

Editorial

Letalidade policial aumenta e aumentará se não houver freios eficazes e legítimos

Diariamente a imprensa brasileira noticia casos de mortes em decorrência de atuação policial com características de execução. Não é à toa que as polícias brasileiras são consideradas das mais violentas do mundo: entre 2009 e 2016, quase 22 mil pessoas foram mortas por agentes dessas instituições no Brasil. O número desses sete anos é superior ao que foi contabilizado nos Estados Unidos ao longo de 30 anos.

Apenas em 2016, a polícia brasileira matou 4.224 pessoas – aproximadamente uma pessoa a cada duas horas. Em 2017, o número subiu de novo: mais de 5 mil pessoas foram mortas. O perfil das vítimas? Homens (99,3%), jovens entre 12 e 29 anos (81,8%) e negros (76,2%), segundo relatório da Anistia Internacional sobre o Rio de Janeiro.

Esse padrão de atuação é resultado de uma orientação política e mantém sua própria curva, independentemente de outras estatísticas de criminalidade. Mesmo com a diminuição da mortalidade violenta no Estado de São Paulo, por exemplo, a letalidade policial aumentou. No momento atual, políticas federais como a intervenção na segurança pública no Rio de Janeiro reforçam o padrão violento e somam ainda mais mortes.

Não é novidade que a opção por uma política de segurança truculenta por parte dos Estados e do Governo Federal é alvo de crítica de organismos internacionais. Em 2000, o relatório da visita de inspeção do Relator Especial da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre tortura e detenção⁽¹⁾ concluiu que práticas características da ditadura militar como tortura, desaparecimentos forçados e execuções extrajudiciais estavam ainda presentes no país. Depois disso, com regularidade, constatações sobre as práticas de tortura e letalidade seguem aparecendo nos relatórios e comunicados da instituição sobre o país.

Pesquisa lançada em 2015, conduzida pelo IBCCRIM, com outras organizações,⁽²⁾ constatou que a tortura é utilizada como método de investigação policial, incorporada à cultura das forças policiais.

O estudo revelou que em dois terços (66%) dos casos judiciais envolvendo agentes públicos

sob acusação de tortura apontava-se que a violência teria sido usada para obter confissão ou informação. A pesquisa também concluiu que a falta de provas é o fundamento mais utilizado pelo Ministério Público e pelo Judiciário para absolver os agentes públicos acusados.

Outro recente estudo publicado pela Conectas, sobre audiências de custódia, analisa a atuação das instituições do sistema de justiça criminal diante de casos de tortura. Salta aos olhos que o Ministério Público (MP) assume a postura de não solicitar instauração de inquérito policial para apurar suspeitas de abuso ou tortura. Ao contrário, costuma apresentar questionamentos à pessoa ouvida em audiência de custódia para justificar a violência relatada, legitimando a prática adotada por policiais.

Também não é de hoje que casos de letalidade policial são categorizados como “autos de resistência” ou “mortes em decorrência de ação policial” pelo MP, que encaminha as ocorrências para arquivamento sob a fundamentação de se tratarem de “confrontos” e, portanto, de legítima defesa.

E por que causa (ou deveria causar) espanto essa postura do MP? Ora, na ordem constitucional, a fiscalização, como controle externo, da atividade policial é uma responsabilidade dessa instituição. Na prática, porém, ela tem agido da forma inerte e omissa descrita acima e, ainda, em muitos Estados, participa da construção das políticas de segurança estaduais, como é o caso de São Paulo. Há quase 30 anos o comando da Secretaria de Segurança Pública paulista é ocupado por titulares oriundos do MP. A mesma tendência tem sido observada na composição da Secretaria de Estado de Justiça e Cidadania. É inegável o imbricamento entre as duas pastas e o MP.

Pedido ao Conselho Nacional do MP

Diante desse quadro, o IBCCRIM, a Conectas Direitos Humanos, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública e o NEV/USP endereçaram um pedido de audiência pública ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

É preciso que o CNMP assumira uma postura ativa na mudança do papel institucional do MP

| Caderno de Doutrina

A Constituição Federal, o processo penal e a intervenção
Leonardo Dantas Costa _____ 2

O Direito Penal de concorrência no Brasil: perspectivas e questionamentos
Chiavelli Facenda Falavigno _____ 4

Direitos Humanos e justiça de transição: as várias variáveis da responsabilização criminal que transitam entre a impunidade e o punitivismo
Izabela Lopes Jamar _____ 5

Algumas consequências da premiação patrimonial do *whistleblowing* no âmbito criminal e em programas de *compliance*: impactos inaugurais da Lei 13.608/2018
Rhasmye El Rafih _____ 7

Reflexões sobre o crime de impedir ou embaraçar investigação de organização criminosa
Claudio Bidino e
Bruno Fernandes Carvalho _____ 9

O paradoxo da aplicação da fiança nos crimes hediondos
Fernando Procópio Palazzo _____ 12

Causalidade ou imputação objetiva? Novamente sobre a controvérsia em torno dos crimes omissivos impróprios
Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa _____ 15

A medida cautelar de suspensão do exercício da função pública e a irredutibilidade salarial do servidor público
Guilherme Rodrigues Abrão _____ 17

| GRUPO DE ESTUDOS CIÊNCIAS CRIMINAIS E DIREITOS HUMANOS - GCCRIMDH

Neoliberalismo e precarização sob uma perspectiva de gênero
Letícia Garducci _____ 18

| Caderno de Jurisprudência

| JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Superior Tribunal de Justiça
Renato de Mello Jorge Silveira _____ 2133

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal _____ 2136
Superior Tribunal de Justiça _____ 2136
Tribunal Regional Federal
da 3ª Região _____ 2138
Tribunais de Justiça _____ 2138

no controle externo das ações policiais e estabeleça, a partir de ampla discussão social, com a participação de organizações da sociedade civil e, especialmente, da escuta de vítimas e familiares de vítimas da violência do Estado, uma política efetiva de controle da atividade policial.

A renúncia a esse papel constitucional soma um passivo alto: o custo das vidas de policiais e da população civil, da elevação da violência no padrão de atuação policial, do desgaste da confiança nas polícias e do desequilíbrio no sistema de freios e contrapesos necessários para uma sociedade democrática.

Entretanto, assim como a formulação de políticas pública sem a participação social não é efetiva, tampouco será um controle realizado apenas pelo aparato estatal, embora este seja um passo fundamental. A investigação imparcial e técnica das circunstâncias em que se dão as mortes por ação policial é indispensável para elucidar e coibir os abusos, as ações de extermínio e prática de tortura. E é igualmente indispensável para definir com transparência se o uso letal da força foi legitimamente aplicado, retirando a instituição policial de uma zona cinzenta de incerteza, que coloca todo e qualquer agente policial sob suspeita.

É preciso, mais que isso, aprofundar os mecanismos de participação e controle social, implementando-se, por exemplo,

Ouvidorias Externas nas instituições de justiça e nas polícias⁽³⁾ e ainda nos Sistemas Estaduais de Prevenção e Enfrentamento à Tortura.

Ao solicitar essa audiência pública e demais providências, o IBCCRIM e organizações parceiras depositam no CNMP a cobrança de romper o padrão histórico de renúncia ao controle externo da atividade policial e, a partir da escuta e participação social, estabelecer fluxos de fiscalização independentes e rigorosos, além de fomentar a instalação de Ouvidorias Externas das Polícias e dos próprios Ministérios Públicos, dado estar sob sua responsabilidade estabelecer e implementar limites para a atuação das corporações.

Notas

- (1) Disponível em: <<http://repository.un.org/handle/11176/341263>>.
- (2) Ação dos Cristãos para a Abolição da Tortura (ACAT), Conectas Direitos Humanos, Núcleo de Pesquisas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP) e Pastoral Carcerária. Julgando a Tortura: análise de jurisprudência nos Tribunais de Justiça do Brasil (2005-2010). Inteiro teor disponível em: <<http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Julgando%20a%20tortura.pdf>>.
- (3) Vide a proposta número 16 do Caderno de Propostas: 16 Medidas contra o Encarceramento em Massa produzido pelo IBCCRIM, Pastoral Carcerária Nacional, Associação Juizes pela Democracia e Centro de Estudos em Discriminação e Desigualdade da Universidade de Brasília.

A Constituição Federal, o processo penal e a intervenção

Leonardo Dantas Costa

2

Do ponto de vista jurídico, a Constituição de um Estado é considerada como seu fundamento. Isso devido não apenas à inauguração de uma nova ordem jurídica, mas também devido à implementação daquela que será a norma jurídica de hierarquia superior a influenciar diretamente a produção legislativa, as decisões judiciais e as medidas do Executivo.

Sob o primeiro ponto de vista, o modelo dirigente próprio das constituições sociais, dentre as quais se inclui a brasileira, é rico em traçar objetivos e, de antemão, estabelecer diretrizes a serem implementadas pela legislação vindoura. Em nosso caso, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no artigo 3º, aquilo que fundamentalmente se espera do já não tão novo Brasil Democrático, pós-Ditadura Militar. Se são objetivos demasiadamente utópicos, ao menos introduzem conteúdo inspirador a todo e qualquer agente, público ou privado, que atue em território nacional.

Essa ordem constitucional, cujo *design* o constituinte formalmente elaborou, deve ganhar vida através do sopro de políticas estatais introduzidas nas mais variadas áreas. Diferentemente de uma política de governo, as políticas estatais são *perenes* e postas à consecução das finalidades definidas previamente pelo consenso majoritário que as legitima.⁽¹⁾ Nesse âmbito, insere-se a política criminal. Segundo **Maurício Zanoide de Moraes**, “política criminal, como parcela da Política de Estado e como ramo científico voltado ao exame do ‘crime’ como elemento inevitável na vida social, deve ser entendida como o conjunto de decisões técnico-valorativas sobre os instrumentos,

regras, estratégias e objetivos do exercício institucionalizado do poder político estatal pelo uso da coerção penal em face de condutas indesejadas”.⁽²⁾

No conjunto de subsistemas que instrumentalizam a política criminal, encontra-se o processo penal. Para além da concepção clássica e liberal de um processo penal voltado unicamente ao viés garantista, modernamente adota-se a concepção de um processo que tenha, em si, conteúdo funcional, isto é, capaz de ser instrumento para a efetivação de determinados objetivos de Estado. **Fernando Andrade Fernandes** observa que o conteúdo processual tradicionalmente conferido à tutela de garantias fundamentais do acusado deve ser conjugado a objetivos de eficiência, celeridade e funcionalidade.⁽³⁾ Assim, em um modelo de Estado tal qual o instituído pela Constituição Federal, a função processual de resolução de conflitos individuais pode se aliar à concretização de políticas estatais determinadas pelos entes públicos.⁽⁴⁾

Na seara criminal, muitas medidas propositivas têm sido verificadas, ao longo dos anos, na tentativa até hoje frustrada do Estado Brasileiro de conter o crime organizado. Um rápido sobrevoo pelas principais alterações legislativas sobre o tema é capaz de comprovar um direcionamento político claro de combate, a ser implementado através do instrumento processual do Direito Penal, seja visando ao endurecimento punitivo, seja criando métodos de investigação mais eficientes – vide, por exemplo, lei dos crimes hediondos (8.042/1990), lei que institui

o regime disciplinar diferenciado (10.792/2003), lei de drogas (11.343/2006) e, por fim, a lei das organizações criminosas (12.850/2013).

O fato é que, diante da consumada ineficiência estatal, esse modelo convencional de política criminal dá sinais de completa falência. O mais recente deles é, sem dúvida, a intervenção federal na área de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro. A medida desafia o *status quo* do combate ao crime e anuncia a impossibilidade de se manterem as políticas de segurança pública então vigentes. Ao mesmo tempo, atesta a gravidade institucional a qual chegou o Estado carioca, capaz de afetar completamente a ordem pública.

A intervenção federal é instituto previsto no artigo 34 da Constituição Federal, com finalidade de preservação do Estado Federal em situações de risco à integridade e equilíbrio da Federação.⁽⁵⁾ Nas palavras de **José Afonso da Silva**,⁽⁶⁾ é *ato político que consiste na incursão de entidade interventora nos negócios da entidade que a suporta*.

Obviamente, trata-se de medida antitética à normalidade constitucional, uma vez que pressupõe a relativização do princípio da não intervenção justamente para defender direitos constitucionalmente assegurados – no caso do Rio de Janeiro, a segurança pública.

Tão logo aprovado o decreto, tão logo iniciaram-se debates acerca de sua abrangência, os quais tocam diretamente a funcionalidade processual penal. Em outras palavras, cabe-nos a pergunta: de que forma o processo penal se colocará diante das estratégias assumidas para a segurança pública do Rio de Janeiro?

Nas primeiras horas de intervenção, juristas já se insurgiram contra a possibilidade de mandados coletivos,⁽⁷⁾ sejam eles de busca e apreensão; sejam eles de prisão – a ponto de fazer o governo recuar em suas declarações.⁽⁸⁾ Quantas outras distorções do procedimento poderiam ser pensadas ou, quem sabe, efetivadas em busca da concretização de determinada política para a segurança pública?

A questão que se coloca a partir de tais discussões é se o advento de uma intervenção federal se sobreleva sobre a função clássica do processo penal e se pode desequilibrar a balança *funcionalidade-garantismo* com vistas à finalidade institucional de garantia da ordem pública.

Parece-nos que não. A intervenção federal se insere dentro de um sistema constitucionalmente previsto que visa, justamente, assegurar a soberania da própria Constituição e dos princípios nela elencados. Não é o instituto maior que o instituidor.

Como aponta **José Afonso da Silva**,⁽⁹⁾ a intervenção é medida excepcional, baseada estritamente em pressupostos que evidenciam a situação de grave risco constitucional: *“a defesa do Estado, a defesa do princípio federativo, a defesa das finanças estaduais ou a defesa da ordem constitucional”*. Sobre ela incide controle político, exercido pelo Congresso Nacional nas primeiras vinte e quatro horas pós decreto (artigo 36, §1º, da Constituição Federal).⁽¹⁰⁾ **Ingo Sarlet Wolfgang**, por sua vez, a caracteriza como *“excepcional, limitada e taxativa”*, e defende até mesmo o controle jurídico sobre as hipóteses de cabimento, procedimento e consequências da intervenção.⁽¹¹⁾

Não se pode perder de vista que o instituto está inserido na ordem constitucional vigente ao lado dos direitos fundamentais e das garantias processuais, de modo que superá-las em nome da segurança pública torna-se simplesmente contraditório. Significa

dizer que sua consecução está limitada pelas estacas que sustentam o Estado Democrático de Direito e é a partir dele que deve ser implementada.

Nesse sentido, a essência garantista do Processo Penal não pode ser deixada de lado por causa dos objetivos estatais, uma vez que o próprio Estado existe para realização última do ser humano. Como bem aponta **Fernando Fernandes**, a dignidade da pessoa humana é o limite intransponível de qualquer medida posta a expandir a funcionalidade processual, *“ou seja, as finalidades de política criminal – que conduzem a uma maior funcionalidade do processo – devem mover-se dentro das balizas postas pelo vector garantia – principalmente aquela representada no respeito pela inviolável dignidade da pessoa humana”*,⁽¹²⁾ muito embora aquelas garantias que não toquem diretamente esse limite possam ser dispensadas.⁽¹³⁾

Portanto, não é porque a missão político-criminal do processo penal falha que se lançará morro abaixo sua missão garantista, originariamente concebida justamente como freio ao excesso estatal no exercício do poder punitivo.

O instituto da intervenção federal não expõe uma crise constitucional, mas, ao contrário, reafirma a soberania da Constituição, como instrumento nela previsto para conter crises sociais, econômicas ou políticas que afrontem diretamente a ordem posta pelo ordenamento jurídico brasileiro. Do ponto de vista processual penal, não há outra conclusão senão a de se reconhecer a soberania dos direitos fundamentais e das garantias individuais materiais e processuais, sob pena de se transformar uma situação constitucionalmente excepcional em Estado de exceção inconstitucional – estando a um passo muito curto de se institucionalizar o caos.

Notas

- (1) MORAES, Mauricio Zanoide de. Política criminal, constituição e processo penal: razões da caminhada brasileira para a institucionalização do caos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 101, p. 403-430, jan./dez. 2006, p. 406-416.
- (2) Id. *ibid.*, p. 413.
- (3) FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001. p.53-67.
- (4) DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal*. Santiago: Jurídica de Chile, 1986. p.150.
- (5) SARLET, Ingo et. al. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 869-870.
- (6) SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 486.
- (7) Ver, neste sentido: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2018/02/20/mandado-de-busca-e-de-prisao-coletivos-sao-vitoria-da-barbarie-apontam-juristas/>>. Acesso em: 28 fev. 2018.
- (8) Ver, nesse sentido: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/02/governo-recua-e-diz-que-nao-havera-mandados-de-prisao-coletivos.shtml>>. Acesso em: 28 fev. 2018.
- (9) SILVA, *op. cit.*, p. 487-488.
- (10) Id. *ibid.*, p. 491.
- (11) Nesse sentido, aponta o constitucionalista: *“A natureza da intervenção é dúplice, pois embora se cuide de um ato (e processo) essencialmente político – tese esgrimida por respeitável doutrina –, as suas hipóteses de cabimento (portanto, o seu próprio fundamento e razão de ser) e o seu procedimento, bem como as respectivas consequências, são objeto de regulação jurídica-constitucional, inclusive desafiando controle jurisdicional, de tal sorte que a natureza política convive com a natureza de um ato jurídico* (In: SARLET et. al., *op. cit.*, p. 870).
- (12) FERNANDES, *op. cit.*, p.67.
- (13) Id. *ibid.*, p. 54-67.

Leonardo Dantas Costa
Bacharel em Direito pela USP.
Associado ao IBCRRIM.
Advogado.

O Direito Penal de concorrência no Brasil: perspectivas e questionamentos

Chiavelli Facenda Falavigno

O Direito Penal econômico parece ser um ramo em constante expansão no Brasil. A real efetividade da persecução penal de atividades financeiras não se encontra suficientemente comprovada,⁽¹⁾ o que não se pode dizer, no entanto, dos prejuízos econômicos causados pela massiva divulgação midiática dessas investigações policiais – com citação explícita dos nomes de “envolvidos” –, como ocorreu recentemente na chamada Operação “Carne Fraca”.⁽²⁾

A isso, soma-se um sistema híbrido de sancionamento penal e administrativo, o qual deixa clara a irracionalidade tanto da produção legislativa no setor⁽³⁾ – com o uso exacerbado de tipos abertos e normas penais em branco –, quanto da política sancionatória empregada,⁽⁴⁾ a qual se apresenta descontínua em algumas condutas e duplicada em outras, acarretando, muitas vezes, o famigerado *bis in idem*.⁽⁵⁾

Não é outro o cenário que se observa no ramo do Direito Concorrencial, que é bastante recente no que tange ao complexo de condutas hoje abrangidas pelo Direito Penal dito econômico e empresarial. O próprio pertencimento desse ramo jurídico ao Direito Penal é questionado, havendo autores que entendem ser este mais adequado ao Direito Administrativo.⁽⁶⁾ As condutas tipificadas se encontram espalhadas na legislação penal extravagante, podendo-se destacar o artigo 4º, da Lei 8.137/90, bem como crimes previstos nas Leis 9.279/96 e 8.666/93.

O encontro das esferas penal e administrativa fica ainda mais evidente com a disposição constante no artigo 87, da Lei 12.529/2011,⁽⁷⁾ a qual estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Nesse dispositivo estão previstas as consequências penais do chamado acordo de leniência, regulado pelo artigo 86 da mesma lei,⁽⁸⁾ as quais incluem a suspensão da prescrição penal e o impedimento do oferecimento da denúncia. A ausência de previsão legal de participação do Ministério Público e do Judiciário no referido acordo, que tem seu cumprimento verificado por autoridade administrativa (CADE), vulnera a segurança jurídica e os direitos de acusado, não se podendo supri-la pelo mero chamamento de representantes do MP para a assinatura do referido termo. Nesse sentido:

A autorização para que se concentre sobre o âmbito executivo competência para dirimir ato que transcende sua esfera de domínio representa interferência atípica em seara diversa, não amparada pela Constituição e transgressora à independência funcional entre esses poderes. Sua permissão ainda constitui insegurança aos direitos e garantias dos signatários do acordo, visto que não lhes garante a vedação ao posterior uso das informações prestadas em processo judicial contra eles. Assim, a omissão da lei, uma vez mais, revela ofensa constitucional que precisa ser sanada para possibilitar a conformação do instituto à realidade brasileira.⁽⁹⁾

A construção de um Direito Penal empresarial efetivo mas, concomitantemente, constitucionalizado, passa por uma

reformulação da política sancionatória estabelecida, sendo necessário um pensamento conjunto do Direito Penal e do Direito Administrativo incidentes nessa seara. O Direito da Concorrência é apenas mais um caso que demonstra que há muito a ser discutido e modificado no setor.

Poder-se-ia iniciar, por exemplo, com uma maior incidência do direito de defesa no processo administrativo, o que incentivaria o movimento pela descriminalização de uma série de condutas que seriam melhor tuteladas por outro ramo do Direito que não o Penal. Tal medida auxiliaria na concretização do princípio da *ultima ratio*, típico de um Direito Penal subsidiário e fragmentário como deve ser o do Estado Democrático de Direito.

Notas

- (1) “Enfim, no âmbito moral, parece bastante simples: uma resposta penal pode atingir as pessoas, inclusive muitas pessoas, mas, para mudar radicalmente um sistema, precisa-se de algo bem distinto: uma revolução normativa e cultural radical que envolva as instituições e, também, os cidadãos.” (GIORDANENGO, Guglielmo. Operação Mãos Limpas - 25 anos. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 25, n. 295, p. 8-10, jun. 2017.)
- (2) SAAD-DINIZ, Eduardo. Injustiça alimentar; regulação e compliance: expectativas da Carne Fraca. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 25, n. 293, p. 6, abr. 2017.
- (3) Sobre o tema, essencial: Díez RIPOLLÉS, José Luis. A racionalidade das leis penais: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- (4) Sobre o tema, COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. 2013. 261 f. Tese (Livro docência em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo. 2013.
- (5) A dupla punição pode ocorrer inclusive na mesma esfera, com a sobreposição de tipos penais, a exemplo da imputação concomitante de associação criminosa e cartel, conforme SALOMI, Maíra Beauchamp; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Cartel e quadrilha: é possível a dupla imputação? Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 20, n. 240, p. 7-8, nov. 2012.
- (6) Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-22/olhar-economico-protecao-concorrencia-nao-depende-possente-direito-antitruste>>. Acesso em: 28 jul. 2017.
- (7) Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.
- (8) Nos casos de corrupção, o acordo se encontra previsto na Lei 12.846/2013, a partir do artigo 16.
- (9) MAGALHÃES, Gustavo Alves. Programa de leniência na legislação concorrencial: críticas penais. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 25, n. 296, p. 7-8, jul. 2017.

Chiavelli Facenda Falavigno
Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS.
Doutoranda pela USP com estágio de
pesquisa na Hamburg Universität.
Advogada.

Direitos humanos e justiça de transição: as várias variáveis da responsabilização criminal que transitam entre a impunidade e o punitivismo

Izabela Lopes Jamar

A ditadura civil-militar foi um período de restrições de direitos civis e políticos no Brasil. Considerada um dos períodos mais sombrios da história do país, ela teve três fases: a primeira, de 1964 a 1968, com o golpe militar que derrubou o governo constitucional de João Goulart, dando início a um período de vinte e um anos de autoritarismo; na segunda, de 1968 a 1974, houve uma radicalização dos militares, sendo o período de repressão mais forte o governo Médici; e a última, de 1974, com a posse do General Giesel, até 1985, que culminou no processo de redemocratização, com a eleição indireta de Tancredo Neves (CARVALHO, 2001).

No período ditatorial, ocorreram violações maciças de direitos humanos perpetradas pelo Estado Militar, tais como desaparecimentos forçados, torturas, execuções sumárias, assassinatos e exílios políticos dos que eram considerados opositores do “sistema”. Esse período pode ser considerado o mais trágico e violento da história do Brasil, mas foi justamente aí que os movimentos de defesa dos direitos humanos traçaram estratégias para uma transição do autoritarismo para a democracia.

A fim de se construir uma paz sustentável dentro de uma sociedade pós-conflito, surge a justiça de transição, com medidas dentro do âmbito da justiça, para lidar com violações estatais de governos dum regime anterior (autoritários/totalitários) para um regime posterior (democrático). No entender de Paul Van Zil (2005, p.32), o objetivo da justiça transicional implica processar os perpetradores, revelar a verdade sobre crimes passados, fornecer reparações às vítimas, reformar as instituições perpetradoras de abuso e promover a reconciliação. O que foi mencionado anteriormente exige um conjunto inclusivo de estratégias formuladas para enfrentar o passado, assim como para olhar o futuro, a fim de evitar o reaparecimento do conflito e das violações.

A justiça de transição tem como finalidade promover a paz e “acertar a contas com o passado” a fim de que os “erros do passado não ocorram nunca mais”, para que as democracias não sejam mais ameaçadas e nem perturbadas por regimes autoritários. No Brasil, seriam esses os caminhos para se alcançar a justiça de transição:

1. Reconhecimento moral e político oficial das responsabilidades do Estado pelos crimes praticados por agentes públicos, reparação moral e ressarcimento material dos danos sofridos pelas vítimas e pelos familiares;

2. Justiça: punição dos agentes públicos que cometeram crimes durante a ditadura, o que, no caso brasileiro, implica reavaliação e reabertura da lei de (auto) anistia;

3. Memória e verdade: resgate amplo dos conhecimentos e informações ocultadas durante o período ditatorial (TOSSI; ALBUQUERQUE e SILVA, p. 42-43).

No Estado brasileiro, os movimentos de defesa dos direitos humanos se apoiam nas Leis 6.683, de 1979, e 9.140, de 1995, para promover a justiça de transição. A primeira é a Lei de Anistia, que foi elaborada ainda no período da ditadura e considerada por muitos doutrinadores como “Lei do ponto final”. A anistia foi, talvez, a primeira bandeira a organizar a resistência democrática. Ainda que só definida em 1979, no final da ditadura militar, por

isso restrita e abrigando espuriamente remissão a agentes da repressão e torturadores, ela galvanizou o imaginário democrático e, culturalmente, ganhou o sentimento de oposição ao regime (SOUZA JÚNIOR; BICALHO DE SOUZA, p. 27-28).

A segunda lei reconheceu a responsabilidade do Estado brasileiro pelas mortes dos opositores da ditadura; e também trata de medidas ligadas ao direito à Memória e Verdade e ao direito à reparação. Instituiu a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, que funcionou entre 1995 e 2007; e a Comissão de Anistia, em 24 de agosto de 2001, considerada o maior avanço no que diz respeito ao reconhecimento e reparação das violações cometidas no período ditatorial, sofridas pelas vítimas e/ou familiares.

Além da legislação acima referida, os movimentos de direitos humanos também contam hoje com a Comissão Nacional da Verdade, instalada em 16 de março de 2012, que visa esclarecer casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres, ocorridos entre 1946 e 1988. (Idem, p.55)

Porém, existem algumas questões controversas sobre a transição brasileira. Embora o Brasil tenha avançado bastante em termos de reparação moral e ressarcimento material, no que diz respeito à responsabilização criminal dos agentes do Estado está paralisado. As razões para essa estagnação têm relação com o enfrentamento entre a estratégia de punição e a estratégia de reconciliação nacional. Deu-se uma “reconciliação nacional” pelo alto, através de um novo pacto de elites e da inércia dos setores atingidos para mobilizar a possibilidade de punições (GONZÁLEZ, p. 504).

Muitos consideram que a Lei de Anistia engessou a possibilidade de punição dos agressores no campo criminal, ao ponto de se atribuir outra definição ao conceito de Anistia. O conceito de anistia enquanto “impunidade e esquecimento”, defendido pelo regime militar e seus apoiadores, seguiu estancado ao longo dos últimos anos, passando por atualizações jurisprudenciais. Por outro lado, o conceito de anistia defendido pela sociedade civil na década de 1970, anistia enquanto “liberdade”, seguiu desenvolvendo-se durante a democratização, consolidando-se na ideia de anistia como “reparação” constitucionalizada no artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988 (ABRÃO; TORELLY, 2014, p. 64).

Partindo-se dessa ressignificação institucional e política da ideia de anistia no Brasil, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 reacendeu o debate sobre o tema, que era considerado um tabu político. Interposta pela Ordem dos Advogados do Brasil junto ao Supremo Tribunal Federal, é um dos produtos mais imediatos dessa mobilização interinstitucional. (Idem, p.74).

Embora a ADPF 153 tenha sido julgada improcedente, por ter sido considerada pelo STF compatível com a Constituição,⁽¹⁾ a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil no caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil; e declarou que a interpretação da Lei de Anistia brasileira, de modo a obstar a responsabilização de perpetradores de graves violações de direitos humanos, é incompatível com os artigos 8.1 e 25.1, em relação aos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) (OSMO, 2016, p. 42).

Surge a partir desse debate a ideia de responsabilização criminal dos agentes públicos que praticaram graves violações de direitos humanos no período da repressão militar, tendo o Ministério Público Federal, em 2011, constituído um Grupo de Trabalho sobre Justiça de Transição, admitindo a possibilidade de propor ações penais contra tais agentes alinhados ao “movimento da esquerda punitiva”.⁽²⁾

A justificativa para a punição desses crimes reside em normas de proteção internacional de Direitos Humanos, das quais o Brasil é signatário e que consideram crimes contra a humanidade os atos praticados no período da ditadura civil-militar. Segundo o relatório do Ministério Público Federal (2014, p. 76): Esses crimes ainda devem ser objeto de investigação e persecução penal pelas autoridades do Ministério “Público brasileiro, bem como submetidos ao Poder Judiciário (justiça comum), pois não são passíveis de serem considerados prescritos ou anistiados”.

A impunidade dos crimes da ditadura é o que faz persistir uma programação paralela no sistema punitivo (o que Zaffaroni chama de “sistema penal subterrâneo”) e que faz parte desse sistema como sua face mais violenta e letal. Assim, quando se reclama que a punição dos agentes da ditadura seria a adesão ao punitivismo pela esquerda, se está na verdade cego para o fato de que a impunidade é, nesse caso, mais punitiva que a punição: ela é que permite ao sistema penal crescer vertiginosamente em arbitrariedade e executar ações típicas de ditadura (desaparecimentos, tortura, assassinatos etc.) (PINTO NETO, 2014).

Porém, esse movimento encontra resistência na crítica criminológica, tendo em vista que o Sistema Penal⁽³⁾ é seletivo, repressivo e estigmatizante; e que essas punições romperiam com a ideologia garantista tão aclamada no Estado Democrático de Direito. Para alguns estudiosos da justiça de transição, haveria uma quebra na segurança jurídica; e esses processos se revelariam como instrumento de vingança. No entanto, os caminhos apontam para a correção de injustiças e impunidades visando ao fortalecimento da democracia. As normas de proteção internacional de direitos humanos recomendam a punição daqueles que praticaram violações graves. Nesse prisma, a justiça de transição somente estará em seu pleno exercício quando se evidenciar uma total ruptura com o estado de exceção, cumprindo-se as determinações dos órgãos internacionais.

Referências

- ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. Mutações do conceito de anistia na justiça de transição brasileira: a terceira fase da luta pela anistia. In: TOSI, G. et al (Org.). *Justiça de transição: direito à justiça, à memória e à verdade*. João Pessoa: Editora da UFPB, 2014.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento Criminológico 19).
- BARATTA, Alessandro, *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- BRASIL. Presidência da República. Lei 6.683 de 28 de agosto de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm>. Acesso em: 23 jul. 2017.
- _____. Presidência da República. Lei 9.140 de 4 de dezembro de 1995. Disponível

- em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm>. Acesso em: 23 jul. 2017.
- _____. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 2. Grupo de trabalho justiça de transição: atividades de persecução penal desenvolvidas pelo Ministério Público Federal: 2011-2013 / coordenação e organização de Raquel Elias Ferreira Dodge, Subprocuradora-Geral da República. Brasília : MPF/2a CCR, 2014 (2014a).
- _____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF. Autor: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Eros Grau, Brasília, Distrito Federal, 29 abr. 2010.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. Direitos humanos na América Latina: transições inconclusas e a herança das novas gerações. In: RÚBIO, D. S. et al (Org.). *Direitos humanos e globalização [recurso eletrônico]: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. 2. ed. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.
- KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Revista discursos sediciosos – crime, direito e sociedade*, n. 1. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, p. 79 a 92
- OSMO, Carla. Judicialização da justiça de transição na América Latina. *Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT)*, 2016. p. 27-108.
- PINTO NETO, Moisés. *Sobre a esquerda punitiva, de novo*. O ingovernável. Disponível em: www.moysespintoneto.wordpress.com. Acesso em: 23 jul. 2017.
- RODRIGUES PINTO, Simone. *Memória, verdade e responsabilização*. EdUnB, 2012. p.29-54.
- SOUSA JUNIOR, José Geraldo; BICALHO DE SOUZA, Nair Heloísa. Justiça de transição: direito à memória e à verdade. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo et al. *O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*. v. 7. 2015.
- TOSI, Giuseppe; ALBUQUERQUE e SILVA, Jair Pessoa de. A justiça de transição no Brasil e o processo redemocratização. In: TOSI, G. et al (Org.). *Justiça de transição: direito à justiça, à memória e à verdade*. João Pessoa: Editora da UFPB, 2014.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- ZYL, Paul Van. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição, Ministério da Justiça*, n. 1 jan./jun. 2009. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

Notas

- (1) A decisão do STF na ADPF 153 foi impugnada por meio de embargos de declaração, cinco ainda não decididos; e uma nova ação promovida perante o STF contra a Lei de Anistia está pendente de julgamento (ADPF 320).
- (2) A ideia de “esquerda punitiva” está relacionada a uma mudança de paradigma dentro do Sistema de Justiça Criminal. Esse movimento tem diversas consequências, como a utilização cada vez mais arbitrária da polícia contra os “ricos e poderosos” (o fundamento dessas ações é o “igualitarismo na ilegalidade” – se os pobres não têm seus direitos garantidos, os “ricos” também não devem tê-los). A precursora desse movimento é a doutrinadora Maria Lúcia Karam.
- (3) Chamamos “sistema penal” o controle social punitivo institucionalizado, que age desde que se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito, até que se imponha e execute uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários, e definindo os casos e condições para essa atuação (ZAFFARONI, 1999).

Isabela Lopes Jamar

Especialista em Sistema de Justiça Criminal pela UFSC.

Professora Universitária.

Advogada.



DIRETORIA DA GESTÃO 2017/2018

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Cristiano Avila Maronna
1.º Vice-Presidente: Thiago Bottino do Amaral
2.ª Vice-Presidenta: Eleonora Rangel Nacif
1.º Secretário: Renato Stanzola Vieira
2.º Secretário: Roberto Luiz Corcioli Filho
1.º Tesoureiro: Edson Luis Baldan
2.º Tesoureiro: Bruno Shimizu
Assessora da presidência: Jacqueline Sinhoretto
Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais:
Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes

CONSELHO CONSULTIVO

PRESIDENTE
Andre Pires de Andrade Kehdi
MEMBROS
Carlos Alberto Pires Mendes
Helios Alejandro Noguero Moyano
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Sérgio Salomão Shecaira
OUVIDOR
Rogério Fernando Taffarello

Algumas consequências da premiação patrimonial do *whistleblowing* no âmbito criminal e em programas de *compliance*: impactos inaugurais da Lei 13.608/2018

Rhasmye El Rafih

A sociedade econômica pós-clássica tem revelado o temerário interesse de instrumentalização do Direito Penal como domínio estratégico de mercado, seja por parte do Estado, seja por parte dos próprios *players*. Enquanto esses são atraídos pela conveniência de eliminação de concorrentes, aquele se beneficia da possibilidade de restringir a liberdade de ação empresarial.

A ameaça penal é utilizada como moeda de troca no afã do desmantelamento das megafraudes, estimulando a criação de sistemas de controle por vigilância que parecem se olvidar do passado denunciante típico da tradição inquisitória.

É nesse cenário que surgem novas figuras, mecanismos e espaços de interesse, notadamente no âmbito do Direito Penal Econômico. Nesse sentido, temos testemunhado a falência do sistema regulatório estatal, que tem fomentado uma tendência de quase privatização da persecução penal, fenômeno esse de grande relevância quando analisamos mais detidamente os programas de *compliance* e a figura do *whistleblower*, ambos dando pistas de uma reformulação dogmática e político-criminal que visa se adequar às recorrentes transformações da sociedade de risco.

O *whistleblower* (“soprador de apito”) é, grosso modo, compreendido como todo o indivíduo que reporta a ocorrência de condutas ilícitas/antiéticas,⁽¹⁾ prática essa conhecida como *whistleblowing*.⁽³⁾

Nesse ponto, cumpre distinguirmos o fenômeno do *whistleblowing externo* e do *whistleblowing interno*. Será interno todo o reporte de condutas irregulares que for feito no âmbito interno de uma organização pública ou privada por integrantes ou ex-integrantes.⁽³⁾ De relevância aqui os canais internos de denúncia dos programas de *compliance*.

Por seu turno, será externo quando o reporte for direcionado a autoridades ou terceiros (v.g. veículos midiáticos),⁽⁴⁾ sendo de nosso interesse, para fins desse trabalho, os reportes especificamente endereçados às autoridades de competência criminal.

Sem embargo, aproveitando-se da recorrente obsessão punitiva de *wrong doing*, iniciativas legislativas populistas têm ganhado notoriedade, sobretudo quando ancoradas em teorias estrangeiras que parecem oferecer mirabolantes soluções para o combate à corrupção.

Dentre elas, de se mencionar o modelo estadunidense de premiação patrimonial do *whistleblower*, materializado principalmente em três legislações: o *False Claim Act*, o *Securities Exchange Act*, emendado pelo *Dodd Frank Act* de 2010 e o Código Tributário norte-americano.

Especificamente sobre o *Dodd-Frank*, este foi elaborado no contexto da crise econômica norte-americana, tendo por escopo promover estabilidade, transparência e segurança para investidores.

Muito embora o modelo de premiação do *whistleblower* já existisse anteriormente à emenda, com ela os incentivos adquiriram maior abrangência.

Em sua Seção 922, são previstas premiações entre 10% e 30% da quantia recuperada em razão do reporte de crimes praticados no âmbito empresarial. As referidas porcentagens incluem os valores recebidos pela SEC (*Securities & Exchange Commission*), pelo DOJ (*Department of Justice*), pelas promotorias e pelas agências regulatórias.

O prêmio pago ao reportante advém do *Investors Protection Fund*, um fundo criado junto ao Tesouro dos Estados Unidos, sendo a base de cálculo fruto das sanções impostas, devendo se observar determinados parâmetros, quais sejam: a) relevância das informações fornecidas para o êxito em ações judiciais/administrativas; b) nível de colaboração do reportante e de seu representante legal; c) o interesse programático da Comissão para dissuadir as violações das leis, premiando os reportantes cujas informações contribuam para o sucesso de sua aplicação; d) qualquer outro fator relevante estabelecido pela Comissão.⁽⁵⁾

Entretanto, a informação deve ser original e desconhecida das autoridades da SEC, bem como deve possibilitar ações administrativas e/ou judiciais que resultem em sanções monetárias superiores a um milhão de dólares.

Com inspiração declarada no formato estadunidense, surgiram no Brasil inúmeras iniciativas de *lege ferenda* que alvitram a premiação do *whistleblower*. Podemos mencionar algumas delas: o Projeto de Lei 1701/2011, e seus apensos – Projetos de Lei 6132/2013, 83/2015, 4080/2015, 588/2015, 3527/2015, 8727/2017 –, os Projetos de Lei 3506/2012, 3165/2015, bem como o Projeto de Lei do Senado 664/2011.

Mais recentemente foi promulgada a Lei 13.608 de 10 de janeiro de 2018, que dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais.

No artigo 4º do aludido diploma legal, previu-se que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas competências, poderão estabelecer formas de recompensa, inclusive pagamento de valores em espécie, pelo oferecimento de informações que sejam úteis para a prevenção, a repressão ou a apuração de *crimes ou ilícitos administrativos*.

Preocupa-nos, porém, que a implementação desse modelo ainda não tenha sido objeto de investigações mais apuradas, havendo pouquíssimos estudos das possíveis repercussões que podem surgir, sobretudo em programas de *compliance* e na seara jurídico-criminal.

Ademais, não encontramos indícios científicos de que tais incentivos contribuam de fato para um aumento do número de

relatório de condutas e, tampouco, que melhorem a transparência e integridade nos mercados financeiros.

Inclusive, essas foram as conclusões do relatório do *Bank of England Prudential Regulatory Authority* (PRA) e o *UK Financial Conduct Authority* (FCA), quando se analisaram os programas de incentivo financeiro dos Estados Unidos.⁽⁶⁾

Acreditamos, em verdade, que a premiação patrimonial dos *whistleblowers* pode desencadear uma verdadeira “indústria” hábil a desdenhar as garantias e os direitos de cunho constitucional no âmbito jurídico-penal, comprometendo, inclusive, a eficácia dos próprios programas internos de *compliance*.

Fato é que, muito embora a Lei 13.608/18 apenas se refira aos crimes (e ilícitos) administrativos, ela inaugurou um caminho que tende a abranger também crimes de toda ordem: relacionados à defesa do patrimônio público, da probidade administrativa, da organização e do exercício dos direitos políticos, dos direitos humanos, da ordem econômica e tributária, do sistema financeiro, da prestação de serviços públicos, do meio ambiente, da saúde pública, das relações de consumo e da livre concorrência.

Essa é a proposta do Projeto de Lei 8.727/2017, apresentado em 28 de setembro de 2017, com o escopo de resgatar as 10 Medidas de Combate à Corrupção propostas pelo Ministério Público Federal e desfiguradas pelo Plenário da Câmara no final de 2016.

No artigo 51 do Projeto, previu-se que o reportante cujo relato acarretar a imposição de penalidades e a reparação de danos ao erário superiores a trezentos salários mínimos terá direito ao recebimento de retribuição, mediante depósito judicial ou extrajudicial, no percentual de 10% a 20% do somatório dos valores das penalidades impostas e do montante fixado para a reparação do dano.

Com efeito, no aludido Projeto, o *whistleblower* foi entendido como estando entre “as melhores ferramentas de combate à corrupção e fraudes públicas, indispensáveis, portanto, para a manutenção da integridade nos setores público e privado”.⁽⁷⁾

Realmente acreditamos que o *whistleblower* também é um importante instrumento para a ruptura de grandes esquemas criminosos, porém o incentivo financeiro pode acarretar efeitos deletérios, sobretudo na seara da criminalidade econômica. Explicamos.

No setor privado, abre-se margem para o patrocínio de um mecanismo dissuasório de vigilância permanente, que intensifica a utilização do Direito Penal como domínio estratégico de mercado, reforçando a regulação pública sem impor limites à criminalização no âmbito corporativo.

Demais disso, para justificar a premiação, favorece uma despreparada investigação privada para a obtenção de informações de natureza privilegiada, podendo levar a:

- a) prestação de informações açodadas/temerárias;
- b) maior exposição do *whistleblower* ao risco de ser descoberto e retaliado;
- c) produção de provas por meio ilícito;
- d) participação na conduta delitiva (favorecendo uma confusão com o instituto da delação premiada/acordo de leniência).

Não bastasse, o estabelecimento de um teto mínimo a ser recuperado para ensejar a premiação pode desencorajar o imediato reporte de condutas ilícitas, conduzindo o *whistleblower* a aguardar que a conduta delitiva atinja maiores proporções para então fazer o reporte, viabilizando a contrapartida financeira em detrimento das possíveis vítimas.

Ainda, pode-se estimular o *entrapment* de *players* por outros que desejem eliminá-los do mercado. Como corolário, cremos que poderá ser desencadeada uma conjuntura de denúncias caluniosas e comunicações falsas de crimes com o fito de causar constrangimento e dano à reputação/imagem da pessoa jurídica/física.

No setor público, em sendo o reportante funcionário público, haverá uma manifesta contradição entre o *dever* funcional de reportar ilegalidades e o correspondente *direito* à contrapartida financeira.

Por fim, quanto ao *compliance*, entendemos que a premiação desestimulará o *whistleblowing interno*, levando à falência dos canais internos de denúncia e, por conseguinte, dos próprios programas, podendo:

Compelir a implementação de premiação do *whistleblowing interno* que seja superior à oferecida pelo Estado, o que será inviável e impraticável para grande parte das corporações;

tornar inócuo/enfraquecer o inciso VIII do artigo 7º da Lei Anticorrupção, que visa mitigar as sanções se a empresa promover programas de integridade e incentivar a denúncia de irregularidades;

causar impactos na economia possibilitando o afastamento de *stakeholders*, impasses em *due diligence*, bem como dificuldades na projeção internacional das empresas, como consequência da fragilização dos programas de integridade.

Como visto, muitos são os riscos que a implementação desse modelo de premiação pode trazer ao Ordenamento Jurídico-Penal e ao setor privado, sendo certo que um maior enfretamento do tema demandará densas investigações jurídicas e de governança corporativa, de modo a possibilitar (re)formulações dogmáticas realmente compatíveis com a realidade brasileira.

Notas

- (1) SHECAIRA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. Compliance e o direito penal. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 18, n. 222, p.2, maio. 2011, p. 01.
- (2) [...] todo ato deliberado e não obrigatório de divulgação, a uma entidade externa com potencial para corrigir o *wrongdoing*, que fica no registro público e é feito por uma pessoa que tenha ou tenha tido acesso privilegiado a dados ou informações de uma organização, acerca da ilegalidade não trivial ou outra irregularidade, seja atual, suspeita ou antecipada, que a implica e está sob o controle dessa organização. JUBB, Peter B. Whistleblowing: a restrictive definition and interpretation. Journal of Business Ethics 21, 77-94, 1999. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1023/A:1005922701763>>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 78.
- (3) RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Whistleblowing: Una aproximación desde el derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 47.
- (4) SAAD-DINIZ, Eduardo. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Compliance, direito penal e lei anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2015. p.153.
- (5) USA. Dodd-Frank Wall Street reform and consumer protection act. Disponível em: <<https://www.sec.gov/about/laws/wallstreetreform-cpa.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 468.
- (6) BANK OF ENGLAND PRUDENTIAL REGULATORY AUTHORITY. UK FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY. Financial incentives for whistleblowers. Disponível em:< <http://www.bankofengland.co.uk/pru/Documents/contact/financialincentivesforwhistleblowers.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2018. p. 7.
- (7) BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 8727/2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1602844&filename=PL+8727/2017>. Acesso em: 05 out. 2017. p. 63.

Rhasmye El Rafih

Pós-graduada em Direito Econômico pela USP.

Pós-graduada em Ciências Criminais pela PUCMG.

Advogada.

Reflexões sobre o crime de impedir ou embaraçar investigação de organização criminosa

Claudio Bidino e Bruno Fernandes Carvalho

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo tecer algumas considerações sobre o crime de impedir ou embaraçar investigação de infração penal que envolva organização criminosa, tipificado no artigo 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013.

A Lei 12.850/2013 promoveu substanciais alterações no sistema de justiça criminal brasileiro, especialmente: (i) ao introduzir no ordenamento jurídico pátrio o tipo penal de organização criminosa e outros tipos penais conexos; (ii) ao disciplinar, com detalhes, o instituto da colaboração premiada e, assim, acabar estimulando a sua utilização em maior escala; bem como (iii) ao estabelecer as diretrizes para o uso de novos meios de obtenção de prova altamente invasivos, tais como a ação controlada e a infiltração de agentes policiais em atividades de investigação.

Como era de se esperar, alguns autores já se detiveram a comentar as inovações trazidas pela Lei 12.850/2013. No entanto, o que se percebe é que determinados temas vêm sendo prestigiados em detrimento de outros. Enquanto o instituto da colaboração premiada – por exemplo, e que está sendo inclusive bastante empregado no âmbito da polêmica “Operação Lava-Jato” – vem sendo alvo de intensa reflexão e de acirrados debates, o recém-inserido tipo penal que criminaliza a conduta de quem impede ou embaraça investigação de infração penal que envolva organização criminosa vem sendo abordado, no mais das vezes, *en passant*, de forma quase protocolar.

Diante desse cenário, o que se almeja com o presente trabalho é, antes de mais nada, chamar a atenção para o crime tipificado no artigo 2º, §1º, da Lei 12.850/2013, e para alguns desafios que ele provoca à comunidade jurídica.

2. O artigo 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013

O § 1º, do artigo 2º, da Lei 12.850/2013 estabelece que o indivíduo que “impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa” incorre na mesma pena prevista no *caput* para aquele que promove, constitui, financia ou integra organização criminosa, a saber, reclusão de 03 (três) a 08 (oito) anos, e multa.

Como se observa, esse dispositivo corporifica uma hipótese do que a doutrina classifica como tipo penal alternativo misto, que nada mais é do que um tipo penal que, malgrado disponha na sua redação de mais de um comportamento ou núcleo verbal, se basta com a ocorrência de apenas um deles para fins de consumação.

Quer dizer, à luz da estrutura típica adotada pelo legislador brasileiro no § 1º, do artigo 2º, da Lei 12.850/2013, responderá penalmente pelo cometimento desse delito tanto o sujeito que praticar uma ação dolosa que impeça a investigação de um crime que envolva uma organização criminosa, quanto o agente que praticar um comportamento doloso que a embarace de qualquer outra forma.

Antes de se passar à análise de cada um dos núcleos verbais que integram o § 1º, do artigo 2º, da Lei 12.850/2013, pedindo vênha

desde já aos autores que pensam de outra forma,⁽¹⁾ cumpre esclarecer que não se pode reputar típica a conduta do agente que se volta a impedir ou a embaraçar uma *ação penal* que versa sobre crimes que envolvam organização criminosa, simplesmente, porque o termo “*investigação*” empregado pelo legislador no referido dispositivo legal não comporta uma interpretação tão elástica, capaz de abarcar a fase judicial.

Não se pode olvidar que o legislador brasileiro sabe perfeitamente a diferença existente entre uma *investigação* e um *processo judicial*. Tanto é assim que, ao criminalizar a conduta de denúncia caluniosa (art. 339 do CP), o legislador fez referência expressa aos dois termos no respectivo tipo penal. Confira-se: “*Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente*”.

3. O crime de impedir investigação de infração penal que envolva organização criminosa

Com relação ao primeiro núcleo verbal contido no § 1º, do artigo 2º, da Lei 12.850/2013 (impedir a investigação de crime que envolva organização criminosa), a sua análise dogmática não enfrenta maiores percalços.

Tem-se, assim, que a infração penal estará consumada quando alguém dolosamente *obstar o início* de uma investigação de um delito que envolva organização criminosa ou quando alguém *fizer cessar a continuidade* de uma investigação que já se encontrava em andamento.

Prevalece na doutrina o entendimento de que o crime de impedir investigação de organização criminosa é um delito material, que somente se configura quando a investigação é efetivamente inviabilizada pelo ato do agente.⁽²⁾

Coerentemente, a doutrina majoritária considera possível a ocorrência da modalidade tentada deste delito.⁽³⁾

Há, porém, autores que afirmam que não se admite a modalidade tentada deste delito, por vislumbrarem que o núcleo verbal contido na segunda parte, do § 1º, do artigo 2º, da Lei 12.850/2013 (embaraçar, de qualquer forma, investigação de crime que envolva organização criminosa) consistiria justamente na tentativa do verbo “*impedir*”, isto é, “*o agente que tenta impedir, mas não consegue por motivos alheios à sua vontade, causa, por si só, um embaraço na investigação criminal*”.⁽⁴⁾

Parece-nos, contudo, que não há razão para se acompanhar esse posicionamento, eis que, ainda que se parta para uma interpretação ampla do núcleo verbal “*embaraçar*”, não se pode descartar, de plano, a possibilidade de que alguém tente impedir o início ou a continuidade de uma investigação que recaia sobre crimes praticados por organização criminosa, que não consiga fazer isso por circunstâncias alheias à sua vontade e que, mesmo assim, não cause embaraço algum à investigação.

4. O crime de embaraçar investigação de infração penal que envolva organização criminosa

Se é certo que o núcleo verbal que consta na primeira parte do § 1º, do artigo 2º, da Lei 12.850/2013, a nosso juízo, não oferece maiores obstáculos à sua análise dogmática, o mesmo não pode ser dito acerca do núcleo verbal expresso na segunda parte do mesmo dispositivo legal (“*Nas mesmas penas incorre quem [...], de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa*”), o qual desperta significativas controvérsias doutrinárias.

Na realidade, muitas das controvérsias que guardam pertinência com o núcleo verbal inculcado na segunda parte do § 1º, do artigo 2º, da Lei 12.850/2013 decorrem da má opção do legislador brasileiro pela utilização de um verbo que não possui um significado claro, preciso e determinado.

Apesar, o que seria “embaraçar” uma investigação?

Guilherme de Souza Nucci, incorrendo em certa contradição, ao passo em que alude que o termo “embaraçar” é sinônimo do termo “impedir”, procura, ainda assim, extrair uma distinção entre ambos os vocábulos. Argumenta o professor da PUC-SP: “*Na realidade, os termos são sinônimos, mas se pode extrair, na essência, a seguinte diferença: impedir é mais forte e provoca cessação; embaraçar é menos intenso, significando causar dificuldade*”.⁽⁵⁾

Também **César Roberto Bittencourt** e **Paulo César Busato**, a nosso ver, não conseguem estabelecer uma definição fechada do que se deveria entender por “embaraçar uma investigação”. Isso porque, ao mesmo tempo em que fazem menção a uma série de verbos, com significados distintos e escalonados, que vão desde uma mera perturbação até uma efetiva obstrução, os referidos juristas acabam por equiparar a conduta de “embaraçar” à conduta de “dificultar”, *in verbis*: “*embaraçar significa obstar, estorvar, dificultar, tumultuar, confundir, perturbar ou atrapalhar investigação criminal. Dito de outra forma, dificultar é criar embaraços e vice-versa*”.⁽⁶⁾

Em virtude das incertezas que pairam sobre o significado do termo “embaraçar” no contexto em que foi empregado pelo nosso legislador, que dificulta sobremaneira que se identifique o real âmbito de aplicação da norma penal, não seria um exagero questionar se a segunda parte do § 1º, do artigo 2º, da Lei 12.850/2013 padece de inconstitucionalidade, por afronta ao princípio da legalidade, consagrado no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal.

Como se sabe, para que o princípio da legalidade seja plenamente observado, não é suficiente que se esteja diante de uma lei formal que classifique um comportamento como sendo criminoso. É preciso mais. Afigura-se necessário que esse comportamento esteja descrito em uma norma legal de maneira clara e precisa, que possibilite que os cidadãos saibam quais concretas condutas são penalmente proibidas. Fala-se, assim, na doutrina penal, de uma vertente formal e de uma vertente material do princípio constitucional da legalidade.

Sobre a vertente material do princípio da legalidade, vale trazer a lume as pertinentes palavras dos penalistas espanhóis **Muñoz Conde e García Arán**: “*La garantía por la que la definición de delitos y penas se reserva al legislador no es una exigencia meramente formalista – aunque el Tribunal Constitucional la denomine «garantía formal» – sino que se relaciona con el contenido material del principio de legalidad: para que realmente la ley cumpla con la función de establecer cuáles son las conductas punibles debe hacerlo de forma clara y concreta, sin acudir a términos excesivamente vagos que dejen de hecho en la indefinición el ámbito de lo punible*”.⁽⁷⁾

Insta acrescentar que, mesmo em países como os Estados Unidos da América, que adotam um sistema jurídico diverso do brasileiro, extrai-se da carta constitucional, mais especificamente do *princípio do devido processo legal*, a exigência de que as leis penais devem

ser revestidas de clareza e de precisão. Aliás, a Suprema Corte norte-americana já teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema, destacando, inclusive, as duas principais razões pelas quais o caráter vago de uma lei penal pode acabar por torná-la inválida: “*Vagueness may invalidate a criminal law for either of two independent reasons. First, it may fail to provide the kind of notice that will enable ordinary people to understand what conduct it prohibits; second, it may authorize or even encourage arbitrary and discriminatory enforcement*”.⁽⁸⁾

In casu, ao empregar um núcleo verbal impreciso na segunda parte do § 1º, do artigo 2º, da Lei 12.850/2013, o legislador brasileiro não apenas criou entraves para que os cidadãos comuns e os próprios operadores de direito consigam descortinar, com a precisão e a clareza exigidas pelo princípio da legalidade, quais condutas são penalmente proibidas e quais resultados são tipicamente exigidos para fins de consumação, como também outorgou aos órgãos de persecução penal um poder desmedido e irrazoável, que pode dar margem a arbitrariedades e que pode se voltar, na prática, contra qualquer um que venha a contrariar os interesses de órgão estatais que estejam a investigar a possível prática de crimes no contexto de alegadas organizações criminosas.

A par disso tudo, verifica-se também que alguns doutrinadores têm conferido uma interpretação demasiadamente ampla ao tipo penal inculcado na segunda parte do § 1º, do artigo 2º, da Lei 12.850/2013; interpretação esta que tem atribuído, ainda que inadvertidamente, aos órgãos de persecução penal, um poder ainda maior e ainda mais discricionário no exercício de suas atividades investigativas.

Nesse passo, alguns doutrinadores têm defendido que o crime de embaraçar investigação de infração penal que envolva organização criminosa configuraria uma hipótese de “*crime formal*”, que se consumaria independentemente de se acarretar ou não a interrupção de uma investigação.⁽⁹⁾ Ademais, outros penalistas têm proclamado ainda que não se afiguraria cabível a modalidade tentada desse delito, seja porque o perspectivam como um “*crime de atentado*”,⁽¹⁰⁾ seja porque o consideram como um “*crime de mera conduta*”.⁽¹¹⁾

Não nos parece, entretanto, que tais compreensões sejam dogmaticamente corretas, tampouco constitucionalmente legítimas.

A partir da distinção proposta pelo penalista conimbricense **Jorge de Figueiredo Dias**, segundo a qual o crime de resultado (ou material) se diferencia do crime de mera conduta (ou formal) porquanto a sua consumação não se efetiva com a simples prática de uma ação, mas antes pressupõe que a atividade do agente produza um evento, isto é, uma “*alteração externa espaço-temporalmente distinta da conduta*”,⁽¹²⁾ parece-nos inescapável a conclusão de que o crime de embaraçar investigação de infração penal que envolva organização criminosa constitui, sim, uma hipótese clara de crime de resultado (ou material).

Com efeito, muito embora, de fato, a interrupção da investigação seja prescindível para fins de consumação, conforme alerta parte da doutrina, não deixa de ser necessário que se verifique no caso concreto a produção de um outro evento, qual seja, o embaraço da investigação (o que quer que se entenda por essa expressão).

É válido reparar que, à semelhança do que ocorre com o tipo penal de homicídio doloso, que é classificado por toda a doutrina como um crime material (ou de resultado), o tipo penal de embaraço à investigação de infração penal que envolva organização criminosa também foi construído pelo legislador brasileiro prestigiando-se o resultado, sem especificar sequer qual conduta pode levar a ele. O crime de homicídio doloso, como é sabido, se consuma quando alguém é efetivamente morto (resultado tipicamente exigido), em decorrência da prática de um comportamento doloso de alguém nesse sentido. Da mesma forma, o crime previsto na segunda parte do § 1º, do artigo 2º, da Lei 12.850/2013, pela sua estrutura típica análoga, somente se consuma quando uma investigação é efetivamente embaraçada

(resultado tipicamente exigido), por conta de um comportamento doloso de alguém dirigido a essa finalidade.

Já no que diz respeito à controvérsia existente na doutrina sobre o cabimento da modalidade tentada desta espécie delitiva, entendemos que não há razão para negá-lo, eis que, ainda que a tentativa possa ser de difícil ocorrência na prática, tal como sustentam alguns autores, independentemente da interpretação que se pretenda conferir ao vocábulo “embaraçar”, afigura-se, em princípio, plenamente possível que alguém venha a praticar uma conduta voltada a embaraçar uma investigação de infração penal que envolva organização criminosa, mas não consiga, ao final, embaraçá-la por circunstâncias alheias à sua vontade.

Imagine-se, aqui, a hipótese de uma funcionária pública que envia uma correspondência contendo uma série de informações que sabe serem falsas em resposta a um ofício que lhe foi dirigido pela Polícia Federal, com questionamentos sobre o paradeiro do seu superior hierárquico, que está sendo investigado pela suposta prática de crimes de corrupção passiva no seio de uma organização criminosa. Caso se confira ao verbo “embaraçar” o sentido de “perturbar” ou “dificultar” uma investigação, tal como faz parte da doutrina, a conduta dessa servidora pública se amoldaria perfeitamente àquela prevista na segunda parte do § 1º, do artigo 2º, da Lei 12.850/2013. Contudo, ainda nessa hipótese, caso a autoridade policial conseguisse descobrir o paradeiro do superior hierárquico antes de receber a resposta da referida funcionária com as informações falsas, por exemplo, encontrando-o pessoalmente, estar-se-ia inequivocamente diante da modalidade tentada desse delito, porque a investigação não chegou a ser embaraçada em momento algum, por circunstâncias absolutamente alheias à vontade da agente pública.

Finalmente, antes de se passar à conclusão deste singelo estudo, deve-se ter em mente que interpretações abrangentes do tipo penal inculcado na segunda parte do § 1º, do artigo 2º, da Lei 12.850/2013 – tais como a que considera que a consumação desse crime não depende da produção de qualquer resultado ou mesmo a que reputa que a consumação se dá com a provocação de uma perturbação qualquer à investigação – podem acabar suscitando, a nosso ver, outros questionamentos acerca da sua constitucionalidade, tendo em vista que o princípio constitucional da proporcionalidade parece não permitir que se atribua a alguém que praticou, por exemplo, uma conduta que não causou qualquer prejuízo ou que causou meros transtornos a uma investigação a mesma elevada pena prevista para quem promove, constitui, financia ou integra uma organização criminosa.

5. Considerações finais

Em tempos de “Operação Lava-Jato”, em que os órgãos de persecução penal contam com amplo e irrestrito apoio popular para fazerem o que julgarem necessário na declarada guerra à criminalidade de colarinho branco, em que importantes garantias constitucionais até então tidas como inabaláveis vêm sendo relativizadas pelo Poder Judiciário em prol da ideia de combate à impunidade e em que os advogados vêm sendo hostilizados nas ruas e muitas vezes criminalizados simplesmente por exercerem o seu *munus defensivo* com o vigor que lhes é demandado pela própria Constituição Federal (no âmbito de um fenômeno mais complexo que vem sendo denominado pela doutrina de *criminalização da advocacia penal*),⁽¹³⁾ mister se faz dar a devida atenção ao tipo de incriminação previsto no artigo 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013 e aos particulares riscos a que ele expõe os investigados e os seus defensores.

Com uma redação imprecisa, que ainda vem sendo interpretada por parte da doutrina com uma expansão que não parece ser condizente com os ditames dogmáticos e constitucionais, o artigo 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013 vem permitindo, na prática, que os órgãos de persecução penal se sintam à vontade para classificarem como

suspeitas ou ilícitas condutas de investigados e de seus patronos que consubstanciam, na realidade, o genuíno exercício de garantias fundamentais.

Naturalmente, uma situação como essa compromete – e muito – os direitos dos investigados à ampla defesa e à paridade de armas, desde logo, porque os advogados atuarão sempre preocupados não apenas com as vulnerabilidades jurídicas dos seus constituídos, mas com as suas próprias.

Diante dessa conjuntura, parece-nos que a busca por uma solução para os desafios que se põem passa necessariamente pelo respeito máximo às garantias constitucionais. Não se pode esquecer, por exemplo, que um investigado não cometerá o crime de causar embaraço à investigação se faltar com a verdade no seu interrogatório policial, pois essa conduta está acobertada pela garantia fundamental “*nemo tenetur se detegere*”, extraída do artigo 5º, LXIII, da CF; assim como também não se pode esquecer que dois investigados têm o direito de serem defendidos pelo mesmo advogado, por força da garantia constitucional à ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), sem que se possa aventar a prática do crime de embaraço à investigação (aludindo-se a uma eventual combinação de versões defensivas).

Em suma, ainda que se possa ter alguma dúvida acerca do real âmbito de aplicação da norma incriminadora contida no artigo 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013, uma coisa é certa e convém ser sempre lembrada, apesar da sua obviedade: cumprir a Constituição Federal jamais pode configurar a prática do crime de impedir ou embaraçar investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

Notas

- (1) MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. *Crime organizado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 273.
- (2) Nesse sentido: MASSON; MARÇAL, op. cit. NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 28. LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 496. HABIB, Gabriel. *Leis penais especiais*. Tomo II. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014. p. 30-31.
- (3) Nesse sentido: NUCCI, op. cit., p. 28. MASSON; MARÇAL, op. cit., p. 273. BITTENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo Cesar. *Comentários à lei de organização criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 94.
- (4) HABIB, op. cit., p. 30-31.
- (5) NUCCI, op. cit., p. 28.
- (6) BITTENCOURT; BUSATO, op. cit., p. 84.
- (7) MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*. 7. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 103.
- (8) Chicago v. Morales, 527 U.S. 41 (1999) apud STUNTZ, William J.; HOFFMAN, Joseph, L. *Defining crimes*. 2nd. ed. New York: Wolters Kluwer, 2014. p. 42.
- (9) Nesse sentido: LIMA, op. cit., p. 496. MASSON; MARÇAL, op. cit., p. 273.
- (10) HABIB, op. cit., p. 30-31.
- (11) BITTENCOURT, op. cit. p. 94.
- (12) DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – parte geral* (Tomo I). 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora. p. 306.
- (13) BIDINO, Claudio. A criminalização da advocacia penal e o projeto de lei do Senado 500/2015. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, n. 82, mai. 2016.

Claudio Bidino

Mestre em Criminologia e Justiça Criminal
pela Universidade de Oxford.

Mestre em Direito Penal e Pós-Graduado em Direito Penal
Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra.
Advogado.

Bruno Fernandes Carvalho

Mestrando em Direito Penal e Especialista em Direito Penal e
Compliance pela Universidade de Coimbra.
Advogado.

O paradoxo da aplicação da fiança nos crimes hediondos

Fernando Procópio Palazzo

1. Introdução

O Direito Penal consiste em um ramo do ordenamento jurídico direcionado a analisar e reprimir comportamentos considerados desviantes, de elevada gravidade e significado social. O processo que resulta na eleição, catalogação e repressão das ações conflitivas é objeto de acentuadas controvérsias ao longo da história.

Nessa linha, urge ressaltar que a concepção de crime está indissociavelmente adstrita à volição do legislador, consubstanciada em um intrincado sistema de seleção de condutas e proteção de bens jurídicos. Nas palavras de **Jorge Figueiredo Dias**, crime “*será tudo aquilo que o legislador considerar como tal*”.⁽¹⁾ **Tobias Barreto**, a seu turno, preleciona que “*o direito não é um filho do céu, é simplesmente um fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade*”.⁽²⁾

Partindo dessas premissas teóricas, observa-se no ordenamento jurídico pátrio uma prodigalidade do legislador em selecionar condutas e criar tipos penais no intuito de pretensamente salvaguardar bens jurídicos e pacificar a ordem social. Em busca de apresentar soluções aos crescentes índices de criminalidade, hipertrofiaram-se tipos penais buscando recrudescer o tratamento às violações perpetradas.

Sob essa ótica, merece destaque a edição da Lei 8.072/90. Nesse ponto, mostra-se importante ter presente que a referida lei foi promulgada visando atender ao mandato constitucional de criminalização expresso no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, cujas diretrizes se pautaram em conferir tratamento mais severo àqueles que praticassem os delitos nela elencados. Abeberando-se, pois, de pensamentos provenientes de movimentos de Lei e Ordem que vicejavam à época, editou-se o aludido diploma normativo como a “*panaceia de todos os males*”,⁽³⁾ criando instrumentos mais austeros para o combate à criminalidade reputada como de maior gravidade.

2. Crimes hediondos e o recrudescimento da persecução penal

Em que pesem as ásperas censuras que a lei sofreu, o fato é que o rótulo da hediondez galgou no ordenamento jurídico e na consciência coletiva o status de panaceia para uma repugnante criminalidade, cujas estatísticas, reitera-se, encontravam-se em desenfreada ascendência.

Nesse panorama, infere-se que a Lei 8.072/90, mesmo diante das objeções que lhe foram apostas, encontrou solo fértil para a sua aplicação, em especial em institutos penais que por ela foram revisitados e recrudescidos.

Essa constatação emerge inequívoca ao analisar-se o conteúdo material das disposições constantes em seu artigo 2º. Em sua redação original, destacava-se, dentre outras, a obstaculização da concessão da fiança e liberdade provisória (inciso II), assim como a imposição do cumprimento da pena em regime integralmente fechado (§1º).

A respeito desses preceptivos legais, perdurou durante muitos anos a plena aplicação dos seus comandos normativos. A execução integral da pena em regime fechado, um dos principais gravames impostos na referida lei, somente após dezesseis anos foi profligada diante da pecha de inconstitucionalidade.⁽⁴⁾

Sob outra vertente, subsistia a vedação à liberdade provisória. Todavia, das luzes emanadas do julgamento acima mencionado, robusteceu-se o entendimento no sentido da inadequação de restrições automáticas e apriorísticas, sob pena de se malferir o postulado da individualização da pena.⁽⁵⁾

Presente esse novo quadro, iniciou-se a discussão sobre se teria sido possibilitada ou não a liberdade nos crimes hediondos e equiparados diante da supressão operada no dispositivo em comento.

Concluindo pela manutenção da vedação à concessão da liberdade provisória mesmo após a mudança operada pela Lei 11.464/06, o Supremo Tribunal Federal asseverou, precipuamente, que a referida proibição decorreria direta e imediatamente da inafiançabilidade apregoada pela Carta Magna, sendo que a alteração realizada apenas fez uma correção, colocando a termo uma redundância textual.

Como se pode perceber, a controvérsia restou superada em virtude da exegese conferida à palavra “inafiançabilidade”. Isto é, desse vocábulo extraiu-se o fundamento central a impedir a concessão da liberdade provisória para os crimes hediondos e assemelhados.

Perante esse entendimento, persistiu por relevante período a impossibilidade de deferimento da liberdade provisória nos delitos catalogados na Lei 8.072/90, sendo esta compreensão endossada por ambas as Cortes Superiores.

3. Virada jurisprudencial e suas implicações

Em semelhante perspectiva à adotada na análise do regime prisional, a Corte Maior, em 10/05/2012, no julgamento do *Habeas Corpus* 104.339, relator Ministro Gilmar Mendes, cujo tema central abordava a vedação à liberdade provisória prevista no artigo 44 da Lei 11.343/06, modificou a sua jurisprudência defendendo não ser possível extrair do termo “inafiançabilidade” fundamentos para se impedir a concessão daquele benefício. Defendeu-se, na assentada, que os institutos da fiança e liberdade provisória não se confundiriam. Resultado dessa ruptura paradigmática consistiu, pois, na superação da inafiançabilidade que até então servia de óbice para a liberdade processual, passando-se, então, a aplicar, largamente, o regime geral disposto no Código de Processo Penal.

Ocorre, contudo, que essa compreensão sobre o tema, em que pese em relação à liberdade provisória consentânea com as demais balizas constitucionais, acabou por deixar a Lei 8.072/90 em uma situação absolutamente paradoxal. O mesmo comando que antes propiciava um recrudescimento no tratamento daquele que se encontrava submetido à Lei dos Crimes Hediondos hoje lhe confere um tratamento mais leniente. A polêmica inafiançabilidade remanesceu; agora, porém, sujeita a uma leitura completamente antagônica e dissociada do escopo inicial para o qual foi elaborada.

Impõe-se ressaltar, no entanto, que o debate em tela se concentrou na superação do óbice da liberdade provisória, sendo que a possibilidade de fixação da fiança restou completamente relegada. Na ocasião, o núcleo argumentativo sedimentou-se nas premissas de que a vedação à fiança não implicaria óbice ao deferimento da liberdade provisória. O que teria sido tolhido pelo texto constitucional seria apenas a estipulação da caução fidejussória, fato este que, repita-se, não se confundiria com a possibilidade de obtenção da liberdade provisória.

Não obstante, faz-se mister atentar que a linha de raciocínio que o Supremo Tribunal Federal revelou no julgamento citado refletiu o vetusto entendimento que pautou o Código de Processo Penal em sua conformação primitiva. Vale rememorar que em um momento inicial existiam diversas graduações para a concessão da liberdade provisória, sendo que a inafiançabilidade era erigida como um gravame que encerrava qualquer possibilidade de obtenção do benefício em tela. O sentido do vocábulo inafiançabilidade revertia na impossibilidade de deferimento da liberdade provisória.

No entanto, com o advento da Lei 6.416/1977, introduziu-se o parágrafo único no antigo artigo 310, do Código de Processo Penal, permitindo a liberdade provisória sem a prestação da contracautela para qualquer

delito, de modo que a estrutura delineada para a flexibilização da custódia preventiva perdeu o seu sentido. Repita-se, com a Lei 6.416/77 a razão de ser da inafiançabilidade foi malferida, restando, por conseguinte, completamente inoperante. Desse modo, vê-se que o constituinte originário, ao empregar o termo inafiançabilidade, não apenas no inciso ora vergastado como também nos incisos XLII e XLIV, do artigo 5º, incorreu em inequívoca desatualização e dissonância com a legislação processual. No escólio de **Eugênio Pacelli de Oliveira**: “Eis, então, a primeira crítica às novas regras: não é porque o constituinte de 1988, desavisado e desatualizado com a legislação processual penal de sua época, tenha se referido à liberdade provisória, com e sem fiança, que a nossa história deve permanecer atrelada a este equívoco”.⁽⁶⁾

Vale dizer, durante muitos anos prevaleceu o dualismo cárcere-liberdade, sendo que a fiança estava embrionariamente relacionada ao momento da história em que a única liberdade existente era mediante fiança. Atualmente, porém, sobretudo com a promulgação da Lei 12.403/11, ampliaram-se substancialmente as opções para a substituição da custódia preventiva, ocorrendo, em especial, a revitalização da fiança com novas perspectivas. Nessa senda, a aplicação desta contracautela reclama uma irrefragável atualização sistêmica, sob pena de se conferir um tratamento desarmônico e incoerente entre aqueles que incorrem em delitos considerados de maior gravidade cotejados com os de menor reprovabilidade.

O ponto nodal da questão em referência reside, pois, no fato de que a dessincronizada interpretação então conferida ao inciso XLIII, do artigo 5º, da Carta de Outubro poderá propiciar uma exegese desvirtuada da norma no sentido de que para os delitos elencados na Lei 8.072/90 não será possível conceder a liberdade provisória mediante fiança. A toda evidência, persistindo essa compreensão, o tratamento que outrora era revestido de extrema rigidez passa, agora, a gozar de benefícios maiores que infrações penais reputadas como de menor significância.

Bem exemplifica essa situação a contradição envolvendo o crime de tráfico de entorpecentes. Consoante expresso no artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, o tráfico ilícito de entorpecentes foi alçado ao patamar de delito equiparado a hediondo, recaindo-lhe, então, todas as restrições apregoadas por esse diploma normativo. Não obstante, restou incólume a esse tratamento o crime de associação para o tráfico, previsto no artigo 35 da Lei 11.343/06, uma vez que a jurisprudência das Altas Cortes, desde a vigência do vetusto estatuto antidrogas, já assentava não ser essa conduta considerada hedionda. Nessa perspectiva, as ações perpetradas por um traficante isolado estariam sujeitas a maiores restrições do que as realizadas por uma pluralidade de agentes, associados de forma estável e permanente, para o fim de praticarem os crimes previstos nos artigos 33, *caput*, e §1º, e 34, todos da Lei 11.343/2006.

Otossim, mais recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame do *Habeas Corpus* 118.533/MS, relatora Ministra Carmen Lúcia, apreciado em 23/06/2016, acentuou esse paradoxo ao decantar do denominado tráfico privilegiado a mácula da hediondez.⁽⁷⁾ Por conseguinte, aquele que se encontrar incurso na prática do delito previsto no artigo 33, §4º, da Lei Antitóxicos poderá ser submetido à medida cautelar de fiança, ao passo que o traficante albergado pelo *caput* desse dispositivo poderá ter a sua custódia provisória substituída sem a aludida contracautela.

Todos esses argumentos põem em evidência a impossibilidade de persistir essa situação, sob pena de se estabilizar um sistema anêmico e contraditório no que tange à aplicação dessa medida alternativa ao cárcere. Em sede de persecução penal, respeitadas as inexoráveis garantias que assistem a todo os acusados, revela-se imprescindível uma contemplação integral dos interesses envolvidos e não apenas uma análise unilateral e deficitária.

4. A revitalização da fiança

A fiança, nesse diapasão, assume um papel extremamente relevante, pois empregada como uma alternativa à prisão preventiva desempenhará relevantes funções processuais, assim como poderá ser

utilizada para indenizar as vítimas, nos termos previstos no artigo 336 do Código de Processo Penal.

Vale rememorar que a Lei 12.403/11 introduziu um rol de medidas alternativas à segregação processual, destacando-se, neste espeque, a revitalização da fiança, vista não mais como condicionante estanque à liberdade provisória.

Corroborando esse sentido, observe-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 7º, 5, apregoa a utilização de mecanismos a balancear a liberdade concedida em favor de pessoa submetida à persecução penal.

Nesse amplo contexto normativo, verifica-se constituir-se a fiança criminal em um ônus imposto ao acusado para a garantia da liberdade provisória. Nas palavras de **José Frederico Marques**, “trata-se, pois, de contracautela destinada a impedir que a dilação do processo condenatório cause dano ao jus libertatis, de par com o caráter de sub-rogado cautelar da prisão provisória”.⁽⁸⁾

É certo, a seu turno, que a estipulação da fiança é ainda confundida no meio forense com a visão do dualismo anterior, sendo muitas vezes erroneamente visualizada como uma condicionante à liberdade e não uma medida substitutiva revestida de outras finalidades. A estipulação da fiança como medida cautelar, de fato, ainda é tímida em nosso país. Ressalvados os casos de crimes rotulados como econômicos, do colarinho branco, os demais delitos ainda encontram a avaliação da prisão preventiva adstrita ao binômio cárcere-liberdade. É inegável que a fiança não pode ser condicionada como *sine qua non*, mas sim faz parte de um conjunto de vetores que devem ser sopesados para substituir a prisão preventiva e acautelar o juízo nos termos do citado artigo 319, inciso VIII, do diploma processual.

Em relação aos crimes hediondos e equiparados, não se pode perder de perspectiva que, afora os fins colimados por essa caução, alguns delitos como o tráfico de entorpecentes permeiam grandes quantias financeiras e não podem ser acobertados sob o pretexto de vulnerabilidade financeira. É necessário equiponderar os direitos que amparam o réu na persecução penal, com o dever de restituição àqueles que foram lesados pela ação delituosa.

Em semelhante perspectiva, não se pode descurar que os proventos dos crimes não são passíveis de registros contábeis ordenados e lícitos, fato este que não pode ser desconsiderado na avaliação da possibilidade de substituir a segregação de indivíduos com potencial periculosidade por outras medidas cautelares, notadamente a caução fidejussória. Vale dizer, deve-se evitar interpretações açodadas que ignorem as nuances que caracterizam a empreitada delitativa e a contabilização de lucros à margem dos registros legais.

O processo penal não pode mais ser analisado sob uma perspectiva estanque e disfuncional. Hodiernamente, oxigenou-se a persecução penal com a introdução de diversas medidas cautelares alternativas ao cárcere e dispositivos que facilitam a reparação às vítimas dos delitos. Pode-se afirmar que o processo penal tem assumido um caráter multifacetário. A obsoleta visão unifocal em que apenas se examina a submissão ao cárcere não coaduna com uma necessidade contemporânea de buscar alternativas a essa custódia mediante tutelas específicas e, também, ressarcir os ofendidos.

Dentro dessa perspectiva, vislumbra-se que, a despeito de ser negligenciada ou mal interpretada, o valor adimplido a título de fiança poderá ser utilizado para o pagamento de indenizações, convergindo, inclusive, com o escopo preconizado pelos artigos 336 e 387, inciso IV, do Código de Processo Penal e com o próprio artigo 91, inciso I, do Código Penal.

Abrem-se, pois, infinitas possibilidades como, *verbi gratia*, no delito de tráfico de entorpecentes com a destinação, *de lege ferenda*, do valor da fiança para a recuperação de toxicômanos, corroborando o ideário previsto pelo artigo 28, §5º, da Lei 11.343/06. Nos crimes contra a dignidade sexual, erige-se premente uma compensação às vítimas de tão deletéria conduta. Crimes contra a vida poderão ter

valores revertidos em favor de familiares das vítimas; e assim tantos outros, expressos na Lei 8.072/90, poderão lograr aproveitamento similar. É certo, pois, que o processo penal não pode ser interpretado apenas sob uma perspectiva prisional, mas sim deve ser conjugado com a possibilidade de compensação do ofendido. Vale lembrar, ainda, que a Constituição Federal prossegue em seu artigo 245 quanto à necessidade de reparação das vítimas de delitos.

Em abono dessas premissas, emerge, com nitidez, a percepção de que o quadro atual envolvendo a aplicação da fiança para os crimes hediondos e assemelhados é absolutamente contraditório em seus termos e colide frontalmente com o desiderato constitucional. Para se alcançar a real correspondência da norma insculpida no texto magno, impende-se realizar uma leitura sistêmica e consentânea com a unidade constitucional.

Guilherme de Souza Nucci, em uma perspectiva mais conservadora, refuta a proibição da fiança, porém aponta como solução necessária aquela realizada apenas mediante um processo formal de modificação da Constituição Federal.⁽⁹⁾

Concessa venia, com esteio nas premissas acima delineadas, discorda-se dessa linha de raciocínio, pois entende-se prescindível uma articulação pelo poder constituinte derivado para remediar este equivocado cenário. Releva anotar, nessa moldura, a concepção de mutação constitucional, segundo a qual é possível modificar a Constituição sem que para tanto seja necessário alterar o seu texto. Isto é, “em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda, por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma”.⁽¹⁰⁾

Nessa ordem de ideias, denota-se a suficiência de uma leitura atualizada do referido dispositivo para se atingir a inevitável exegese de que a inafiançabilidade está intrinsecamente relacionada a um cenário processual defasado. É certo, pois, que, diante das sucessivas modificações legislativas, em especial a propiciada pela Lei 12.403/11, a admissibilidade da estipulação da medida cautelar da fiança em sede de crimes hediondos e assemelhados corresponde efetivamente ao conteúdo normativo preconizado pela Carta Magna.

Não é menos exato afirmar, de outro lado, que, a despeito do método perfilhado para corrigir essa distorção, essa incongruência não pode mais ser ignorada e assim gerar uma interpretação contrária ao que foi preconizado pela Constituição Federal, propiciando, desse modo, uma proteção deficiente e claudicante de bens jurídicos relevantes. Prosseguir na inaplicabilidade da fiança para os delitos catalogados na Lei 8.072/90 constitui uma injustificável temeridade e desapareço aos ditames que buscam assegurar uma efetiva tutela penal.

5. Considerações finais

Posta a questão nesses termos, resta irrefragável que a manutenção

da inviabilidade da fixação da medida cautelar da fiança fragiliza o ideal pré-conizado pelo Magno Texto Federal e gera um inaceitável paradoxo em relação ao regramento aplicado para os demais crimes.

Em tempos de aprimoramento e conciliação de diversos valores que permeiam a persecução penal, afigura-se inaceitável relegar a aplicação da fiança. Diante de um sistema penal em que cada vez mais buscam-se alternativas ao falido sistema carcerário, a fiança apresenta-se como um importante instrumento multifacetário de substituição da segregação provisória. Ainda que as finalidades de prevenção e reprovação da pena sejam alvo de contínuos questionamentos, em relação ao dever de reparar a vítima resta incontroverso tratar-se de um escopo lícito e razoável.

Como consequência do que se vem expondo, surge, então, a premente necessidade de uma revisitação da jurisprudência pátria com o objetivo de realizar uma adequada e condizente aplicação do disposto no artigo 5º, inciso XLIII, da Carta Magna. A fixação da fiança constitui-se, pois, em uma alternativa plausível ao cárcere, cujos resultados serão ambivalentes. Assegurar-se-á uma tutela regular e específica do processo, assim como serão favorecidos meios reparadores dos danos padecidos pelas vítimas.

Deve-se, portanto, atentar para uma exegese contemporânea sem se descurar da mobilidade que possui o processo penal e dos valores centrais que buscou prestigiar a Constituição Federal de 1988.

Notas

- (1) DIAS, Jorge Figueiredo. Questões fundamentais do direito penal revisitadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 54.
- (2) BARRETO, Tobias. Estudos de direito. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 156.
- (3) STRECK, Lênio Luiz. Crimes hediondos: enquanto enforcavam, tungavam. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jul-04/senso-incomum-crimes-hediondos-enquanto-enforcavam-tungavam>. Acesso em: 18 jul. 2017.
- (4) HC 82959, Rel: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julg. 23/02/2006, Public. 01/09/2006.
- (5) ADI 3112, Rel: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Julg. 02/05/2007, Public. 26/10/2007.
- (6) OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. São Paulo: Atlas, 2013. p. 519.
- (7) HC 118533, Re(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, Julg. 23/06/2016, Public. 19/09/2016.
- (8) MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. 4 v. Campinas, SP: Millenium. p. 111.
- (9) Nucci, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 685.
- (10) MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 8.ed. Saraiva: São Paulo, 2013. p. 134.

Fernando Procópio Palazzo

Assessor jurídico do TJPR.

Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal - ICPC.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

COORDENADOR-CHEFE: Fernando Gardinali Caetano Dias.

COORDENADORES ADJUNTOS: Daniel Paulo Fontana Bragagnollo, Danilo Dias Ticami e Roberto Portugal de Biaz.

EDITORES IBCCRIM: Rafael Vieira, Taynara Lira e Willians Meneses.

CONSELHO EDITORIAL:

Acácio Miranda Filho, Alexis Eliane, Amélia Emy Rebouças Imasaki, Anderson Bezerra Lopes, André Azevedo, André Felipe Pellegrino, André Lozano Andrade, André Ricardo Godoy, Antonio Baptista Gonçalves, Arthur Sodré Prado, Átila Machado, Beatriz Jubilut, Bruno Salles, Carlos Garçete, Carlos Viveiros, Christiany Pegorari, Clara Masiero, Daiana Ryu, Daiane Ayumi Kassada, Daniel Del Cid, Daniel Leonhardt, Daniel Nicory, Dayane Fanti, Décio Franco David, Edson Roberto Baptista de Oliveira, Emília M. Giuliani, Evandro Camilo Vieira, Fernanda Carolina de Araújo, Fernanda Vilares, Frederico Manso Brusamolín, Gabriel Huberman Tyles, Gabriela Gama, Guilherme Sugimori Santos, Henrique Buhl Richter, Hugo Leonardo, Hugo Leonardo Rodrigues Santos, Jacqueline Valles, Jamil Chaim Alves, João Anê Andorffato, Jorge Nader, Jose Carlos Abissamra Filho, José Roberto Coêlho de Almeida Akutsu, Juliana Regassi, Leticia Garducci, Lévio Scattolini, Luan Nogueis Moyano, Luana Oliveira, Luis Gustavo Sousa, Luiza Gervitz, Luiza Guedes Piráquine, Manoel Alves da Silva Junior, Marco Aurélio Florêncio Filho,

Mariana Beda, Mariana Chies, Matheus Pupo, Milene Maurício, Milene Cristina Santos, Octávio Orzari, Otávio Espíres Bazaglia, Pedro Beretta, Pedro Augusto Simões da Conceição, Pedro Machado de Almeida Castro, Rachel Lerner Amato, Rafael Fecury Nogueira, Rafael Tiago Silva, Renata Macedo, Ricardo Caiado, Rodrigo Sardenberg, Rogério Taffarello, Rosa Cantal, Salomão Shecaira, Sâmia Zattar, Theodoro Balducci, Thiago Baldani Gomes de Filippello, Thiago Tezani, Verônica Carvalho Rahal, Vitor Hugo da Silva, Vinicius Vasconcellos e Yuri Felix.

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Ana Beatriz Tabarelli Krasovic, André Campagnaro Rampinelli, Arthur Inácio, Arthur Martins Soares, Bruna Brandt, Bruna Diamante, Bruno Maurício, Camila Torres Cesar, Caroline Bussoloto de Brum, Caroline Mutaç, Cesar Janoti, Dafne Sena Coutinho Ribeiro, Fábio Suardi D'Elia, Felício Nogueira Costa, Felipe Monea, Frederico Manso Brusamolín, Gabriela Alcarpe, Gabriela Rodrigues Moreira Soares, Giancarlo Silkunas Vay, Ingrid Oliveira, Isabela Perrella, Jairton Ferraz Júnior, Karen Regina Amorim Carmo, Luana Oliveira, Ludmila Bello, Marcela Vieira da Silva, Matheus Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Maurício, Paula Mamede, Pedro Augusto de Padua Fleury, Pedro Fernandes, Pedro Machado de Almeida Castro, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Moraes, Roberta Werlang Coelho Beck, Roberto Mendes Valadão,

Rodrigo Olhiara da Silva, Rossana Brum Leques, Stela Valim, Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva, Thais Felix, Thais Marcelino Resende, Verônica Carvalho Rahal e Vivian Peres da Silva.

COMISSÃO DE ATUALIZAÇÃO DO VOCABULÁRIO BÁSICO CONTROLADO (VBC): Roberto Portugal de Biaz.

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

REVISÃO: FAZENDARIA, Consultoria em recursos humanos, pesquisa e texto Ltda. - ME - Tel.: (11) 3673-7564 - E-mail: midiafazmal@gmail.com.

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

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

Tiragem: 4.500 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

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

Causalidade ou imputação objetiva? Novamente sobre a controvérsia em torno dos crimes omissivos impróprios

Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa

Desde o estudo publicado no livro em homenagem a **Honig, Roxin** reivindicou o abandono substancial das premissas causalistas e ontológicas, tidas como insuficientes para explicar a atribuição da responsabilidade penal. Nessa perspectiva, encontra-se a causalidade. **Roxin** demonstra que o critério da “*conditio sine qua non*” é deficiente em responder, *somente em si considerada*, uma série de interrogantes retiradas da *praxis*, dentre elas, os condizentes aos desvios dos cursos causais, à causalidade da cumplicidade, e dos próprios crimes omissivos impróprios.⁽¹⁾ Todavia, não abriu mão desse critério, vindo a teoria do citado teórico a propor correções. Por isso, considerar a teoria da condição como “*invenção infeliz*”⁽²⁾ não parece correto, como há quem sustente na doutrina brasileira, pleiteando, com isso, o abandono da exigência da relação de causalidade nos códigos penais.⁽³⁾ A causalidade é o pressuposto sobre o qual recaem os critérios corretivos propostos por **Roxin**. Em assim sendo, uma boa compreensão da teoria da equivalência dos antecedentes causais é imprescindível para auferir a necessidade de correções normativas, promovidas pela doutrina, limitando-se com isso a responsabilização penal.⁽⁴⁾

1. Fundamentos dogmáticos do nexa de causalidade

Entre determinadas circunstâncias de fato e cada dispositivo legislativo de Direito Penal faz-se presente a sistemática do fato punível.⁽⁵⁾ Isso se deve ao fato de ser necessária – tanto para o estudo acadêmico do Direito Penal, como para a prática profissional – a aceitação de um esquema uniforme para o exame da punibilidade de ações e omissões.⁽⁶⁾ Tratam-se dos imperativos da segurança jurídica e da calculabilidade das decisões, tão relevantes para o Estado constitucional. Pode-se inclusive afirmar que a necessidade da teoria do fato punível para o Direito Penal esteja incluída no dever geral de fundamentação das decisões judiciais, insculpido no art. 93, inciso IX da Constituição Federal.⁽⁷⁾ O simples conhecimento da lei não é suficiente para a resolução de problemas penais. Uma interpretação literal do art. 13 do Código Penal não nos permitir inferir todas as vicissitudes que envolvem o nexa de causalidade. O manejo da lei dirige-se por um pensamento penal construído ao longo de vários anos,⁽⁸⁾ que inclusive transcende a própria legislação nacional.⁽⁹⁾

É nesse ínterim que a teoria da causalidade se insere, como elemento da teoria do fato punível. No decorrer da história da dogmática penal, as escolas muito debateram se deveria ser ela integrante da teoria da conduta ou da teoria do tipo. **Roxin**, incluindo-a no âmbito do tipo objetivo, deixa evidente que sua teoria da imputação parte do nexa de causalidade quando assevera que “*la teoría del nexa causal es (...) el fundamento de toda la imputación al tipo objetivo*”.⁽¹⁰⁾ O primeiro pressuposto para compreender como configurado um tipo objetivo material é, portanto, que o sujeito ativo tenha, por obra sua, causado o resultado juridicamente proibido. Em outras palavras, sem causalidade não há que se falar

em imputação.⁽¹¹⁾ Com base no exposto, tem-se por indispensável a análise preliminar, ainda que perfunctoriamente, das teorias da causalidade; e, na sequência, verificar sua aplicabilidade aos delitos omissivos impróprios. Por certo, a doutrina, desde cedo, não mediu esforços em estabelecer como se determina a relação de causalidade entre a ação/omissão do autor e o resultado típico.⁽¹²⁾

2. A causalidade nos crimes omissivos impróprios

A doutrina que exige a causalidade para a consumação dos crimes omissivos impróprios aponta como critério a ser levado em consideração – para saber se a ação omitida teria evitado o resultado e, com isso, se atribuir a responsabilidade – o da probabilidade próxima aos limites da certeza.⁽¹³⁾ No entanto, essa fórmula apresenta alguns inconvenientes. Se para os delitos de ação se exige certeza quanto à produção do resultado, por que não é assim também em relação aos crimes omissivos? Exemplifica **Gimbernat Ordeig** que um médico que sabe que um tratamento terapêutico só possivelmente salvaria a vida de um paciente e, assim sabendo, nada faz, permanecendo inerte, por essa fórmula não se fundamentaria sequer uma responsabilidade por tentativa, pois a situação concreta estaria muito afastada dos limites da certeza de evitar o resultado exigido para a consumação.⁽¹⁴⁾

Igualmente, a não constatação do mecanismo causal que produziu danos à saúde, como, por exemplo, no caso *Lederspray* na Alemanha.⁽¹⁵⁾ Para o *Bundesgerichtshof* (BGH), tanto as empresas que acordaram em não retirar o produto perigoso do mercado, quanto as filiais responsáveis pela venda no varejo teriam assumido a posição de garante, por ingerência, de retirar o produto de circulação, fazendo o que lhes fosse possível e exigível.⁽¹⁶⁾ O BGH afirmou a responsabilidade de todos os acusados, alegando ser cada um responsável pelos danos causados em decorrência da não retirada do produto do mercado, haja vista a responsabilidade comum e equiparável dos diretores da empresa. O tribunal entendeu não ser possível liberar-se da responsabilidade pelo mero fato de nada fazer frente à inobservância do dever por parte do restante dos membros da sociedade.⁽¹⁷⁾ A fórmula, assim, não foi aplicada individualmente a cada um dos acusados, o que geraria dificuldades em relação à prova da causalidade, já que, sendo retirada a ação de um indivíduo isolado, o resultado ainda poderia subsistir, mas sim em decorrência de atuarem conjuntamente. Dessa forma, o critério utilizado para a responsabilização não foi prova da causalidade, sendo esta considerada evidente, mas sim que uma decisão de absolvição, nesse caso, seria contrária à justiça.⁽¹⁸⁾

Outra crítica apresentada pela doutrina é a relativa à impossibilidade de verificar-se qual o desenrolar de uma doença se tivesse sido executado o tratamento médico adequado, por exemplo.⁽¹⁹⁾ Tal hipótese seria relevante para o caso da posição de garantidor decorrente da relação médico-paciente, no Direito Penal médico. Questiona-se se a ação omitida teria impedido a lesão típica. Imagine-se se um médico, ao ter identificado uma

infecção generalizada em seu paciente, poderia ter condições de salvá-lo aplicando a *lex artis*; ou, se identificando lesões cerebrais decorrentes de um traumatismo craniano, poderia ter livrado seu paciente das sequelas daí advindas.⁽²⁰⁾ Como esclarece **Gimbernat**, os tribunais não podem retrotrair ao momento em que o indivíduo foi atendido pelo médico para comprovar se, tendo iniciado o tratamento naquele momento, poder-se-ia evitar as consequências lesivas.⁽²¹⁾

A doutrina, reconhecendo as insuficiências da teoria da causalidade em si considerada para oferecer respostas teóricas e práticas para o problema da imputação do resultado, tem se esforçado em oferecer alternativas. Como já se fez anotar, não se despreza completamente a causalidade nesse processo. Tende-se, assim como **Roxin**, a considerar que a causalidade é pressuposto de todo processo de imputação do resultado. No entanto, esse critério precisa de correções, pois, como se viu, o critério da probabilidade próxima aos limites da certeza esbarra em uma série de inconvenientes. Os critérios para a limitação da causalidade seriam encontrados na teoria da imputação objetiva, especificamente ao considerar que, no caso dos crimes omissivos impróprios, a ação omitida tenha, ao menos, diminuído o risco de produção do resultado.⁽²²⁾

Notas

- (1) ROXIN, Claus. Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal. In: Problemas fundamentais do direito penal. Lisboa: Vega. pp. 150-151.
- (2) ROXIN, op. cit., p. 151.
- (3) Como propõe JESUS, Damásio. Imputação objetiva. São Paulo: Saraiva, 2000. pp. 30-31.
- (4) Na própria jurisprudência nacional, a necessidade de prova do nexo de causalidade nos crimes omissivos impróprios é utilizada para se afastar e restringir a responsabilidade penal. Nesse sentido: PENAL E PROCESSUAL PENAL - RAZÕES DE APELAÇÃO INTEMPESTIVAS - MERA IRREGULARIDADE - HOMICÍDIO CULPOSO - ERRO MÉDICO - CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO CULPOSO - **INEXISTÊNCIA DE PROVA DO NEXO CAUSAL - ABSOLVIÇÃO**. INTERPOSTA A APELAÇÃO NO PRAZO LEGAL, EVENTUAL ATRASO NA APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES TRAZIDA MERA IRREGULARIDADE. PARA A CONDENAÇÃO POR CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO É NECESSÁRIA A PROVA DA EXISTÊNCIA DE UM NEXO DE EVITAÇÃO ENTRE A ATITUDE DEVIDA E O RESULTADO LESIVO. NÃO FEITA A PROVA, A ABSOLVIÇÃO DOS ACUSADOS SE IMPÕE. (TJ-DF - ACR: 20010310058123 DF, Relator: Sérgio Bittencourt, Data de Julgamento: 26/01/2006, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: DJU 10/05/2006 p. 106). [Grifo nosso]
- (5) NAUCKE, Wolfgang. Derecho penal: una introducción. Trad. Leonardo Germán Brond. Buenos Aires: Astrea, 2006. p. 284.
- (6) NAUCKE, op. cit., p. 283.
- (7) “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (in omissis) IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (...).”
- (8) Sobre as mais de duas centenas de anos de construção da dogmática penal contemporânea, vide: NAUCKE, op. cit., p. 281.
- (9) Veja-se, por exemplo, a ideia de Roxin de uma dogmática jurídico-penal internacional, tratando a teoria do fato punível, não se restringindo apenas a problemas do Direito nacional, mas se ocupando de questões que afetem todos os ordenamentos jurídicos. Perfunctoriamente em ROXIN, Claus. Prefácio. In: TAVARES, Juarez. Teoria do crime culposo. p. XIII.
- (10) ROXIN, Claus. Derecho penal. Tomo I. p. 346.
- (11) Cf. RUDOLPH, Hans-Joachim. Causalidad e imputación objetiva. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. p. 14. Segundo advertia JESCHECK/WEIGEND: as categorias da imputação objetiva e da causalidade “*Não são em modo algum idênticas*”. JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de derecho penal: parte general. Trad. Miguel Olmedo Cadernete. Granada: Comares, 2002 p. 297. Ainda, WESSELS, Johannes. Derecho penal: parte general. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976. p. 40.
- (12) GARCIA CAVERO, Percy. Derecho penal: parte general. Lima: Juristas Editores, 2012. p. 402.
- (13) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La causalidad en la omisión impropia y la llamada ‘omisión por comisión’. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003. p. 42 Para Rocha, o critério da probabilidade próxima aos limites da certeza seria vago, impreciso e retórico, sendo necessários requisitos adicionais. Citando Gimbernat Ordeig, afirma que, nos casos em que exista consenso quanto a uma condenação por omissão imprópria, a probabilidade de que a ação salvadora teria evitado o resultado não passa de mais ou menos relevante, estando, pois, longe de alcançar a marca dos limites da certeza. Cf. ROCHA, Ronan. A relação de causalidade no direito penal. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 190.]
- (14) GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., p. 31.
- (15) Um breve relato do caso apresenta Abello Gual: “Este caso ocurrió en Alemania, donde la empresa Werner und Mertz BmbH fabricaba un aerosol destinado al cuidado de zapatos y otros artículos de cuero. El producto era comercializado a través de dos empresas (E.R. GmbH y S-GmbH) que hacían parte de un mismo grupo económico denominado E.R. GmbH. A mediados de 1980 la empresa comenzó a recibir informes de personas que habían utilizado el producto y que venían sufriendo de ciertas molestias de salud, como trastornos respiratorios, tos, náuseas, escalofríos y fiebre, y también se relacionó con casos de edema de pulmón”. ABELLO GUAL, Jorge Arturo. La responsabilidad penal por el producto en Colombia, problemas de imputación, de autoría y participación. Prolegómenos - Derechos y Valores. Bogotá, D.C. Colombia, - v. XIV, n. 28, -jul.-dez. 2011, p. 152.
- (16) GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., p. 31. Também Abello Gual: “El segundo problema, consistió en construir la posición de garantes de los empresarios para imputarles responsabilidad penal. Para ello se fundamentó la responsabilidad penal por comisión por omisión, por no realizar la acción prudente de retirar los productos del mercado o de advertir a los usuarios de los peligros de su utilización. La posición de garante, que se les configuró, fue el tener bajo su cargo la vigilancia de una fuente de riesgo, en este caso, la producción y comercialización de un producto peligroso”. Cf. ABELLO GUAL, op. cit., pp. 152-153.
- (17) GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., pp. 31-32. Rocha, citando Greco, também complementa: “Em casos de decisões colegiadas, a aplicação da teoria da evitabilidade também é problemática. Salienta Luís Greco que esse grupo de casos apresenta a grande dificuldade de que todos os omitentes talvez possam exonerar-se reciprocamente, na medida em que cada um pode alegar que a execução da conduta devida, por si só, não teria evitado o resultado com uma probabilidade próxima da certeza. Cada dirigente pode dizer que, mesmo se tivesse cumprido o seu dever, não teria conseguido mudar o resultado da decisão do colegiado”. Segundo o autor, essa não parece ser uma decisão correta. Cf. ROCHA, op. cit., p. 191.
- (18) GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., p. 33-34. Gimbernat aponta que Kuhlen chega a afirmar que o BGH, com a decisão do *Lederspray*, renuncia ao requisito da probabilidade próxima aos limites da certeza, estabelecendo uma exceção para a fórmula da *conditio sine qua non*. Para Kuhlen, “el límite mas importante de la responsabilidad penal por el producto viene constituido por la concreción de los deberes del productor. Estos deberes son relevantes tanto para la imputación a título doloso como para la imputación a título imprudente, tanto para los delitos de resultado como para los de peligro (los ya existentes o los que esten por venir). Estos deberes tienen una importancia esencial en la situación que caracteriza la toma de decisiones bajo incertidumbre, especialmente en to que respecta a la puesta en circulación de un producto, a su mantenimiento en el mercado, o a su retirada del mismo teniendo en cuenta indicios de peligrosidad mas o menos claros y significativos”. KUHLEN, Lothar. Necesidad y límites de la responsabilidad penal por el producto. Trad. Maria Martin Lorenzo e Inigo Ortiz de Urbina Gimeno. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, v. LV, 2002, p. 75.
- (19) GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., p. 40.
- (20) Casos julgados pelo Tribunal Supremo da Espanha (A. 6091 de 5 de julho de 1989 e A. 5054, de 8 de junho de 1989, respectivamente), em que foi afirmada a posição de garante do médico, citados por GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., p. 41.
- (21) GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., p. 42.
- (22) GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., p. 42.

Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa
Doutorando em Direito pela PUCPR.
Mestre em Direito Penal pela UFMG.
Advogado.

A medida cautelar de suspensão do exercício da função pública e a irredutibilidade salarial do servidor público

Guilherme Rodrigues Abrão

Com a crescente fase de investigações criminais, em especial envolvendo funcionários públicos, acusados de crimes contra a administração pública, sem prejuízo de outros evidentemente, a medida cautelar diversa à prisão, prevista no art. 319, VI, do CPP, a qual prevê a suspensão (afastamento) do exercício da função pública é medida cada vez mais utilizada no processo penal pátrio.

Por um lado, acertadamente, é medida menos gravosa que a decretação da prisão preventiva, além de inserir-se obrigatoriamente na lógica de sua aplicabilidade, não diferente das demais medidas cautelares do processo penal, a saber a) necessidade e b) adequação, nos termos do art. 282, I e II, do CPP. Inegável que com essa medida o que se busca é afastar o investigado/acusado do exercício efetivo de cargo/função pública, a fim de que este não venha a frustrar investigação ou instrução criminal (em especial para não destruir provas e ameaçar testemunhas), bem como para evitar o uso indevido do cargo, ou da função, para o (possível) cometimento de novas infrações (risco de reiteração).

Contudo, por outro lado, e não raras vezes, alguns juízes e tribunais, ao impor a medida cautelar de afastamento/suspensão do exercício da função pública, reconhecem de forma equivocada que, diante disso, também restará suspenso o pagamento dos vencimentos (salário) do investigado/acusado, sem prejuízo, como igualmente ocorre, que tal medida seja tomada pelo próprio Poder Público (no caso a fonte pagadora) de ofício.

Ocorre que o afastamento cautelar do investigado ou do já acusado, por força do art. 319, VI, do CPP, não poderá acarretar na suspensão do recebimento de seus vencimentos, sob pena de violar-se preceitos constitucionais infranqueáveis em um Estado Democrático e Constitucional de Direito. Logo, a autoridade judicial, ou o próprio Poder Público, não podem ordenar, nesses casos, a suspensão do pagamento do salário/vencimentos do investigado ou do acusado, mesmo que afastado de suas funções. Não há dúvidas de que nessas situações o afastamento da função pública é forçado, ou seja, por força de decisão judicial, e não espontâneo por parte do investigado/acusado, o que faz com que a redução e a suspensão do pagamento de seu salário o deixe sem as mínimas condições de subsistência, violando-se, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana – art. 1º, III, da CF/88.

Da mesma forma, respeitando-se o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88), há que se ter que o investigado/acusado é presumivelmente inocente, este um dever de tratamento, na forma do art. 5º, LVII, da CF/88, e art. 8º, item 2, da CADH (Dec. 678/92), razão pela qual a redução ou a suspensão do salário daquele que é investigado ou acusado constitui-se verdadeira antecipação de pena, o que é rechaçado em nosso ordenamento.

Além disso, o art. 37, XV, da CF/88, estabelece, como regra, que “o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis (...)”, o que garante, portanto, a irredutibilidade salarial dos ocupantes de cargos e empregos públicos, salvo casos excepcionais e previstos na própria CF/88 ou em lei. E, traçando-se um paralelo ao disposto na Lei de Improbidade

Administrativa (Lei 8.429/92), em seu art. 20, § único, nota-se que “a autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual”. Indiscutível, então, se revela a manutenção da remuneração daquele que exerce cargo/função pública, mas é afastado por ordem judicial.⁽¹⁾

Nesse cenário, ganha destaque o *leading case* julgado pelo STF, no qual assentou-se que “a redução de vencimentos de servidores públicos processados criminalmente colide com o disposto nos arts. 5º, LVII, e 37, XV, da Constituição, que abrigam, respectivamente, os princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos”.

⁽²⁾ No mesmo sentido, mas em outro caso, o STF afirmou que “isso porque, a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”.⁽³⁾

Portanto, verifica-se que é perfeitamente possível o afastamento do servidor público de suas funções, inclusive por força do art. 319, VI, do CPP, mas imperioso reconhecer que tal afastamento não poderá acarretar em redução e/ou suspensão do pagamento de seus vencimentos, sob pena de flagrante ilegalidade.⁽⁴⁾

Assim, sustentar o contrário, s.m.j., fere a dignidade da pessoa humana, a presunção constitucional de inocência, o devido processo legal-administrativo, a aplicação de pena sem processo e a irredutibilidade salarial como regra, retirando do servidor público a sua fonte, muitas vezes única, de subsistência, o que macula indelevelmente pilares fundamentais de um Estado Democrático e Constitucional de Direito.

Notas

- (1) Badaró destaca que “não convence o argumento de que a remuneração poderia ser parcial ou totalmente suspensa, porque o empregado não está trabalhando, e isto geraria uma situação de iniquidade, em comparação com outro funcionário que, para perceber sua remuneração, tenha que desempenhar normalmente sua função. Não se trata de falta, afastamento ou licença voluntária. Ao contrário, o funcionário foi coativamente afastado de suas funções, em processo no qual ele é presumido inocente e sem que haja uma declaração judicial transitada em julgado de sua culpa. Correto, portanto, que não se efetue qualquer desconto”. (2016, p. 1086).
- (2) Para o Supremo Tribunal Federal, no *leading case* ora trazido, não há qualquer dúvida: Ementa: art. 2º da lei estadual 2.364/61 do Estado de Minas Gerais, que deu nova redação à lei estadual 869/52, autorizando a redução de vencimentos de servidores públicos processados criminalmente. Dispositivo não-recepcionado pela Constituição de 1988. Afirmação aos princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos. Recurso improvido. I - A redução de vencimentos de servidores públicos processados criminalmente colide com o disposto nos arts. 5º, LVII, e 37, XV, da Constituição, que abrigam, respectivamente, os princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos. II - Norma estadual não-recepcionada pela atual Carta Magna, sendo irrelevante a previsão que nela se contém de devolução dos valores descontados em caso de absolvição. (...). (RE 482006, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2007, DJe-162, Divulg. 13-12-2007, publicado 14-12-2007, DJ 14-12-2007, PP-00050, EMENT VOL-02303-03 PP-00473 RTJ VOL-00204-01 PP-00402).

- (3) Agravo em Recurso Extraordinário 731776-PR, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 20/08/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-174, divulgado 04-09-2013 Publicado: 05-09-2013).
- (4) O Superior Tribunal de Justiça acompanha este posicionamento: Administrativo. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Servidor público estadual. Afastamento das funções em razão de denúncia do Ministério Público por prática de crime funcional. Redução de vencimentos. Impossibilidade. (...). 1. É firme o entendimento no âmbito desta Corte Superior de Justiça no sentido de que é proibida a redução de qualquer parcela do vencimento de servidores afastados de suas funções, até o trânsito em julgado do processo criminal pelo qual responde, excetuando-se, contudo, as parcelas estritamente ligadas ao exercício da atividade.

Precedentes. 2. Recurso conhecido e parcialmente provido. (STJ - RMS: 13088 PR 2001/0047622-8, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 18/12/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 11/02/2008 p. 1).

Guilherme Rodrigues Abrão

Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS.

Professor de Direito Penal e Processo Penal da PUCRS.

Advogado.

GRUPO DE ESTUDOS CIÊNCIAS CRIMINAIS E DIREITOS HUMANOS – GCCRIMDH

Neoliberalismo e precarização sob uma perspectiva de gênero

Letícia Garducci

A presente reflexão busca trazer alguns elementos centrais debatidos no Módulo I do Grupo de Estudos Ciências Criminais e Direitos Humanos do IBCCRIM, destacando-se sobretudo a figura da mulher. Para tanto, iniciaremos com apontamentos acerca do Pós-Fordismo, para, em um segundo momento, retomar o debate acerca da especificidade do trabalho reprodutivo nas relações sociais capitalistas, como possibilidade de se lançar luz sobre o papel social que assumem as mulheres no presente cenário.

Com a crise de acumulação já a partir dos anos 1960, as crises do petróleo em 1973 e 1979, e o panorama inflacionário estadunidense face à alta de empréstimos que se seguiu ao pós-guerra e que levou à ruptura do padrão dólar-ouro, somados ainda a um aumento repentino da taxa nominal de juros pelo Federal Reserv – e que vai levar à chamada crise da dívida nos países da América Latina nos anos 1980 (HARVEY, 2012) –, um novo regime de acumulação se coloca em andamento, levando a uma dinâmica desenfreada do crédito monetário e especulações na taxa de câmbio que vão impulsionar o fortalecimento do capital financeiro.⁽¹⁾ Há uma concomitante reestruturação na esfera produtiva, emergindo daí novas racionalidades na organização do trabalho: com a instabilidade na esfera macroeconômica, a indústria passa a redirecionar suas estratégias de produção em larga escala para uma crescente agregação tecnológica, verificando-se uma substituição dos sistemas taylorista/fordista de produção por modelos de produção segmentada e altamente especializada, em que se destaca o modelo toyotista (PINTO, 2013). Para a classe trabalhadora, isso significou, conforme aponta o sociólogo brasileiro **Ricardo Antunes** (2006), relações trabalhistas marcadas pelo desemprego estrutural e um exponencial aumento do trabalho precário, ou seja, o trabalho parcial, subcontratado e terceirizado.

Tais transformações foram legitimadas a partir de teóricos como **Friedrich Hayek** e **Milton Friedman**, que fomentaram um discurso único de livre mercado e “Estado mínimo” em detrimento da matriz keynesiana. Apesar disso, cumpre salientar que a atuação estatal foi fundamental para que essas transformações pudessem se operar, uma vez que, conforme aponta **Chesnais**, para a mobilidade internacional de que necessitam os investimentos financeiros, foram imprescindíveis “*inúmeras medidas legislativas e reguladoras de desmantelamento de instituições anteriores*”. Soma-se a isso um fortalecimento da atuação dos Estados na promoção da ordem interna, com o incremento do seu aparato repressor, do que é paradigmático

o exponencial aumento do encarceramento que se seguiu a esse período.

E é exatamente nesse cenário global conturbado, de retirada de direitos, aumento do controle social e reestruturação da exploração da força de trabalho a partir dos anos 1970 que vai se dar um retorno massivo das mulheres ao mercado de trabalho. Conforme aponta **Ricardo Antunes**, a partir daí verifica-se um enorme contingente de mulheres para além dos postos ocupados tradicionalmente pela força de trabalho feminina (a exemplo da indústria têxtil), verificando-se uma quantidade expressiva de trabalhadoras em setores da indústria microeletrônica e no setor de serviços. Além disso, “*essa mudança na estrutura produtiva e no mercado de trabalho possibilitou também a incorporação e o aumento da exploração da força de trabalho das mulheres em ocupações de tempo parcial, em trabalhos ‘domésticos’ subordinados ao capital*” (ANTUNES, 2006). E isso porque, conforme aponta **Cisne**, face à dupla jornada a que são acometidas devido ao acúmulo do trabalho reprodutivo e produtivo, as mulheres se encontram muito mais sujeitas a empregos de meio período, contratos por tempo determinado, atividades por conta própria ou trabalho doméstico não registrado. Com isso, apresenta-se entre as mulheres da classe trabalhadora “*condições precárias de trabalho – como baixos índices de registro em carteira e contribuição para a Previdência Social*”, que “*podem ser definidas como características de pelo menos metade da força de trabalho feminina*” (CISNE, 2015). Ou seja, diante da carga do trabalho reprodutivo a que são relegadas, a sua inserção no mercado de trabalho apresenta um grau de exploração ainda maior que a força de trabalho masculina, tal como se pode verificar no precarizado mercado de telemarketing, em que, só no Brasil, 70% dos trabalhadores do setor são mulheres (NOGUEIRA, 2011).

De acordo com **Boiteux** e **Chernicharo**, a inserção das mulheres nos postos de trabalho mais subalternos também ocorre no chamado “mercado ilegal”, em que ocupam os postos mais subalternos do tráfico de drogas, como “mula”, “avião”, “bucha”, “vendedora”, “fogueteira”, vapor etc. Para as autoras, é essa inserção feminina nos postos mais vulneráveis do tráfico que explica o exponencial aumento do encarceramento feminino a partir das políticas neoliberais, já que, em contato direto com a droga, as mulheres se apresentam muito mais suscetíveis aos flagrantes policiais. Esse cenário, que também deve ser compreendido a partir de uma perspectiva racial, uma vez que são

as mulheres negras e latinas as mais atingidas pelo encarceramento em massa, chama a atenção pelo contingente expressivo de mulheres que são mães e únicas ou principais responsáveis pela criação dos filhos. Desse modo, o tráfico de drogas para essas mulheres também apresenta uma perspectiva laboral, pois pode ser realizado por conta própria ou dentro de casa, permitindo a sua conjugação com as tarefas domésticas (BOITEUX; CHERNICHARO).

Dito isso, imprescindível apontar as transformações operadas no seio da família a partir do advento do pós-fordismo, que vai agudizar ainda mais o grau de exploração das mulheres da classe trabalhadora. Com o retorno dos métodos contraceptivos nos anos 1960,⁽²⁾ quando se deu início ao período chamado “revolução sexual”, na realidade o que se verifica é que tal fato se mostrou muito mais como uma condição para o reingresso das mulheres ao mercado de trabalho via a possibilidade de maior controle de natalidade do que uma “libertação” dos corpos femininos, o que apresenta-se ainda como um horizonte distante. Esse cenário foi acompanhado também – e em especial a partir nos anos 1970 – de inúmeras leis do divórcio ou alterações legislativas que passam a facilitar o seu procedimento, dando início a uma crescente separação de casais e surgimento de novos arranjos familiares. O que poderia soar como maior liberdade nas relações afetivas para homens e mulheres vem se expressando, porém, como maior carga de trabalho e exploração em relação às mulheres, uma vez que a partir de então há um incremento crescente de mulheres chefes de família e um aumento exponencial de famílias monoparentais chefiadas por mulheres. Assim, acumulam o sustento financeiro de seus dependentes e toda a carga do trabalho doméstico, já que, independentemente de sua participação no mercado de trabalho remunerado, o papel social de “dona de casa” continua a recair expressivamente sobre os ombros das mulheres. Ou seja: embora a inserção da mulher no mercado de trabalho tenha oscilado desde o início do capitalismo, a execução do trabalho doméstico não remunerado pelas mulheres vem se mantendo como uma constante no presente modo de produção, o que demonstra a sua centralidade para se pensar a opressão de gênero nas relações sociais presentes.

Nesse sentido, é relevante destacar que, tal como demonstram autores como a filósofa italiana **Silvia Federici** (2017) ou o historiador alexandrino **Eric Hobsbawm** (2000), é a partir do século XVI que se rompe a unidade existente entre trabalho produtivo e reprodutivo do período feudal – e típica das economias de subsistência –, fortalecendo-se assim uma divisão sexual do trabalho. Essa leitura histórica aponta para uma verdadeira transformação qualitativa do trabalho reprodutivo a partir da chamada acumulação primitiva de capital, e lança luz à especificidade que o trabalho reprodutivo assume em sua *forma social* no presente modo de produção.

Desse modo, e sobretudo em um momento em que preponderam nos debates feministas concepções abstratas acerca do gênero e da sexualidade dos indivíduos – inclusive no âmbito da criminologia, em que vem ganhando destaque uma “criminologia *queer*” –, e que assim não dão conta de transcender a divisão sexual do trabalho e as opressões que atingem especificamente as mulheres, imprescindível retomar, a partir de uma chave materialista, as discussões acerca do papel social da mulher no presente modo de produção, especialmente as possíveis imbricações do trabalho reprodutivo e o processo de valorização do valor. Se no âmbito do marxismo tradicional da Teoria do Valor as implicações do trabalho doméstico não remunerado realizado pelas mulheres dificilmente são consideradas, o que vale também para a crítica do direito marxista, a exemplo das reflexões acerca de categorias como forma jurídica ou sujeito de direito, que, com raras exceções,⁽³⁾ passam longe de considerar o papel social

feminino, vale resgatar o fértil debate travado nos anos 1970 por feministas marxistas como **Selma James**, **Mariarosa Dalla Costa**, **Wally Seccombe** etc. Embora diversos pontos então levantados possam ser considerados como superados – tal como a centralidade do casamento –, e apesar das divergências que despontaram no período, essas reflexões colocaram no centro do debate o trabalho reprodutivo não remunerado, inclusive levando ao campo político reivindicações por salário para o trabalho doméstico.

Em que pese esse tipo de análise tenha perdido espaço na órbita do feminismo, assim como o próprio marxismo tenha perdido terreno com o fim da União Soviética e a ascensão do neoliberalismo, reflexões a partir do materialismo histórico como a da filósofa **Silvia Federici** vêm ganhando destaque no âmbito do debate feminista, seja pela crítica realizada pela autora acerca das lacunas sobre gênero na análise marxiana,⁽⁴⁾ seja por não abrir mão de localizar as especificidades que recaem sobre as mulheres a partir do capitalismo, a partir de categorias como o trabalho doméstico não remunerado. Quiçá o resgate do debate sobre o trabalho reprodutivo seja o caminho para maior compreensão das relações de exploração que recaem sobre as mulheres no presente modo de produção, sobretudo em um momento em que a chamada “família nuclear” perde terreno face ao crescente aumento das famílias monoparentais chefiadas por mulheres.

Referências

- ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre a metamorfose e a centralidade do mundo do trabalho*. Campinas: Ed. Unicamp, 2006.
- BOITEUX, L.; CHERNICHARO, L. *Encarceramento feminino, seletividade penal e tráfico de drogas em uma perspectiva feminista crítica*. Trabalho apresentado no VI Seminário Nacional de Estudos Prisionais e III Fórum de Vitimização de Mulheres no Sistema de Justiça Criminal no Grupo de trabalho “Punição, Prisão e Gênero” na Universidade Federal do ABC. Disponível em: <https://www.academia.edu/9832437/Encarceramento_Feminino_Seletividade_Penal_e_Tr%C3%A1fico_de_Drogas_em_uma_perspectiva_Feminista_Cr%C3%ADtica>. Acesso em: 03 abr. 2018.
- CHESNAIS, François. Mundialização: o capital financeiro no comando. *Revista Outubro*, n. 5, p. 7.
- CISNE, Mirla. *Gênero, divisão sexual do trabalho e serviço social*. São Paulo: Outras Expressões, 2015.
- FEDERICI, Silvia. *Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*. São Paulo: Elefante, 2017a.
- HARVEY, David. *O neoliberalismo*. História e implicações. São Paulo: Loyola, 2012.
- HOBBSBAM, Eric J. *Mundos do trabalho*. Novos estudos sobre história operária. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.
- Nogueira, Cláudia Mazzei. *O trabalho duplicado*. A divisão sexual no trabalho e na reprodução: um estudo das trabalhadoras do telemarketing. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011.
- PINTO, A, Geraldo. *A organização do trabalho no século 20: taylorismo, fordismo e toyotismo*. São Paulo: Expressão Popular, 2013.

Notas

- (1) Para um bom panorama desse cenário no Brasil, vide PAULANI, Leda. *Brasil delivery: servidão financeira e estado de emergência econômico*. São Paulo: Boitempo, 2008.
- (2) Lembrando-se que os métodos contraceptivos eram largamente utilizados pelas mulheres na Idade Média, elas que foram expropriadas do controle sobre os seus corpos justamente com o ascenso do capitalismo, nos séculos XVI e XVII (Federici, 2017a).
- (3) Para uma análise da mulher enquanto sujeito de direito vide MOLITOR, T. E. *O sujeito de direito a partir da proteção da maternidade pelo direito do trabalho brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) –Universidade de São Paulo, 2018.
- (4) Para uma reflexão específica da autora sobre Marx vide Notas sobre gênero em O Capital de Marx. *Cadernos CEMARX*, n. 10, 2017b.

Letícia Garducci
Mestre em Direito Político e Econômico
pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.
Advogada.

24º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

INSCRIÇÕES ABERTAS
ibccrim.org.br/seminario24

28 a 31 de agosto
Hotel Tivoli Mofarrej, São Paulo

**PARTICIPE DO MAIOR SEMINÁRIO DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS DA AMÉRICA LATINA**

Com o tema "Democracia e crise: os 30 anos da Constituição Federal de 1988", o 24º Seminário do IBCCRIM refletirá sob os diversos ângulos e perspectivas como a crise política e econômica afeta o funcionamento do sistema penal, especialmente no que tange às garantias individuais, o equilíbrio entre os poderes e a ordem democrática. Serão discutidos dois grandes marcos da história brasileira comemorados este ano: os 130 anos da abolição da escravidão e os 30 anos da Constituição, que permearão diversas palestras e painéis.

NOMES CONFIRMADOS:

- | | | |
|--|---|---|
|  Adán Nieto Martín |  Diana Maffia |  Jónatas Machado |
|  Adriana Cruz |  Fernanda Prates Fraga |  José Luiz Ratton |
|  Alamiro Velludo
Salvador Neto |  Geraldo Prado |  Luiz Felipe de Alencastro |
|  Alberto Binder |  Kenarik Boudjikian |  Manuela Abath |
|  Alysso Leandro Mascaro |  Ingeborg Puppe |  Matías Bailone |
|  Boaventura de
Sousa Santos |  Janaína Matida |  Perfecto Andrés Ibáñez |
|  Conrado Hübner Mendes |  Janice Ascari |  Sebastian Scheerer |
| |  Jessé Souza |  Thula Pires |
| |  Joy James |  Vera Malaguti Batista |

PRESIDENTE DA COMISSÃO ORGANIZADORA: Silvio Luiz de Almeida

Realização:



Patrocínio-master:



Conheça os escritórios patrocinadores:
[ibccrim.org.br/seminario24/
patrocinadores](http://ibccrim.org.br/seminario24/patrocinadores)