei de Execução Penal (LEP)¹⁵.

2.4 As inspeções carcerárias

Ao regular a referida atribuição estabelecida na LEP, a Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público n. 56, de 22 de junho de 2010, dispõe sobre a uniformização das inspeções em estabelecimentos penais por membro do Ministério Público.

Assim prevê o diploma:

Art. 1º Os membros do Ministério Público incumbidos do controle do sistema carcerário devem visitar mensalmente os estabelecimentos penais sob sua responsabilidade, registrando a sua presença em livro próprio.

Além da visita mensal, instituída como obrigação pela LEP, a Resolução n. 56/CNMP determina a elaboração de relatórios trimestrais sobre as visitas no período, bem como um relatório anual a ser lavrado no mês de março¹⁶.

15 Lei de Execução Penal. “Art. 68. [...] Parágrafo único. O órgão do Ministério Público visitará mensalmente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio.”

16 Resolução n. 56/CNMP. “Art. 2º No mês de março, lavrar-se-á o relatório anual, sendo que nos meses de junho, setembro e dezembro lavrar-se-ão relatórios trimestrais, a serem enviados à Corregedoria-Geral do respectivo Ministério Público até o dia 5 (cinco) dos meses subsequentes. § 1º As visitas mensais, legalmente exigidas pela Lei de Execuções Penais, deverão ser realizadas e registradas em livro próprio”.

Na elaboração desse relatório anual, será preenchido formulário, de acordo com o § 2º do art. 2º da citada resolução:

§ 2º Os formulários serão previamente aprovados no âmbito da Comissão do Sistema Prisional, Controle Externo da Atividade Policial e Segurança Pública, e disponibilizados no sítio do Conselho Nacional do Ministério Público, contendo:

I - classificação, instalações físicas, recursos humanos, capacidade e ocupação do estabelecimento penal;

II - perfil da população carcerária, assistência, trabalho, disciplina e observância dos direitos dos presos ou internados;

III - medidas adotadas para a promoção do funcionamento adequado do estabelecimento;

IV - considerações gerais e outros dados reputados relevantes.

No cenário dos estabelecimentos prisionais militares das Forças Armadas, o Conselho Superior do Ministério Público Militar (CSMPM) regula o tema na Resolução n. 84/CSMPM, de 15 de abril de 2015.

O diploma determina a autuação, por despacho de membro do Ministério Público Militar, de procedimento administrativo que constituirá instrumento próprio da atividade-fim do órgão¹⁷.

O ofício do MPM nas inspeções carcerárias é delineado na resolução citada, conforme os dispositivos *in verbis*:

Art. 2º - O Procedimento Administrativo é instrumento próprio da atividade-fim destinado a:

I - acompanhar e fiscalizar, de forma continuada, políticas públicas ou instituições;

II - registrar a atividade extrajudicial do Membro do Ministério Público Militar no exercício do *controle externo da polícia judiciária militar*, especificamente quanto à *verificação e inspeção de presídio ou qualquer estabelecimento prisional*, permanente ou provisório, situado em área sob Administração Militar das Forças Armadas ou sob Comando de autoridade militar federal;

17 Resolução n. 84/CSMPM. "Art. 1º - A visita técnica anual e a visita extraordinária de inspeção a estabelecimento prisional sob Administração Militar das Forças Armadas, realizadas nos termos da Resolução nº 56, de 22 de junho de 2010, do Conselho Nacional do Ministério Público, deverão ser autuadas em Procedimento Administrativo. Art. 2º - O Procedimento Administrativo é instrumento próprio da atividade-fim [...]."

III - apurar fato que enseje a tutela de interesses individuais indisponíveis;

IV - embasar a atuação extrajudicial do MPM, especialmente *recomendações e adoção de providências* cabíveis pela Administração Militar.

Parágrafo único. O Procedimento Administrativo será iniciado mediante Despacho do Membro, autuado e registrado na Secretaria do Ofício, incluindo-se todos os documentos, despachos e incidentes relativos à fiscalização e/ou inspeção.

Art. 3º - O Procedimento Administrativo será encerrado com Decisão de Arquivamento, nela constando o efetivo cumprimento das disposições constitucionais e legais, e a regularidade e habitabilidade das instalações, situação e tratamento dispensado ao preso, além das providências adotadas pela autoridade administrativa em atendimento às recomendações expedidas pelo *Parquet* das Armas.

Art. 4º - Na hipótese em que o Membro constatar a inviabilidade da ocupação da dependência carcerária, deverá promover sua interdição, adotando providências perante a autoridade administrativa ou judiciária.

Art. 5º - O Procedimento Administrativo arquivado no Ofício deverá ser remetido à Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar para homologação do arquivamento, no prazo de 10 dias. [Destacou-se].

No citado art. 3º da Resolução n. 84/CSMPM, percebem-se as finalidades da inspeção carcerária, quais sejam, garantir o efetivo cumprimento das disposições constitucionais e legais, a regularidade e a habitabilidade das instalações dos cárceres, a situação do preso e o tratamento a ele dispensado, além das providências adotadas pela autoridade administrativa em atendimento às recomendações expedidas pelo *Parquet* das Armas.

Nesse sentido, cabe ao MPM vistoriar as unidades, na qualidade de inspetor independente. O órgão analisa a situação das instalações carcerárias e o tratamento dispensado à pessoa privada da liberdade. Verificando irregularidades, expedirá recomendações e zelará pelo seu cumprimento.

3 Normas pertinentes

À vista de tal atribuição conferida pelo ordenamento jurídico ao Ministério Público Militar para a inspeção carcerária das instituições militares das Forças Armadas, bem como das citadas características

que estruturam o mundo jurídico da caserna, é imprescindível verificar as normas próprias sobre as instalações prisionais.

No presente escrito, tais disposições são levantadas e categorizadas, considerando-se as peculiaridades dos quartéis correlativas.

3.1 Normas gerais

NORMA 1 – Ninguém será submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

NORMA 2 – Todos os presos devem ser tratados com respeito, devido a seu valor e dignidade inerentes ao ser humano.

NORMA 3 – Serão prestadas assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa ao preso.

Fontes normativas: Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), art. 5º. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), art. 7º. Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), art. 1º. Regras de Mandela (2015), regra 1. Constituição da República Federativa do Brasil (1988), arts. 1º, III; 5º, III e XLIII. LEP, art. 11.

3.2 Instalações do estabelecimento prisional

NORMA 4 – Todos os ambientes de uso dos presos, em particular, quartos, celas e dormitórios, devem satisfazer as exigências de higiene, saúde e limpeza, considerando as condições climáticas, o conteúdo volumétrico de ar, espaço mínimo, iluminação, aquecimento e ventilação adequados.

NORMA 5 – A cela individual é a menor célula possível de um estabelecimento prisional, e deverá conter cama e área de higienização pessoal, com, pelo menos, lavatório e aparelho sanitário, além da circulação.

NORMA 6 – A cela coletiva tem a mesma função da cela individual, mas com capacidade para abrigar duas ou mais pessoas presas simultaneamente.

NORMA 7 – O chuveiro pode ser configurado fora da cela, em local determinado.

NORMA 8 – É permitida a projeção de mesa com banco, prateleiras, divisórias, entre outros elementos de apoio.

NORMA 9 – A área mínima da cela é de 6,00m² (seis metros quadrados), independentemente de o chuveiro ser localizado dentro ou fora dela. A cubagem mínima é de 15,00m³ (quinze metros cúbicos). O diâmetro mínimo é de 2,00m (dois metros).

NORMA 10 – São as dimensões mínimas das celas:

| Capacidade (vaga) | Tipo da cela | Área mínima (m ²) | Diâmetro mínimo (m) | Cubagem mínima (m ³) |
|-------------------|--------------|-------------------------------|---------------------|----------------------------------|
| 1 | individual | 6,00 | 2,00 | 15,00 |
| 2 | coletiva | 7,00 | 2,00 | 15,00 |
| 3 | | 7,70 | 2,60 | 19,25 |
| 4 | | 8,40 | 2,60 | 21,00 |
| 5 | | 12,75 | 2,60 | 31,88 |
| 6 | | 13,85 | 2,85 | 34,60 |
| 7 | | 13,85 | 2,85 | 34,60 |
| 8 | | 13,85 | 2,85 | 34,60 |

NORMA 11 – No caso de uso de três camas superpostas (beliche de três camas), o pé direito mínimo será de 3,5m (três metros e meio), independentemente de se exigir cubagem menor.

NORMA 12 – As janelas devem ser grandes o suficiente para que os presos possam ler ou trabalhar com luz natural e devem ser construídas de forma a permitir a entrada de ar fresco mesmo quando haja ventilação artificial.

NORMA 13 – A luz artificial deverá ser suficiente para os presos poderem ler ou trabalhar sem prejudicar a visão.

NORMA 14 – Exige-se a largura mínima de 2,00m (dois metros) para corredores que possuam celas em apenas uma de suas laterais, e de 2,50m (dois metros e meio) para aqueles com celas nas duas laterais.

NORMA 15 – Os ambientes deverão ter ventilação cruzada. Deve-se considerar a localização das aberturas de ar, de modo a produzir corrente de ar na altura dos usuários de cada espaço.

NORMA 16 – Em locais sujeitos a baixa temperatura nos períodos de inverno, as aberturas de ar devem ser passíveis de fechamento, e a orientação das celas deve facilitar a entrada de radiação solar.

NORMA 17 – Em regiões de calmaria frequente, é obrigatória a instalação de sistema mecânico de ventilação.

NORMA 18 – As portas das celas serão preferencialmente de grade. Quando de material diverso, deverão possuir visor, com comando de abertura que possibilite a visualização de seu interior. Ainda, não deverão possuir folgas de nenhuma espécie.

NORMA 19 – As portas das celas deverão abrir para fora e todas em um único sentido, permitindo a visualização da pessoa presa até o completo acesso da guarda à cela. As portas poderão ser corrediças, com comando central ou não.

NORMA 20 – É obrigatória a instalação de iluminação artificial em todos os ambientes do estabelecimento prisional. As luzes artificiais das celas poderão ser controladas por comando centralizado.

NORMA 21 – As luminárias das celas e corredores deverão ser embutidas no forro ou teto, e protegidas por materiais que lhes vedem o acesso por parte do usuário.

NORMA 22 – Não é admitido beliche superior a três camas superpostas.

NORMA 23 – A dimensão mínima da cama é de 70cm (setenta centímetros de largura) por 1,90m (um metro e noventa centímetros) de comprimento.

NORMA 24 – Deve-se evitar revestimentos com materiais abrasivos no interior dos estabelecimentos.

NORMA 25 – Os pisos e outros materiais utilizados na arquitetura da cela deverão ser laváveis e resistentes, e não passíveis de utilização como arma.

NORMA 26 – O ralo e demais louças das áreas de higiene pessoal e banho serão de PVC.

NORMA 27 – Todos os estabelecimentos prisionais deverão possuir para-raios, instalado no ponto mais alto da construção.

NORMA 28 – A fiação elétrica, os quadros e as caixas de passagem enterradas, as caixas de incêndio e os reservatórios de água devem ser especialmente protegidos com trancas de segurança e cadeados, e situados em locais de difícil acesso às pessoas presas.

NORMA 29 – As paredes serão preferencialmente lisas e de pintura lavável.

NORMA 30 – As instalações sanitárias devem ser adequadas para possibilitar que todos os presos façam suas necessidades fisiológicas quando necessário e com higiene e decência.

NORMA 31 – Devem ser fornecidas à pessoa presa instalações adequadas para banho, na temperatura apropriada para o clima, em frequência necessária para a higiene geral, de acordo com a estação do ano e a região geográfica. Em clima temperado, a disponibilidade não pode ser inferior a uma vez por semana.

NORMA 32 – Caso o estabelecimento não disponha de um banheiro em cada cela, haverá um compartimento específico para banho com, no mínimo, um ponto de chuveiro para cada cinco pessoas presas, até o máximo de 12 pontos.

NORMA 33 – Deve-se exigir do preso que mantenha sua limpeza pessoal, fornecendo-lhe acesso a água e artigos de higiene que permitam a manutenção de boa aparência e autorrespeito. Especialmente, serão fornecidos meios para cuidado adequado com cabelo e barba.

NORMA 34 – Não serão colocados no interior das celas: a) registros, torneiras, válvulas de descargas de latão ou metálicas; b) chuveiros metálicos; c) luminárias sem grade protetora; d) azulejos e cerâmicas (ladrilhos); e e) qualquer objeto que possa se transformar em arma ou servir de apoio ao suicídio.

NORMA 35 – O mobiliário dos ambientes utilizados pelos presos será, preferencialmente, de alvenaria, concreto ou inox e, especificamente quanto a camas, deve-se fazer uso da malha de aço ao invés de ferragem comum, havendo furos em dimensões compatíveis para assegurar a ventilação necessária.

NORMA 36 – As escadas nos beliches serão feitas em concreto, e não ferro ou outro material que possa ser retirado e utilizado como arma ou auxílio ao suicídio.

NORMA 37 – Para minimizar os efeitos negativos da prisionalização, deve-se primar por aspectos de harmonização do ambiente com a vida humana, de forma a favorecer o equilíbrio, a saúde e a tranquilidade, considerando itens como pintura (cores), acabamento, configuração espacial que minimize a sensação de opressão, respeito ao espaço pessoal, leiaute dos ambientes obedecendo aos princípios da ergonomia e outras medidas semelhantes.

NORMA 38 – É recomendável o banimento de tranças que, em caso de incêndio, possam dificultar a rápida retirada das pessoas presas de suas celas.

NORMA 39 – Os registros de incêndio (pontos de água) deverão ficar em locais apropriados e de acordo com as normas do Corpo de Bombeiros. As mangueiras e os respectivos requintes deverão ficar em locais seguros e restritos aos funcionários.

NORMA 40 – Todos os estabelecimentos deverão dispor de sistema preventivo por extintores. Em estabelecimentos prisionais com três ou mais pavimentos, ou área total superior a 750m² (setecentos e cinquenta metros quadrados), exige-se sistema hidráulico preventivo.

NORMA 41 – Os estabelecimentos devem dispor de saídas de emergência, sinalização de auxílio ao abandono de local, sistema de alarme e iluminação de emergência.

NORMA 42 – Todo material inflamável ou explosivo deverá ser armazenado em local próprio e externo à edificação.

NORMA 43 – Todo estabelecimento prisional deverá dispor de áreas reservadas para refeição e lazer das pessoas presas, bem como pátio ou local congênere para banho de sol.

NORMA 44 – O diâmetro mínimo exigido para o pátio de sol é de 10,00m (dez metros), devendo, no entanto, possuir uma área de 6,00m² (seis metros quadrados), acrescidos de 1,50m² (um metro quadrado e meio) por pessoa presa. O pátio poderá ser utilizado em forma de rodízio.

Fontes normativas: Regras de Mandela (2015), regras 13, 14, 15, 16 e 18. Lei de Execução Penal, art. 88. Resolução n. 9/2011 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, itens 3.2, 3.7, 3.9, 3.10, 3.11, 3.12, 3.13 do anexo IV e anexo V. Resolução CNPCP n. 6/2011, art. 2º.

3.3 Distribuição dos presos em categorias

NORMA 45 – As diferentes categorias de presos devem ser mantidas em estabelecimentos prisionais separados ou em diferentes setores de um mesmo estabelecimento prisional.

NORMA 46 – Serão levados em consideração sexo, idade, antecedentes criminais, razões da detenção e necessidades de tratamento da pessoa presa.

NORMA 47 – Presos preventivos devem ser mantidos separados daqueles condenados definitivamente.

NORMA 48 – Jovens presos devem ser mantidos separados dos adultos.

NORMA 49 – Os oficiais das Forças Armadas serão recolhidos a quartel ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão, antes de condenação irreversível.

Fontes normativas: Regras de Mandela (2015), regra 11. Código de Processo Penal Militar, art. 242, f. Código de Processo Penal, art. 295, V.

3.4 Normas de visita íntima e familiar, e de convívio

NORMA 50 – Os prisioneiros devem ter permissão, sob supervisão, de comunicarem-se periodicamente com seus familiares e amigos.

NORMA 51 – As comunicações serão por correspondência e, onde houver, por meios de telecomunicações, digitais, eletrônicos e outros, bem como por meio de visitas.

NORMA 52 – Onde forem permitidas as visitas conjugais, este direito deve ser garantido sem discriminação, e as mulheres presas exercerão este direito nas mesmas bases que os homens. Devem ser instaurados procedimentos, e locais devem ser disponibilizados,

de forma a garantir o justo e igualitário acesso, respeitando-se a segurança e a dignidade¹⁸.

NORMA 53 – Os presos deverão ter oportunidade, tempo e meio adequados para receber visitas.

NORMA 54 – Os locais de visitas dos familiares constituirão módulo próprio, isolado dos demais, com via de acesso disposta de modo a evitar contato dos visitantes com a população prisional em geral.

Fontes normativas: Regras de Mandela (2015), regras 58 e 61. Resolução CNPCP n. 9/2011, anexo V.

3.5 Assistência ao preso

NORMA 55 – As pessoas presas deverão ter acesso à assistência material, jurídica, à saúde, social e religiosa, em atenção à dignidade que lhes é inerente, bem como objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

NORMA 56 – Os presos deverão ter acesso à assistência jurídica efetiva.

NORMA 57 – A assistência material ao preso consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas.

NORMA 58 – Em todos os estabelecimentos penais, haverá local apropriado destinado ao atendimento pelo Defensor Público.

NORMA 59 – É direito do preso a entrevista pessoal e reservada com seu advogado.

NORMA 60 – A assistência à saúde do preso compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Quando o estabelecimento não estiver aparelhado para tais atendimentos, eles serão prestados em outro local, mediante autorização da Administração da Unidade.

NORMA 61 – A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade.

18 Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 291, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, decidiu pela manutenção do tipo penal previsto no art. 235, do Código Penal Militar (“Art. 235. Praticar, ou permitir o militar que com êle se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar”), retirando tão somente a expressão “homossexual ou não” e o *nomen juris* do crime “pederastia”. De tal forma, é vedada por esse dispositivo, com abstinência de comentários sobre as razões, a visita íntima nos cárceres militares.

NORMA 62 – A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa.

NORMA 63 – No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos. Nenhum preso poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa.

Fontes normativas: Regras de Mandela (2015), regra 4 e 61. Constituição da República Federativa do Brasil (1988), art. 5º, VII e LXIII. Lei de Execução Penal, arts. 10, 11, 12, 14, 16, 17, 22, 24, 41, 83. Resolução CNPCP n. 4/2014, item 2.3.

3.6 Normas de proteção a pessoas em situação de vulnerabilidade (crianças, mulheres, idosos e pessoas com deficiência)

NORMA 64 – A decisão de permitir que uma criança fique com seu pai ou com sua mãe na unidade prisional deve se basear no melhor interesse da criança.

NORMA 65 – Nas unidades prisionais que abrigam filhos de detentos, providências devem ser tomadas para garantir: a) creches internas ou externas, dotadas de pessoal qualificado, onde as crianças poderão ser deixadas quando não estiverem sob o cuidado de seu pai ou de sua mãe; e b) serviços de saúde pediátricos, incluindo triagem médica no ingresso, e monitoramento constante de seu desenvolvimento por especialistas.

NORMA 66 – As crianças nas unidades prisionais com seu pai ou sua mãe nunca devem ser tratadas como presos.

NORMA 67 – Homens e mulheres devem, sempre que possível, permanecer detidos em unidades separadas.

NORMA 68 – Nos estabelecimentos que recebam homens e mulheres, todos os recintos destinados às mulheres devem ser totalmente separados.

NORMA 69 – Nas unidades prisionais femininas, deve haver acomodação especial para todas as necessidades de cuidado e tratamento

à saúde da mulher, principalmente no pré-natal e pós-parto, extensível ao recém-nascido.

NORMA 70 – Devem-se adotar procedimentos específicos para que os nascimentos ocorram em um hospital fora da unidade prisional.

NORMA 71 – O preso com mais de 60 (sessenta) anos deverá ser recolhido em estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal.

NORMA 72 – Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até os 6 (seis) meses de idade.

NORMA 73 – As administrações prisionais devem fazer todos os ajustes possíveis para garantir que os presos portadores de deficiências físicas, mentais ou outra incapacidade tenham acesso completo e efetivo à vida prisional em base de igualdade.

NORMA 74 – Os estabelecimentos penais deverão levar em conta a acessibilidade para pessoas com deficiência.

Fontes normativas: Regras de Mandela (2015), regras 5, 29, 45. Lei de Execução Penal, arts. 14, § 3º; 82; 83. Lei n. 10.098/2000, art. 11. Resolução CNPCP n. 9/2011, anexo V.

3.7 Outras regras

NORMA 75 – As revistas íntimas e inspeções não serão utilizadas para assediar, intimidar ou invadir desnecessariamente a privacidade do preso.

NORMA 76 – Revistas íntimas invasivas, incluindo o ato de despir e de inspecionar partes íntimas do corpo, devem ser empreendidas apenas quando forem absolutamente necessárias.

NORMA 77 – As revistas íntimas invasivas serão conduzidas de forma privada, por profissional da saúde qualificado e do mesmo gênero do indivíduo inspecionado.

NORMA 78 – Deverão constituir acomodação autônoma os espaços para revistas íntimas.

NORMA 79 – É obrigatória a inspeção por agente externo, que será realizada por órgão independente da administração prisional.

Fontes normativas: Regras de Mandela (2015), regras 50, 51, 52 e 83. Resolução CNPCP n. 9/2011, anexo V.

4 Conclusão

A padronização dos estabelecimentos prisionais militares e do tratamento dispensado às pessoas privadas da liberdade cumpre exigência de normas do direito interno e internacional.

Como marco mais atual e relevante da regulação internacional do tratamento aos presos, editaram-se em 2015 as Regras de Mandela (Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos), que reformularam as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, de 1955.

No âmbito interno, a Constituição da República (1988) estabelece os direitos fundamentais do preso e distribui competências a órgãos independentes de fiscalização do cumprimento de tais direitos.

Por sua vez, a Lei de Execução Penal estreita a regulação e impõe padrões de tratamento dispensado aos presos e normas à arquitetura dos estabelecimentos prisionais. Ainda, dispõe sobre a competência do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária para regulamentar de forma mais concreta sobre o tema.

Desta forma, o CNPCP, em suas resoluções, edita normas específicas e concretas sobre a arquitetura penal e o tratamento aos presos, fornecendo o substrato jurídico mais próximo da atuação do administrador do estabelecimento prisional.

O cumprimento de tais normas é fiscalizado por órgãos independentes, com atribuição constitucionalmente estabelecida. Particularmente, ao Ministério Público Militar cabe zelar pela efetivação e pelo implemento dos direitos da pessoa privada de liberdade, o que se instrumentaliza nas inspeções carcerárias.

Conforme a citada Resolução n. 84/CSMPM, as visitas técnicas do Ministério Público Militar aos estabelecimentos prisionais objetivam garantir o efetivo cumprimento das disposições constitucionais e legais, a regularidade e habitabilidade das instalações dos cárceres, situação e tratamento dispensado ao preso.

Após a vistoria, o órgão ministerial expede as recomendações para melhoria e correção dos procedimentos adotados no estabelecimento prisional e zela pelo seu cumprimento.

Nesse contexto, o conhecimento efetivo das normas que serão fiscalizadas no procedimento de inspeção carcerária é fundamental a todos os órgãos envolvidos na administração prisional. Por um lado, para a Organização Militar, que é responsável pela construção e manutenção de um estabelecimento prisional adequado, bem como pelo tratamento digno ao preso. As normas lhe são o parâmetro de cobrança das fiscalizações. Por outro lado, ao Ministério Público Militar, o *custos iuris*, ou fiscalizador da ordem jurídica dentro de suas atribuições, a quem importa o zelo pelos direitos da pessoa privada de sua liberdade.

Referências

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regras de Mandela: Regras Mínimas das Nações Unidas sobre o Tratamento de Presos. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>>. Acesso em: 1º abr. 2017.

_____. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Resolução CNPCP n. 04, de 18 de julho de 2014. Diretrizes básicas para atenção integral à saúde das pessoas privadas de liberdade no sistema prisional. Disponível em: <<http://www.criminal.mppr.mp.br/pagina-685.html>>.

_____. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Resolução CNPCP n. 06, de 03 de outubro de 2011. Recomenda o banimento de tranças que, em caso de incêndio, possam dificultar a rápida retirada das pessoas presas de suas celas. Disponível em: <<http://www.criminal.mppr.mp.br/pagina-685.html>>.

_____. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Resolução CNPCP n. 09, de 18 de novembro de 2011. Diretrizes básicas para arquitetura penal. Disponível em: <<http://www.criminal.mppr.mp.br/pagina-685.html>>.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução CNMP n. 56, de 22 de junho de 2010. Dispõe sobre a uniformização das inspeções em estabelecimentos penais pelos membros do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-0561.pdf>>.

_____. Conselho Superior do Ministério Público Militar. Resolução CSMMP n. 84, de 15 de abril de 2015. Disciplina, no âmbito do Ministério Público Militar, a instauração e a tramitação do Procedimento Administrativo relativo à visita técnica anual e à visita extraordinária de inspeção a estabelecimento prisional das Forças Armadas. Disponível em: <<http://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2015/05/resolucao-84.pdf>>.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal – Centro Gráfico, 1988.

_____. Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em 1º abr. 2017.

_____. Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 1º abr. 2017.

_____. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 1º abr. 2017.

_____. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 1º abr. 2017.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>.

_____. Decreto-Lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1960. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>.

_____. Lei n. 6.880, de 9 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6880.htm>.

_____. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm>.

CARVALHO, A. R. A tutela jurídica da hierarquia e da disciplina militar: aspectos relevantes. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 806, 17 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7301>>. Acesso em: 1º abr. 2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada pela ONU em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2017.

OLIVEIRA, R. M. Justiça Militar no Brasil. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3185, 21 mar. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21339>>. Acesso em: 1º abr. 2017.

SILVA, R. R. R. Forças Armadas na CRFB/88: função militar, hierarquia e disciplina e especificidades de regime jurídico militar. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, Procuradoria-Geral de Justiça Militar, ano 40, n. 25, nov. 2015. Disponível em: <<http://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2015/11/revista-25.pdf>>. Acesso em: 1º abr. 2017.

Tipografia

Meridien LT Std e Gotham Condensed

Papel

Off set 90g/m²

Impressão

Gráfica e Editora Ideal Ltda.

SIG Quadra 8, 2268 – 70610-480

Brasília-DF – Tel.: (61) 3344-2112

Tiragem

3.000 exemplares